

**Luzerner Beiträge zur
Rechtswissenschaft**

Herausgegeben von Jörg Schmid

Jörg Schmid (Hrsg.)

Hommage für Peter Gauch

Band 100

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 100

Jörg Schmid (Hrsg.)

Hommage für Peter Gauch

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7340-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
<i>Paul Richli</i>	
Grusswort.....	1
<i>Jürg-Beat Ackermann</i>	
Lex certa et lex stricta – vom schlechten Gewissen, begrenzenden Prinzipien und der unbändigen Freude am Gesetz.....	5
<i>Felix Bommer</i>	
Lauter Anfang – leises Ende Zum revidierten Sanktionenrecht.....	27
<i>Paul Eitel</i>	
Obligationenrecht und Erbrecht.....	57
<i>Walter Fellmann / Josianne Magnin</i>	
Wenn das Gesetz an Grenzen stösst Aufklärung des Arztes über den Stand seiner Ausbildung – Bemerkungen zu BGer 4A_453/2014.....	81
<i>Andreas Furrer / Alexandra Körner</i>	
Die Obhutshaftung des Frachtführers im internationalen Gütertransport.....	107
<i>Stephan Hartmann</i>	
Grundlage und Konkretisierung der Ungewöhnlichkeitsregel.....	133
<i>Karin Müller</i>	
Das Risiko der Solidarhaftung unter Bauunternehmern Bemerkungen zu BGE 4A_73/2014 vom 19. Juni 2014.....	157

Jörg Schmid

Was ist bewährte Lehre?

Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB.....191

Jörg Schwarz

Einige Gedanken zur Juristenausbildung209

Autorenverzeichnis225

Lauter Anfang – leises Ende

Zum revidierten Sanktionenrecht^{*}

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage und Reformziel	29
II. Der bundesrätliche Vorschlag und was aus ihm geworden ist	31
1. Geldstrafe.....	31
A. Keine Abschaffung der bedingten Geldstrafe.....	32
B. Abschaffung der teilbedingten Geldstrafe	34
C. Tagessatz	35
a. Neue obere Grenze der Anzahl Tagessätze: 180	35
b. Neue untere Grenze der Anzahl Tagessätze: 3	36
c. Neuer Mindest-Regeltagessatz: 30 Franken.....	36
D. Verbindungsbusse	38
E. Modalitäten der Vollstreckung	38
2. Freiheitsstrafe	39
A. Wiedereinführung der kurzen bedingten Freiheitsstrafe.....	39
B. Verhältnis Geldstrafe – Freiheitsstrafe	42
a. Regel: Geldstrafe	42
b. Ausnahme: Freiheitsstrafe.....	43
3. Surrogate der unbedingten (kurzen) Freiheitsstrafe	46
A. Gemeinnützige Arbeit	47
B. Halbfangenschaft	48
C. Elektronische Überwachung	48
D. Gemeinsamkeiten	49
a. Gesuch	50
b. Anspruch.....	50
4. Landesverweisung	51
III. Bilanz	53
Literatur und Materialien	54

^{*} Frau MLaw Fabienne Germanier danke ich für Vorarbeiten und wertvolle Hinweise.

Die eidgenössischen Räte haben am 19. Juni 2015 Änderungen des Sanktionenrechts verabschiedet; die Referendumsfrist (8. Oktober 2015) ist unbe-nutzt verstrichen¹. Es handelt sich dabei, zählt man die grundlegende Re-form vom 13. Dezember 2002 mit², um die dritte substantielle Änderung im Sanktionenrecht innerhalb von weniger als 15 Jahren, nachdem eine zweite noch vor Inkrafttreten der Reform überhaupt (per 1. Januar 2007³) hatte vorgenommen werden müssen⁴. Der gesetzgeberische Aktivismus hat nunmehr auch den Allgemeinen Teil des Strafrechts erreicht⁵, von der zuweilen absurden Detailversessenheit neuer Bestimmungen gar nicht zu reden⁶. Unter derlei Umständen wird gar die an sich irrwitzige Idee einer Sperrfrist zur Änderung einmal erlassener Gesetze diskutabel⁷. Solange die Strafrechtswissenschaft jedoch den Anspruch auf Beeinflussung ihres Gegenstandes, scil. (hier) der Strafgesetzgebung (und -rechtsprechung) nicht aufgegeben hat (wozu, trotz gegenteiliger Anzeichen in letzter Zeit, kein Anlass besteht), erscheint es angezeigt, die neuen Bestimmungen nach der Schilderung ihres Zustandekommens jenseits dessen einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Damit ist natürlich die Hoffnung verbunden, dass Peter Gauch, dem diese Zeilen in herzlicher Verbundenheit gewidmet sind, an ihnen sein Interesse finden möge. Sie nährt sich nicht zuletzt daraus, dass der Jubilar zu Beginn seines universitären Schaffens selber im strafrechtlichen Bereich tätig war⁸ und sich in seinen Schriften stets für eine rationale und damit begründbare (wenn auch nicht Strafrechts-, so doch) Rechtspolitik einge-setzt hat.

¹ Auf welchen Zeitpunkt hin die Neuerungen in Kraft treten sollen, ist derzeit (Mitte Okto-ber 2015) noch nicht bestimmt. – Die zugleich vorgenommene Erhöhung der Altersober-grenze (auf 25 Jahre) für die Beendigung von Massnahmen im Jugendstrafrecht (Art. 19 Abs. 2 JStG) bleibt ausser Betracht (näher JOSITSCH/RICHNER, Rz. 23).

² BBl 2002 8240 ff.

³ AS 2006 3459 ff., 3535.

⁴ BBl 2006 3557 ff.

⁵ Vgl. nur NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, BSK StGB, Vorwort, V; RIKLIN, Änderung, Rz. 1.

⁶ Vgl. z.B. die im Rahmen des BG über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayon-verbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafge-setzes, in Umsetzung der angenommenen Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“) vom 13. Dezember 2013 ergangenen Regelungen von Art. 67 StGB („2. Tätigkeitsverbot, Kontakt und Rayonverbot. a. Tätigkeitsverbot, Vorausset-zungen“; sieben Absätze), Art. 67b StGB („Kontakt und Rayonverbot“; fünf Absätze) oder Art. 67c StGB („Gemeinsame Bestimmungen. Vollzug der Verbote“; neun Absät-ze), AS 2014 2055 ff.

⁷ Vgl. NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, StGB BSK, Vorwort, S. V.

⁸ Vgl. PETER GAUCH, Ein „regelrechter“ Schluss, ZSR 2009 I, 215 ff., 232 und 233.

I. Ausgangslage und Reformziel

Wenn keine zehn Jahre nach Inkrafttreten einer Reform, für deren Erarbeitung man sich über zwanzig Jahre Zeit gelassen hat⁹, ein für den Alltag zentraler Bereich der Strafrechtspflege erneut erheblich modifiziert, wenn nicht gar umgekrempelt werden soll, so erscheint die Erwartung nicht unberechtigt, dass sich die Schwachstellen der Neuerung mit der entsprechenden Deutlichkeit gezeigt hätten. Sie wird indes enttäuscht, obwohl man sich anfangs noch halbwegs auf geradem Weg befand: Im Herbst 2008 hatte der Bundesrat den Auftrag erteilt, wichtige Neuerungen im Sanktionenrecht, insbesondere die weitgehende Ablösung der kurzen Freiheitsstrafe durch die Geldstrafe sowie deren spezial- und generalpräventive Wirksamkeit bei bedingtem Vollzug, zu überprüfen (vgl. Art. 170 BV). Daran mag die naiv-technokratische Zuversicht erstaunen, über einen derart komplexen Gegenstand eindeutige Kausalbeziehungen zwischen Norm und Wirklichkeit zu erweisen¹⁰. Immerhin aber ging die Erwartung dahin, dass sich, falls notwendig, eine allfällige Revision auf eine gesicherte Faktenbasis stützen können, was einen hinreichenden Beobachtungszeitraum implizierte. Die Geduld im Bundesrat war jedoch ungleich verteilt. Nur ein halbes Jahr später, im Frühjahr 2009, hat das EJPD, medial und mit einer ganzen Reihe von parlamentarischen Vorstössen unter Druck geraten, nach etwas mehr als zwei Jahren Gesetzesgeltung die Kantone nach ersten Erfahrungen mit dem neuen Recht befragt¹¹ und vielgestaltige Antworten erhalten, u.a. auch die naheliegende, dass sich nach so kurzer Zeit keine aussagekräftigen Befunde über das neue Recht erheben liessen¹². Doch war dies ein Hinweis, der in

⁹ Vgl. BOMMER, Sanktionen, I.

¹⁰ Näher KARL-LUDWIG KUNZ, Zu den Problemen der Wirksamkeitserwartung von Recht, in: Josef Estermann (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung, Beckenried 2009, 130 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Evaluation von Gesetzen und die Schwierigkeiten damit, SZK 2/2011, 12 ff.

¹¹ Fragenkatalog auf <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/fragenkatalog-stgbrevision-d.pdf>.

¹² Ergebnisse, 7; ähnlich ALBRECHT, 279; PIETH, moral panic, 364; BEAT HENSLER, Strafe ohne Wirkung?, in: Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli/Marc Thommen (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu». Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 487 ff., 509; DANIEL JOSITSCH, Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung, Jusletter vom 19. Nov. 2012, Rz. 3; ANDRÉ KUHN, Quel avenir pour le droit des sanctions?, pläd 6/2008, 72 ff., 73; HANS WIPRÄCHTIGER, Überflüssige Revisionen des Strafgesetzbuches, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, FS für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 1133 ff., 1135, 1137; für eine schnelle Revision KILLIAS, 638.

der Politik schon damals auf taube Ohren stiess. Daran änderte ein Zwischenbericht des Bundesamtes für Justiz vom Dezember 2010 im Rahmen der erwähnten Überprüfung nichts, wonach sich bislang „keine besonderen Auswirkungen der AT-StGB-Revision auf die Kriminalitätsentwicklung der Erwachsenen und damit auf die Spezial- und Generalprävention ableiten [lassen], abgesehen davon, dass grundsätzlich nur in beschränktem Masse von der Entwicklung der Kriminalstatistiken auf die Kriminalitätsentwicklung geschlossen werden kann“¹³. Bereits im Sommer 2010 legte der Bundesrat einen Vorentwurf samt erläuternden Bericht vor¹⁴. Dabei hätte sich nach Vorliegen der Vernehmlassungsergebnisse erneut die Möglichkeit eines Übungsabbruchs oder zumindest einer Vertagung geboten, war doch eine erste Erhebung des Bundesamtes für Statistik zu dem Befund gelangt, dass die „Einführung von Geldstrafen und die Abschaffung von kurzen Freiheitsstrafen [...] keine nennenswerten Auswirkungen auf die Rückfallraten zu haben“ scheint¹⁵. Doch war regierungsseitig der Entschluss zur Revision schon früher gefasst worden, so dass knapp zwei Jahre nach dem Vorentwurf (April 2012) dem Parlament ein Entwurf samt Botschaft zugeleitet wurde¹⁶. Fast zeitgleich kam der Schlussbericht der genannten Überprüfung der Wirksamkeit des neuen Sanktionenrechts zum Schluss, dass sich, „die Kriminalitätsentwicklung im Allgemeinen durch die Revision nicht spürbar verändert hat“ und die Evaluationsergebnisse „weder einen positiven noch einen negativen Einfluss der neuen Strafformen auf General- und Spezialprävention erkennen“ lassen¹⁷. All dies war dem Bundesrat, der die entsprechenden Berichte zur besseren Entscheidungsfindung selber angefordert hatte, nicht entgangen, jedoch war nach seiner Ansicht „der politische Druck für rasche Änderungen (insbesondere die Abschaffung der bedingten und der

¹³ Evaluation des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes, Zwischenbericht vom 23. Dezember 2010, Bundesamt für Justiz, 42 (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/ber-bj-evaluation-at-stgb-2010-d.pdf>).

¹⁴ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 30. Juni 2010.

¹⁵ Bundesamt für Statistik, Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall, Erste Analysen der Rückfallentwicklung seit Inkraftsetzung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Jahr 2007, Neuchâtel, November 2011, 10 (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=4545>); vgl. auch FINK/ DUCOMMUN-VAUCHER, 128 ff.

¹⁶ Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012 4721 ff.

¹⁷ econcept AG, Evaluation der Wirksamkeit des revidierten AT-StGB, Schlussbericht, 30. März 2012, erstellt im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Zitate S. 136 und 145.

teilbedingten Geldstrafe) [...] zu gross, als dass sich ein Zuwarten rechtfertigen liesse¹⁸. Mit anderen Worten: Revidiert wird, weil die politischen Akteure es so wollen, nicht weil objektive Gründe in der Sache dafür sprächen¹⁹. Diese offenherzige Bankrotterklärung an eine rationalen Leitlinien verpflichtete Kriminalpolitik hat sich allerdings als voreilig erwiesen, nicht nur in diesem Punkt der bedingten Geldstrafe: Die Räte haben sich je dreimal über die Vorlage gebeugt und, teilweise erst auf Antrag der Einigungskonferenz, einiges von dem zurechtgerückt, was ursprünglich von Teilen ihrer Mitglieder, einzelnen Medien sowie Stimmen aus der Strafverfolgung lauthals gefordert worden ist. Die allgemeine Stossrichtung der Reform lag nämlich darin, zurückzunehmen, was keine zehn Jahre früher als erstrebenswertes Ziel gegolten hatte: Die möglichst umfassende Ersetzung kurzer Freiheitsstrafen durch alternative Sanktionen²⁰. Sie sollte über weite Strecken rückgängig gemacht werden. Damit nahm die Vorlage einen Trend auf, der seit einiger Zeit auch die Schweiz erreicht hat²¹ und auf eine Verschärfung des Strafrechts und der Strafpraxis abzielt²². In welchem Ausmass er sich in den nun Gesetz werdenden Neuerungen niederschlägt, bleibt an ihnen zu prüfen.

II. Der bundesrätliche Vorschlag und was aus ihm geworden ist

1. Geldstrafe

Die Geldstrafe ist seit 2007 zur dominierenden Strafart im Sanktionensystem geworden und hat im Bereich bis zu 180 Tagessätzen die an ihrer Stelle ehemals ausgesprochene kurze Freiheitsstrafe (3 Tage bis 6 Monate) über weite Strecken verdrängt. Im Jahr 2006 ergingen über 52'000 Verurteilungen zu einer kurzen Freiheitsstrafe, 2014 belief sich dieser Wert noch auf etwas mehr als 10'000, während die Zahl der ausgesprochenen Verurteilun-

¹⁸ Botschaft 2012, 4732.

¹⁹ Vgl. BOMMER, Änderung, 271.

²⁰ Botschaft 1998, 1983 ff., 2028.

²¹ PIETH, Wiederentdeckung, 269.

²² Vgl. etwa KILLIAS, 636 f.

gen zu einer Geldstrafe in diesem Segment bei über 92'000 lag²³. Die strittigen Fragen im Zusammenhang mit der Geldstrafe lagen bei ihrem bedingten Vollzug, bei der oberen und unteren Grenze der Anzahl Tagessätze sowie beim Mindesttagessatz.

A. Keine Abschaffung der bedingten Geldstrafe

Der erste zentrale Reformvorschlag war die komplette Abschaffung der bedingten Geldstrafe²⁴. Das hätte, es sei hier nur kurz wiederholt, die Staatsanwaltschaft (Strafbefehlsverfahren!) vor das Dilemma gestellt, bei „unschlechter“ Prognose und einer Strafe im Bereich bis zu 180 Tagessätzen eine unbedingte Geldstrafe oder aber eine kurze bedingte Freiheitsstrafe auszusprechen. Diese nicht widerspruchsfrei aufzulösende Entscheidungssituation bleibt ihr nun glücklicherweise erspart²⁵. Auch der Vorschlag des Nationalrates, für den Vollzugaufschub „besonders günstige Umstände“ zu verlangen²⁶ und derjenige des Ständerates, die Geldstrafe bei an sich gegebenen Voraussetzungen für den Aufschub stets zur Hälfte bedingt und zur

²³ Exakte Werte für die kurzen Freiheitsstrafen: 2006 52'575, 2014 10'238; für die Geldstrafen 2014 92'515 (Quelle: Bundesamt für Statistik, T. 19.3.3.2.2.1.2, Stand Datenbank 30.04.2015). Weitere statistische Angaben zu den Auswirkungen der Reform bei FINK/DUCOMMUN-VAUCHER, 125 ff.

²⁴ Vgl. E-Art. 42 Abs. 1 StGB; Botschaft 2012, 4734. Die Begründung für die Streichung, es liesse sich bei Geldstrafen deren generalpräventive Wirksamkeit nicht abschätzen und deshalb seien sie künftig stets mit unbedingtem Vollzug auszusprechen, ist wenig tragfähig: Dasselbe gilt für die bedingte Freiheitsstrafe, ohne dass man dort auf die Möglichkeit des bedingten Vollzugs verzichten wollte (STRATENWERTH, Teilrevision, 354).

²⁵ Ausführlich BOMMER, Änderung, 272 f. Dass die Motivation zahlreicher Ratsmitglieder eine andere gewesen sein dürfte, steht auf einem andern Blatt, vgl. RIKLIN, Strafrechtsreform 2015, 17.

²⁶ Beschluss des Nationalrates vom 25. September 2013, Art. 42: „¹Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um der weiteren Begehung von Verbrechen oder Vergehen durch den Täter entgegenzuwirken.

²Der Aufschub des Vollzugs ist nur beim Vorliegen besonders günstiger Umstände zulässig, wenn:

a. er eine Geldstrafe betrifft;“.

Näher DANIEL JOSITSCH/CAROLINE SCHWEIZER, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, Jusletter vom 13. Jan. 2014, Rz. 12.

andern Hälfte unbedingt auszusprechen²⁷, sind zu Recht nicht Gesetz geworden²⁸.

Der Verzicht auf die Abschaffung der bedingten Geldstrafe ist jedoch nicht allein unter normativen Aspekten begrüssenswert²⁹. Auch in rechtstatsächlicher Hinsicht hätte sie ein kühnes Unterfangen dargestellt. Damit hätte nämlich der weit dominierende Anteil an Strafen von bedingt auf unbedingt gestellt werden sollen (von dem Ausweichmanöver auf die bedingte Freiheitsstrafe einmal abgesehen): Im Jahr 2014 entfielen von gut 110'000 Verurteilungen von Erwachsenen³⁰ wegen eines Verbrechens oder Vergehens fast 93'000 auf Geldstrafen (als Hauptsanktion), davon über 76'000 auf eine bedingte Geldstrafe³¹. Auf das Total gerechnet wären damit ein Anteil von über 69% der Strafen, eben die vordem mit bedingtem Vollzug ausgesprochenen Geldstrafen, vollstreckbar geworden; nimmt man nur die Geldstrafen zum Vergleich, beläuft sich dieser Wert sogar auf über 84%³². Die Zah-

²⁷ „Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren oder der Hälfte einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen und Vergehen abzuhalten“, (Art. 42 Abs. 1 gemäss Beschluss des Ständerates vom 18. Juni 2014).

²⁸ Im Einzelnen BOMMER, Änderung, 273 f., 275 f.; dafür aber PIETH, moral panic, 363. – Die Rekonstruktion des Verhandlungsgangs ist kompliziert: Der Nationalrat beschloss in der Septembersession 2013, für den Aufschub der Geldstrafenvollstreckung „besonders günstige Umstände“ vorauszusetzen (Art. 42 Abs. 2 E-StGB; AmtlBull NR 2013, 1606, 1612, 1673). Der Ständerat wich in der Sommersession 2014 davon ab (stets Aufschub nur der Hälfte der Geldstrafe, Art. 42 Abs. 1 E-StGB) und lehnte (konsequenterweise) zugleich die nationalrätliche Fassung von Art. 42 Abs. 2 E-StGB ab (d.h. auch: Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates betr. Abs. 2, was der nunmehr beschlossenen Fassung von Abs. 2 entspricht; AmtlBull SR 2014, 637, 640, 646). Dann liess der Nationalrat in der Herbstsession 2014 von der Voraussetzung besonders günstiger Umstände ab und schloss sich *hinsichtlich Abs. 2* von E-Art. 42 StGB dem Ständerat (und damit dem Bundesrat) an (AmtlBull NR 2014, 1716, 1719); insofern waren die Differenzen bereinigt. An *Abs. 1* hingegen hielt er unverändert fest, so dass diesbezüglich noch immer drei Varianten im Spiel waren: Geldstrafe vollbedingt möglich (NR), Geldstrafe nur zur Hälfte bedingt möglich (SR), Geldstrafe bedingt nicht mehr möglich (BR). In der Sommersession 2015 schloss sich der Ständerat dem Nationalrat an (AmtlBull SR 2015, 358). Damit blieb die bedingte Geldstrafe in ihren Voraussetzungen unangetastet.

²⁹ Relativierend ALBRECHT, 281.

³⁰ Jugendliche sind ausgeklammert.

³¹ Exakte Werte: Verurteilungen von Erwachsenen wegen eines Verbrechens oder Vergehens total: 110'124. Davon Geldstrafe als Hauptsanktion: 92'895, davon mit bedingtem Vollzug 76'298 (Quelle wie Fn. 23).

³² Exakte Werte: 69.28% bzw. 82.13% (Quelle wie Fn. 23).

len für die Vorjahre weichen davon nicht erheblich ab³³. Diese massive Verschärfung des Interventionsniveaus ist der Botschaft weder als Befund noch in dem Versuch einer Gewichtung eine Zeile wert. Abermals wird deutlich, auf welcher dünner empirischer Argumentationsgrundlage sich der Versuch der Abschaffung bewegt. Die Räte haben gut daran getan, die bedingte Geldstrafe beizubehalten.

B. Abschaffung der teilbedingten Geldstrafe

Nicht nur die bedingte, auch die teilbedingte Geldstrafe (Art. 43 Abs. 1 StGB) wollte der Bundesrat abschaffen, und darin sind ihm die Räte gefolgt. Dagegen ist unter empirischen Gesichtspunkten insofern wenig einzuwenden, als von den genannten gut 110'000 Verurteilungen von Erwachsenen im Jahr 2014 bloss knapp 1'300, mithin etwas mehr als 1%, auf eine teilbedingte Geldstrafe lauteten³⁴; die praktische Bedeutung der teilbedingten Geldstrafe lässt sich mithin nicht annähernd mit derjenigen der bedingten vergleichen. Auch in der Sache dürfte es verkraftbar sein, künftig auf diesen Geldstrafenzwitter zu verzichten. Die Botschaft begründet dies mit der gleichen anfechtbaren Überlegung, die sie für die Abschaffung der bedingten Geldstrafe anführt³⁵: Es sei nicht zu eruieren, ob aus generalpräventiven Gründen es genügen könnte, nur einen Teil der Strafe zu vollziehen³⁶. Einfacher und naheliegender wäre der Hinweis auf Art. 42 Abs. 4 StGB gewesen: Durch die Verbindung einer bedingten Geldstrafe mit einer unbedingten (oder mit einer Busse) lässt sich ein Ergebnis gewinnen, das einer eigentlichen teilbedingten Geldstrafe, von deren vergeltendem Element einmal abgesehen³⁷, nahe kommt³⁸. Die Lücke, welche sich durch die Streichung der teilbedingten Geldstrafe auftut, ist somit erstens schmal und sie lässt sich zweitens in Teilen durch die Verbindungsbusse (vgl. neu Art. 42 Abs. 4 StGB) füllen.

³³ 2013: 69.09% bzw. 82.85%. 2012: 71.25% bzw. 83.48%. 2011: 72.50% bzw. 83.44%. 2010: 73.00% bzw. 85.10% (Quelle wie Fn. 23).

³⁴ Exakte Werte für 2014: 1283 bzw. 1.16%. Gerechnet auf die Gesamtheit (nur) der Geldstrafen 2014 beläuft sich der Wert auf 1.38% (Quelle wie Fn. 23).

³⁵ Vgl. oben bei Fn. 24.

³⁶ Botschaft 2012, 4734.

³⁷ Vgl. allerdings BGE 134 IV 1, 12 E. 5.4.2 und 13, E. 5.4.3.

³⁸ BOMMER, Sanktionen, 13.

Im übrigen ist auf den Bedeutungswandel hinzuweisen, den die Streichung der teilbedingten Geldstrafe erfahren hat: Im bundesrätlichen Entwurf stellte deren Wegfall vor dem Hintergrund einer sonst stets unbedingten Geldstrafe eine nochmalige Verschärfung des Geldstrafenregimes dar. Nunmehr, da die Räte die bedingte Geldstrafe beibehalten haben, hat sich die (vordergründig als Gutheissung des bundesrätlichen Vorschlages erscheinende) Streichung der teilbedingten Geldstrafe in das Gegenteil dessen verkehrt, was der Entwurf anstrebte: Anstatt das Geldstrafensystem (auch bei „unschlechter“ Prognose) komplett auf unbedingt zu stellen, ist es nunmehr komplett auf bedingt gestellt, weil eine teilweise Vollstreckung der Geldstrafe nicht mehr vorgesehen ist.

C. Tagessatz

a. Neue obere Grenze der Anzahl Tagessätze: 180

Der bundesrätliche Entwurf begründet die Senkung der maximalen Anzahl Tagessätze von 360 auf 180 (nicht explizit, aber) der Sache nach mit einem (scheinbaren) Fehler der grossen AT-Revision: Ihr sei es um die Ersetzung *kurzer* Freiheitsstrafen durch andere Sanktionen gegangen und damit um solche unter sechs Monaten, nicht unter zwölf Monaten³⁹. Doch dürfte dieses – überdies unzutreffende – Argument (s. sogleich) nur vorgeschoben sein. Der Folgesatz verdeutlicht, worum es wirklich geht: „Das führt zur beabsichtigten stärkeren Gewichtung der Freiheitsstrafe“⁴⁰.

Selbstverständlich war die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe ein zentrales Anliegen der Revision, aber sie blieb dabei nicht stehen⁴¹. Die Ersetzung einer freiheitsentziehenden durch eine andere Sanktion kann sich auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit aufdrängen. Die Botschaft 1998 selber pocht darauf, wenn sie erklärt, von verschiedenen *gleichwertigen* Sanktionen sei diejenige mit der geringeren Eingriffstiefe zu wählen⁴². Zu begründen wäre also gewesen, dass die Ahndung von Straftaten im Bereich von 181 bis 360 Tagessätzen Geldstrafe nicht gleichermaßen

³⁹ Botschaft 2012, 4735.

⁴⁰ Botschaft a.a.O.

⁴¹ Vgl. nur STRATENWERTH, Wahl, 12.

⁴² Botschaft 1998, 2043; ebenso BGE 134 IV 82, 85 E. 4.1; 134 IV 97, 101 E. 4.2.2.

sen wirksam sei im Vergleich zu entsprechenden Freiheitsstrafen, ein Unterfangen, das angesichts der Austauschbarkeit der Sanktionen in diesem Bereich der Kriminalität schwierig geworden wäre⁴³. Es ist denn auch zu bedauern, dass fortan diese Möglichkeit nicht mehr offen steht⁴⁴, selbst wenn sich die Praxis mit Geldstrafen in der oberen Hälfte ihrer Bandbreite schwer getan hat: Von den 2014 verhängten 92'895 Geldstrafen entfielen bloss 380 auf den Rahmen zwischen 181 und 360 Tagessätzen, also 0.41%⁴⁵, und das Verhältnis zwischen Freiheits- und Geldstrafen in diesem Bereich beläuft sich auf gegen 3:1⁴⁶.

b. Neue untere Grenze der Anzahl Tagessätze: 3

Der bundesrätliche Entwurf sah, wie das geltende Recht (Art. 34 Abs. 1 StGB), keine Untergrenze an Tagessätzen vor, die im Einzelfall zu verhängen wäre. Die Räte haben hier, im Gleichlauf mit der Mindestfreiheitsstrafe von 3 Tagen (neu Art. 40 Abs. 1 StGB), drei Tagessätze als Minimum eingeführt. Auch dies ist Ausdruck des – wenngleich wenig folgenreichen⁴⁷ – Bestrebens, den Strafernst der Geldstrafe anzuheben⁴⁸. Man wird darin aber auch die Rechtsvermutung zu erblicken haben, dass Straftaten, deren angemessene Ahndung unter diesem Wert bleibt, infolge Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen nicht zu verfolgen oder nicht zu bestrafen sind (Art. 52 StGB).

c. Neuer Mindest-Regeltagessatz: 30 Franken

Einer der umstrittensten Punkte im gesamten Revisionsvorhaben war die Frage eines Mindesttagessatzes. Das geltende Recht enthält ihn nicht (vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB), aber das Bundesgericht hatte schon früh erklärt, eine

⁴³ Vgl. nur Botschaft 1998, 2041; KUNZ, § 25 N 12, § 26 N 24; KUNZ/BESOZZI, 582 ff.; MEIER, 32; RIKLIN, Reformen, 256; STRENG, N 331 ff.; CAROLINA FILELFI, La courte peine privative de liberté et sa justification, Jusletter vom 13. Jan. 2014, Rz. 22 ff., 45.

⁴⁴ Ebenso JOSITSCH/RICHNER, Rz. 12.

⁴⁵ Quelle wie Fn. 23.

⁴⁶ Exakte Werte 2014: 380 Verurteilungen zu Geldstrafe, 1'028 zu Freiheitsstrafe (Quelle wie Fn. 23).

⁴⁷ Vgl. Votum BR Sommaruga, AmtlBull NR 2013, 1594.

⁴⁸ Vgl. Votum NR Vogler, AmtlBull NR 2013, 1593.

Tagessatzhöhe von nur noch symbolischem Wert sei zu vermeiden⁴⁹ und sehr bald darauf diesen Wert bei 10 Franken festgelegt⁵⁰. Ihn übernahm der Entwurf⁵¹ und nach einem langen Hin und Her zwischen dem Nationalrat, der die Empfehlung der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS, heute SSK [Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz]) von 30 Franken verankert sehen wollte und dem Ständerat, der am bundesrätlichen Entwurf festhielt, resultierte der Kompromiss einer Regeluntergrenze von 30 Franken. Diese kann, – ausnahmsweise – bis auf 10 Franken gesenkt werden, „wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten“ (neu Art. 34 Abs. 2 StGB). In der Intensität dieser Auseinandersetzung wird ihre ideologische Aufladung deutlich. Die Praxis hat längst gezeigt, dass Tagessätze unter 30 Franken selten sind⁵², und doch war das Festhalten an dieser Grenze weniger diesem Befund geschuldet als dem Bemühen, die Eingriffsintensität der Geldstrafe zumindest symbolisch (real ist dies, wie erwähnt, kaum je nötig) zu steigern. Symbolisch ist die Erhöhung allerdings nicht bloss in rechtstatsächlicher, sondern auch in normativer Hinsicht: Denn die „persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters“, welche *ausnahmsweise* eine Absenkung bis auf 10 Franken erlauben sollen, sind nach Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB exakt die *Regelparameter*, nach denen das Gericht den Tagessatz *überhaupt* zu bemessen hat. Mit andern Worten: Regel und Ausnahme folgen denselben Regeln, die Ausnahme entpuppt sich als Anwendung der Regel, die Untergrenze liegt bei 10 Franken.

⁴⁹ BGE 134 IV 60, 72 E. 6.5.2. Fraglich bleibt, *für wen* dieser Wert nicht symbolisch sein darf. Für den Verurteilten ist er es nicht, wenn er lege artis errechnet seiner Leistungsfähigkeit entspricht. Also geht es um Symbolik *gegenüber allen andern*, ein Beispiel für den (oft in guter Absicht geleugneten) Einfluss generalpräventiver Argumente in der Strafzumessung.

⁵⁰ BGE 135 IV 180, 185 E. 1.4.2.

⁵¹ Der Vorentwurf hatte noch 30 Franken vorgeschlagen, vgl. Art. 34 Abs. 1 VE-StGB.

⁵² ANNETTE DOLGE, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen – Top oder Flop, ZStrR 2010, 58 ff., 64; HORST SCHMITT, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, forumpoenale 2009, 48 ff.

D. Verbindungsbusse

Art. 42 Abs. 4 StGB, Teil der „Nachbesserung 2006“⁵³, sieht vor, dass eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse verbunden werden kann. Der Bundesrat wollte aus systematischen und dogmatischen Gründen (zu Recht) die Verbindung allein noch mit der unbedingten Geldstrafe zulassen (Art. 42 Abs. 4 E-StGB). Nach einem langen Hin und Her zwischen den Räten setzte sich der Nationalrat mit dem Antrag durch, eine bedingte Strafe mit der in der Praxis deutlich verbreiteteren Busse als finanzielle Sanktion zu verbinden⁵⁴.

E. Modalitäten der Vollstreckung

Überwiegend technische Fragen, so könnte man meinen, regelt das Gesetz in den Bestimmungen über die Vollstreckung der Geldstrafe (neu Art. 35 f. StGB). Doch haben deren Modalitäten zum einen erheblichen Einfluss auf die Zahl der Fälle, die mit einer Ersatzfreiheitsstrafe enden (Art. 36 StGB); sie bestimmen damit über das Ausmass mit, in dem sich kurze Freiheitsstrafen (tatsächlich) durch Geldstrafen ersetzen lassen. Zum andern lässt sich (auch) hier zeigen, welche Blüten die blinde Ideologie der Strafverschärfung treiben kann.

Der bundesrätliche Entwurf wollte die Vollstreckungsmodalitäten der Geldstrafe in der Sache unverändert lassen⁵⁵. Die Räte zeigten sich mit säumigen Geldstrafenschuldnern weniger geduldig⁵⁶: Zum einen verkürzten sie die Zahlungsfrist von zwölf auf sechs Monate (neu Art. 35 Abs. 1 StGB), zum andern strichen sie die Möglichkeit, bei einer nach Urteilsfällung erfolgten, unverschuldeten und erheblichen Verschlechterung der Verhältnisse die Zahlungsfrist auf 24 Monate zu verlängern oder den Tagessatz herabzuset-

⁵³ Vgl. oben Fn. 4.

⁵⁴ AmtlBull SR 2015, 359. – Zur Problematik der Verbindung einer bedingten Strafe als Rechtsfolge von Verbrechen und Vergehen mit der Übertretungsstrafe der Busse BOMMER, Sanktionen, 12 f.

⁵⁵ Neuerungen in Art. 36 E-StGB waren allein deswegen nötig geworden, weil die gemeinnützige Arbeit von einer Strafart (wieder) zu einer Vollzugsform zurückgestuft wurde (Botschaft 2012, 4744).

⁵⁶ Kritisch RIKLIN, Reformen, 252.

zen (Art. 36 Abs. 3 lit. a. und b.)⁵⁷. Während sich die Fristverkürzung noch halbwegs auf die Senkung der Anzahl Tagessätze auf 180 stützen lässt⁵⁸, fällt eine über dumpfe Schärfungsbedürfnisse hinausgehende Erklärung, warum eine belastende Änderung der Verhältnisse nicht (mehr) zu berücksichtigen sei, schwer. Der Gesetzgeber hat damit eine Regelung eingeführt, wie wenn bei Freiheitsstrafen keine Rücksicht auf die fehlende Hafterstellungsfähigkeit genommen würde⁵⁹. Doch liegt darin bereits eine Abmilderung des anfänglichen nationalrätlichen Furors. Danach hätten auch die Möglichkeit der Zahlungsfristverlängerung auf Gesuch hin und sogar die Betreuung bei Zahlungsverweigerung ersatzlos gestrichen werden sollen⁶⁰. Daran hielt der Nationalrat noch fest⁶¹, als die Bundesrätin ihn darauf aufmerksam gemacht hatte, dass so im Ergebnis der Verurteilte bestimmt, ob er die Geldstrafe bezahlen oder sie in eine Freiheitsstrafe umwandeln lassen will⁶². Schliesslich setzte sich die Einsicht durch, dass es klüger ist, den *Vollzugsbehörden* in Gestalt der Betreuungsmöglichkeit eine Wahl zu eröffnen („wenn davon ein Ergebnis zu erwarten ist“) statt dem Verurteilten⁶³.

2. Freiheitsstrafe

A. Wiedereinführung der kurzen bedingten Freiheitsstrafe

Die markanteste Neuerung geht dahin, dass nunmehr kurze (d.h. solche von 3 Tagen bis zu 6 Monaten) bedingte Freiheitsstrafen wieder zulässig werden (neu Art. 40 StGB). Der Gesetzgeber hatte sie 2002, nach einer „*élaboration chaotique*“⁶⁴, ausnahmslos ausgeschlossen⁶⁵.

⁵⁷ In diesem Fall ist künftig allein ein Gesuch um Vollzug der Geldstrafe in Form von gemeinnütziger Arbeit möglich (neu Art. 79a Abs. 1 lit. c StGB).

⁵⁸ Votum NR Caroni, AmtlBull NR 2013, 1597.

⁵⁹ Vgl. z.B. § 289 Abs. 3 des luzernischen Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 3. Juni 1957 (SRL 305). – Dass sich der Geldstrafenvollzug durch gemeinnützige Arbeit abwenden lässt (vgl. Fn. 57), ist kein Gegenargument, weil das Gericht diese nicht mehr anordnen kann, sondern der Verurteilte ein Gesuch stellen muss.

⁶⁰ Vgl. AmtlBull NR 2013, 1598, 1599, 1673.

⁶¹ AmtlBull NR 2014, 1712.

⁶² Votum BR Sommaruga, AmtlBull NR 2014, 1711.

⁶³ AmtlBull NR 2015, 94.

⁶⁴ ANDRÉ KUHN, *Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal*, ZStrR 2003, 264 ff., 273 betr. die Verbindungsgeldstrafe nach Art. 42 Abs. 2 StGB, die ursprünglich sogar

Die bundesrätliche Begründung für die Wiedereinführung der Kurzstrafen stellt eine der bemerkenswertesten Passagen der Botschaft dar: Es solle „der Freiheitsstrafe nach der Überzeugung des Bundesrates eine bessere spezial- und generalpräventive Wirkung zukomm[en] als der Geldstrafe“⁶⁶. An die Stelle der Berufung auf Fakten tritt die Berufung auf Überzeugungen. Das ist insofern nicht erstaunlich, als das Diktum einer Überprüfung in tatsächlicher Hinsicht kaum standhalten würde: Die Gleichwertigkeitsthese besagt gerade, dass übers Ganze gesehen im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität die Freiheitsstrafe mit Blick auf Rückfälle nicht zu besseren Resultate führt⁶⁷.

Die weiter vorgebrachten Gründe für die Wiedereinführung kurzer Freiheitsstrafen sind nicht wesentlich überzeugender, zur Hauptsache deshalb nicht, weil sie an der eigentlichen Neuerung, der *bedingten* kurzen Freiheitsstrafe, vorbeigehen⁶⁸. Dass eine kurze Freiheitsstrafe in Kombination mit einer ambulanten Massnahme bei süchtigen Wiederholungstätern im Bereich der Betäubungsmitteldelinquenz einen gewissen Druck zur erfolgreichen Durchführung der Massnahme erzeugen kann, gilt nur bei unbedingtem Vollzug, der unter den Voraussetzungen von Art. 41 StGB bereits bisher möglich war. Der Hinweis auf die Opfer, die geneigt sein könnten, eine Geldstrafe, gerade bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter, als unangemessen zu empfinden, ist erstens Spekulation⁶⁹, kann sich nur auf Taten unterhalb der Schwelle von 180 Tagessätzen beziehen und widerspricht offenkundig dem Grundsatz, dass Opfer zwar, bei gegebenen Voraussetzungen, ein Recht auf Unrechtsfeststellung, allenfalls Schuldigspre-

hätte bedingt ausfallen können (!). Das Verdikt trifft auch auf die Frage der kurzen bedingten Freiheitsstrafe zu.

⁶⁵ Die Deutung von ROBERT ROTH (Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles, ZStrR 2003, 1 ff., 8 f.), dass der komplette Ausschluss der bedingten Freiheitsstrafe unter sechs Monaten einen Irrtum des Gesetzgebers darstellt und deshalb nicht zum Nennwert zu nehmen sei, bedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten also weiterhin möglich bleiben müssen, hat sich nicht durchsetzen können (vgl. BOMMER, Sanktionen, 10 f.), obwohl die Analyse treffend ist.

⁶⁶ Botschaft 2012, 4742.

⁶⁷ Vgl. oben Fn. 43.

⁶⁸ Dieser Bereich hätte nach dem bundesrätlichen Entwurf, der dem Gericht die freie Wahl zwischen Geld- oder Freiheitsstrafe geben wollte, den weitaus bedeutsamsten Anteil an kurzen Freiheitsstrafen dargestellt: Vom alten Recht her ist bekannt, dass rund drei Viertel dieser Freiheitsstrafen mit bedingtem Vollzug ausgesprochen werden.

⁶⁹ Wie die Botschaft a.a.O. Fn. 39 nicht verhehlt.

chung, nicht aber auf eine bestimmte Strafart oder ein bestimmtes Strafmass haben⁷⁰. Und dass in Fällen von häuslicher Gewalt eine unbedingte Geldstrafe das Familienbudget schmälert, ist eine Binsenwahrheit, aber dass eine unbedingte Freiheitsstrafe (von *ihr* ist in der Botschaft a.a.O. die Rede) ausschliesslich die verurteilte Person belaste, trifft selbst bei Anwendung von Vermeidestrategien wie Halbgefängenschaft oder elektronischer Überwachung nicht zu, sondern, wenn schon, allenfalls bei der bedingten Freiheitsstrafe. Über eine gewisse, wenn auch beschränkte Plausibilität verfügt – bei optimistischer Betrachtung – noch am ehesten die Überlegung, dass es Tätergruppen gibt, die sich durch eine (bedingte) kurze Freiheitsstrafe eher von weiterer Deliktsbegehung abhalten lassen als durch eine (bedingte) Geldstrafe („Straftäter auf Durchreise“)⁷¹. Im Verbund mit der im Entwurf gestrichenen Priorität der Geldstrafe (Art. 41 StGB) hätte die Rückkehr der kurzen Freiheitsstrafe auf dieser Argumentationsgrundlage tatsächlich Anlass zu grosser Sorge gegeben.

Es läge allerdings neben der Sache, ihre Wiedereinführung (im Ergebnis *nur und allein* auf das Konto „neue Punitivität“ abzubuchen. Von den Vorläuferregelungen hatte einzig der Vorentwurf SCHULTZ die Untergrenze der (bedingten *und* unbedingten) Freiheitsstrafe auf sechs Monate festgelegt; er zog die Grenze alternativ allerdings bei drei Monaten⁷². Bereits der von Repressionsverdacht weit entfernte Vorentwurf der Expertenkommission wie auch der Entwurf des Bundesrates kannten den Typus Sanktion, wie ihn der Gesetzgeber in Gestalt bedingter kurzer Freiheitsstrafen a limine verworfen hatte. Sie sahen zwar nicht die kurze bedingte Freiheitsstrafe als solche vor, sehr wohl aber Äquivalente für sie, die im gegenwärtigen Recht fehlen⁷³ und die bei einem Rückfall die Verhängung unbedingter kurzer Freiheitsstrafen ebenfalls möglich machten⁷⁴. Insofern lässt sich die Wiedereinführung der kurzen bedingten Freiheitsstrafe als die Behebung eines

⁷⁰ Vgl. nur die Rechtsmittellegitimation in Art. 382 Abs. 2 StPO.

⁷¹ Botschaft 2012, 4735. Die nachfolgenden Argumente a.a.O. und Folgeseite. Näher unten 2.B.b.

⁷² Art. 32 VE-Schultz (vgl. Bericht Schultz, 74 ff.). – Dass der Gesetzgeber sich betr. der Untergrenze auf ein fast zwanzig Jahre altes Vorbild gestützt hat, dürfte ihm nicht bewusst gewesen sein.

⁷³ Der Vorentwurf der Expertenkommission in Form der bedingten Verurteilung (Art. 36 VE-ExpKomm; Bericht ExpKomm, 52) und der Entwurf des Bundesrates in Form des Aussetzens der Strafe (Art. 42 E-StGB 1998; Botschaft 1998, 2045).

⁷⁴ Art. 41 VE-ExpKomm; Art. 41 Abs. 1 E-StGB 1998.

Fehlers des gegenwärtigen Rechts begreifen⁷⁵, auch wenn anfänglich in Bundesrat und Parlament andere Motivationen leitend gewesen sind. Zu illustrieren bleibt die Lücke, die damit geschlossen wird, und – entscheidend für die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen – das Verhältnis zur Geldstrafe (unten B.).

Ein erheblicher Teil der Kantone hatte in der Umfrage⁷⁶ geltend gemacht, bei einkommensschwachen Tätern sei die Verhängung einer bedingten Geldstrafe wenig sinnvoll (weil sie bei einem künftigen Widerruf nicht bezahlt wird und eine Ersatzfreiheitsstrafe angeordnet werden muss) und bei gewissen Täterkategorien spezialpräventiv wenig wirksam⁷⁷. Der Bundesrat nahm diese Hinweise auf und wollte eine Freiheitsstrafe immer dann ausgesprochen wissen, „wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden können“⁷⁸. Zudem sollten auch spezial- oder generalpräventive Gründe für die (bedingte) Freiheitsstrafe sprechen können, ohne dass diese näher bezeichnet worden wären⁷⁹. Dabei hätte auf der Hand gelegen, unter diesen Umständen das Verhältnis Geldstrafe – Freiheitsstrafe gerade nicht freier richterlicher Wahl zu überlassen, sondern näher zu definieren. Die Räte (auf Vorschlag des Ständerates) haben dies nachgeholt.

B. Verhältnis Geldstrafe – Freiheitsstrafe

a. Regel: Geldstrafe

Die Bestimmung von neu Art. 41 StGB verankert den Vorrang der Geldstrafe: Sie stellt *die* entscheidende Norm im (neuen, aber wenig veränderten) Gefüge von Geld- und Freiheitsstrafe dar. Von ihrer praktischen Umsetzung wird abhängen, ob die Geldstrafe weiterhin die dominierende Strafart zur Ahndung von Straftaten im unteren Deliktsbereich darstellen wird. Bedeutung entfaltet die Bestimmung natürlich nur für Tatbestände, die parallel Geld- *oder* Freiheitsstrafe androhen und soweit eine Strafe unter 180 Einheiten in Betracht kommt. Dabei handelt es sich um in der Praxis allerdings

⁷⁵ BOMMER/STRATENWERTH, 17, 23.

⁷⁶ Oben Fn. 11.

⁷⁷ Ergebnisse, 40 f.

⁷⁸ Botschaft 2012, 4736.

⁷⁹ A.a.O.

sehr bedeutsame Straftaten, etwa grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Abs. 2 SVG), Fahren in qualifiziert fahruntfähigem Zustand (Art. 91 Abs. 2 SVG), rechtswidrige Ein- oder Ausreise etc. (Art. 115 AuG), Diebstahl (Art. 139), Missbrauch von Ausweisen und Schildern (Art. 97 SVG), Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB), Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) oder einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB)⁸⁰. Sie machten im Jahr 2014 deutlich über 80% der Verurteilungen von Erwachsenen wegen Verbrechen und Vergehen aus⁸¹.

b. Ausnahme: Freiheitsstrafe

aa. Zunächst ist eine Freiheitsstrafe dann zu verhängen, wenn „eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann“ (neu Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB). Das gilt einmal für die unbedingte Geld- bzw. Freiheitsstrafe, insofern ändert sich gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nichts (Art. 41 Abs. 1 StGB). Es gilt aber, jedenfalls nach dem Wortlaut, auch für die bedingte Geldstrafe: Wenn sie, bei einem Rückfall, als nicht vollziehbar erscheint, dann kann neu eine bedingte kurze Freiheitsstrafe ausgesprochen werden⁸². Dabei wird sich die Frage stellen, welches Ausmass an Prognose-sicherheit sowohl bezüglich des Rückfalls wie auch bezüglich fehlender Vollziehbarkeit zu verlangen sei. Die erste ist schnell beantwortet: Weil es um eine Geldstrafe mit bedingtem Vollzug geht, ist betr. Rückfall eine „unschlechte“ Prognose nötig; sie jedenfalls muss ausreichen, schliesst m.a.W. die Anwendung von neu Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB nicht aus. Bei einer explizit guten Prognose hingegen wird man sich überlegen müssen, ob von einer Substituierung der Geld- durch die Freiheitsstrafe nicht abzusehen sei, aus der Überlegung heraus, dass eine nicht unerhebliche Chance eines Rückfalls vorliegen muss, damit sich das Ausweichen auf die Freiheitsstrafe rechtfertigen lässt. Was die Prognose der fehlenden Vollziehbarkeit betrifft, gilt es Zurückhaltung zu üben: Weil eine bedingte Geldstrafe im Widerrufsfall und bei Nichtbezahlung über die Ersatzfreiheitsstrafe ebenfalls zu einer unbedingten Freiheitsstrafe führt, wird man eine offenkundige Nichtvoll-

⁸⁰ Zahlen für 2014: Art. 90 Abs. 2 SVG 24'156; Art. 91 und 91a SVG 20'087; Art. 115 AuG 15'224; Art. 139 StGB 9'502; Art. 97 SVG 8'358; Art. 186 StGB 6'630; Art. 144 StGB 5'437; Art. 123 StGB 2'651 (Bundesamt für Statistik, T. 19.3.1.2.4.1.2, T. 19.3.1.2.5.1.2 und T. 19.3.1.2.3.1.2, Stand Datenbank 30.04.2015).

⁸¹ 83.58%. Dabei muss natürlich offen bleiben, in wie vielen Fällen eine Strafe im hier behandelten Bereich überhaupt in Betracht kommt.

⁸² BOMMER/STRATENWERTH, 23.

ziehbarkeit der Geldstrafe voraussetzen müssen. Diese kann sich aus fehlenden finanziellen Mitteln, aber auch daraus ergeben, dass die Geldstrafenvollstreckung im Ausland als illusorisch erscheint, etwa bei einem ausländischen Hooligan, der möglichst rasch wieder ausreisen will⁸³.

bb. Weiter ist der Wechsel auf eine Freiheitsstrafe zulässig, „um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten“ (neu Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB). Das Gesetz verwendet hier, mit umgekehrten Vorzeichen, dieselbe Formulierung wie bei der Voraussetzung für den bedingten Strafvollzug (Art. 42 Abs. 1 StGB). Dabei ist die Wendung natürlich nicht instrumentell zu verstehen: Nicht durch das pure Eingesperrt-Sein soll der Verurteilte an der Begehung weiterer Straftaten gehindert werden (sonst wäre die Regelung auf den bedingten Strafvollzug zum vornherein nicht anwendbar), sondern durch den Eindruck, den ihm Ausspruch und gegebenenfalls Vollzug der Freiheitsstrafe machen sollen. Im weiteren teilt die Phrase die Unzulänglichkeiten ihrer Parallele⁸⁴: Wenn mutmasslich nicht einmal eine Freiheitsstrafe den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abhalten könnte, so liegt darin kein Grund, auf den Wechsel zu verzichten. Damit wird deutlich, wie lit. a zu verstehen ist: Die Freiheitsstrafe scheint eher als die Geldstrafe geeignet, künftigen Straftaten vorzubeugen.

Das wirft die Frage auf, worauf sich diese Annahme stützen kann. Die Austauschbarkeitsthese⁸⁵ scheint ja das genaue Gegenteil zu besagen: Dass in diesem Bereich der Kriminalität die Geldstrafe ohne negative spezialpräventive Effekte der Freiheitsstrafe vorzuziehen sei. Der Hinweis gibt Anlass zu einer Präzisierung: Die Erklärungskraft der Austauschbarkeitsthese bezieht sich auf eine *generalisierende* Betrachtung. Sie besagt (nur, aber immerhin), dass *im Durchschnitt* der zu den genannten Strafen Verurteilten die Rückfallquote unabhängig von der Art der Vorstrafe stets annähernd gleich gross sei. Das schliesst jedoch nicht aus, dass in konkreten Einzelfällen eine Freiheitsstrafe wirksamer sein könnte als eine Geldstrafe⁸⁶. Bei der Frage allerdings, welches solche Einzelfälle sein könnten, findet der Ratschlag der Wissenschaft sein Ende; sie ist unerforscht. Deshalb lässt sich der Wechsel in diesen, aber nur in diesen Fällen, welche immer es sein mögen, tatsächlich nur noch – mit dem Bundesrat – auf Überzeugungen und nicht mehr auf

⁸³ Bericht Expertenkommission, 59 f.

⁸⁴ BOMMER, Sanktionen, 9; STRATENWERTH, Wahl, 11.

⁸⁵ Oben Fn. 43 (auch Gleichwirkungsthese genannt).

⁸⁶ STRENG, N 332; vgl. auch MEIER, 32.

Fakten stützen⁸⁷. Das soll etwa bei einem Einbrecher von jenseits der Grenzen der Fall sein⁸⁸; er wird zudem oft mit demjenigen von lit. b zusammen treffen. Weiter soll lit. a auch, so die Botschaft 2012⁸⁹, den Fall eines sehr wohlhabenden Erstbeschuldigten (etwa wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln) erfassen. Für ihn stelle die Bezahlung einer hohen Geldstrafe eine kaum spürbare Sanktion dar. Eine bedingte Freiheitsstrafe hingegen wirke als ernste Drohung mit spürbaren Konsequenzen bei erneutem Fehlverhalten. Damit werden die Verhältnisse auf den Kopf gestellt: Dass die Geldstrafe bei überaus guten Einkommens- und Vermögensverhältnissen an immanente Grenzen stösst, ist bekannt⁹⁰, stellt aber keinen Grund dar, auf eine eingriffsintensivere Sanktion umzuschwenken⁹¹. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind, abgesehen von der gesetzlichen Ausnahme in neu Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB, kein Kriterium für die Wahl der Strafart⁹², sondern für die Höhe des Tagessatzes.

Bemerkenswert an dieser Gesetzesfassung erscheint, dass sie explizit spezialpräventiv formuliert ist: „den Täter“, nicht „andere“ von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Auch in den Räten ist sehr deutlich gesagt worden, dass Gründe der Generalprävention nicht zum Wechsel auf eine Freiheitsstrafe führen dürfen⁹³; die Botschaft 2012 wollte sie noch zulassen⁹⁴. Man braucht sich nur an die Ausgangslage zu erinnern, um zu sehen, dass damit ein erheblicher Teil der Fälle, die den Anstoss zur Reform gegeben haben, nicht abgedeckt sein wird. Der Ruf nach (vollständiger) Abschaffung der bedingten Geldstrafe lag ja auch in Zweifeln an ihrer *gene-*

⁸⁷ Vgl. Fn. 66.

⁸⁸ Ergebnisse, 41.

⁸⁹ S. 4735 Fn. 37.

⁹⁰ Vgl. nur BOMMER, Sanktionen, 7.

⁹¹ Die Pointe des Beispiels ergibt sich indessen aus Ausführungen der verantwortlichen Bundesrätin im Parlament, wonach „eine Freiheitsstrafe durchaus attraktiv sein kann, wenn die Geldstrafe allein wegen sehr guter wirtschaftlicher Verhältnisse eben hoch ausgefallen ist“ und eine „verurteilte Person es dann vorziehen [könnte], statt eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu 3000 Franken, also statt eine Geldstrafe von 30 000 Franken zu bezahlen, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen in Halbgefangenschaft zu verbüssen“ (BR Sommaruga, AmtlBull NR 2014, 1711 und 2015, 93, zur Frage, ob bei Nichtbezahlung der Geldstrafe zunächst eine Betreuung Platz greifen soll, vgl. oben II.1.E.).

⁹² BGE 134 IV 97, 104 E. 5.2.3.

⁹³ BR Sommaruga, AmtlBull NR 2015, 96; NR Lüscher, AmtlBull NR 2015, 95; NR Jossitsch, AmtlBull NR 2015, 924.

⁹⁴ S. 4736.

ralpräventiven Wirksamkeit begründet⁹⁵. Das Moment des Schuldausgleichs, auf das der erläuternde Bericht zum Vorentwurf, verbunden mit generalpräventiven Gesichtspunkten⁹⁶, noch abgestellt hatte, taucht ebenfalls nicht mehr auf. So ist zu erwarten, dass künftig, wo statt einer bedingten Geld- eine bedingte Freiheitsstrafe angebracht erscheint, diese auch dort hinter spezialpräventiven Überlegungen versteckt wird, wo an sich generalpräventive den Ausschlag geben. Etwas erschwert wird dieses Manöver allein durch die Klausel, dass die Wahl einer Freiheitsstrafe, wo auch eine Geldstrafe möglich gewesen wäre, „näher zu begründen“ ist (neu Art. 41 Abs. 2 StGB). Das gilt gerade auch für die grosse Masse der Strafbefehle, die sonst keine Begründung enthalten⁹⁷.

3. Surrogate der unbedingten (kurzen) Freiheitsstrafe

Der bundesrätliche Entwurf wollte in doppelter Hinsicht wieder verstärkt auf die (kurze) Freiheitsstrafe setzen: Einerseits durch ihre ausschliessliche Anwendbarkeit im über-halb-jährigen bis jährigen Strafbereich, andererseits durch die freie richterliche Wahl der Strafart im unter-halb-jährigen, beides zu Lasten der Geldstrafe. Deshalb war die Prognose wenig gewagt, dass damit ein Anstieg der vollziehbaren Freiheitsstrafen verbunden sein würde⁹⁸. Die so generalpräventiv aufgezogene Drohkulisse sollte auf der spezialpräventiven Ebene des Vollzugs jedoch abgeschwächt werden durch die Vermeidestrategien, welche die Härten der vollziehbaren kurzen Freiheitsstrafe abschwächen; sie waren zu festigen und zu erweitern. Die Halbgefängenschaft gab es schon (Art. 77b und 79 StGB), die gemeinnützige Arbeit brauchte nur von einer eigenständigen Strafart (Art. 37 ff. StGB) in die Vollzugsform einer Freiheitsstrafe überführt zu werden, und für die neu einzuführende elektronische Überwachung konnte man auf umfangreiche

⁹⁵ Vgl. nur Ergebnisse, 12 f.; JÜRIG SOLLBERGER, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 2003, 244 ff., 257; BGE 134 IV 60, 75 E. 7.3.1. BR Sommaruga, AmtlBull SR 2014, 1055: „Die Revision hat man nämlich gemacht, weil man gesagt hat, dass diese bedingte Geldstrafe bei der Bevölkerung schlecht ankommt ...“. Für die Zulässigkeit des Wechsels auch aus generalpräventiven Gründen BOMMER/STRATENWERTH, 23; STRATENWERTH, Teilrevisionen, 354.

⁹⁶ Erläuternder Bericht VE-StGB 2010, 10 („Vergeltungsbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft“).

⁹⁷ Beim Strafbefehl stellen sich ohnehin nochmals erhebliche weitere Probleme, vgl. nur ALBRECHT, 281; RIKLIN, Reformen, 258 f.

⁹⁸ Botschaft 2012, 4723, 4733.

Versuchserfahrungen zurückgreifen. Nun ist die Drohkulisse sehr viel weniger bedrohlich ausgefallen als geplant: Es gibt keine freie Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe, wo an sich beide zulässig wären; die Priorität der Geldstrafe gilt, mit der Einschränkung von neu Art. 41 StGB, weiterhin⁹⁹. Die Entschärfungsbemühungen hingegen hat der Gesetzgeber ziemlich vorgabengetreu umgesetzt. Sie werden, nicht zum Schaden des Systems, einen engeren Anwendungsbereich haben als ursprünglich geplant.

A. Gemeinnützige Arbeit

Sehr früh im politischen Prozess ist deutlich geworden, dass die gemeinnützige Arbeit, die konstruktivste Form einer Bestrafung¹⁰⁰, sich nicht wird als eigenständige Strafe halten können. Bereits der Entwurf sah ihre Rückstufung (wieder) zu einer Vollzugsform vor, und das Parlament ist dem gefolgt (neu Art. 79a StGB)¹⁰¹. Ausschlaggebend, sie als Hauptstrafe aufzugeben, waren Gründe der Praktikabilität¹⁰² sowie (ebenfalls) starke Zweifel an der strafenden Wirkung einer mit bedingtem Vollzug ausgesprochenen Arbeitsstrafe¹⁰³. Die Beurteilung dieser Neuerung fällt ambivalent aus: Auf der einen Seite stellt die Entscheidverlagerung auf die Vollzugsbehörde ohne jede richterliche Mitwirkung einen schwierig zu quantifizierenden Verlust an Rechtsstaatlichkeit dar. Ob eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe im normalen Strafvollzug, in Form von gemeinnütziger Arbeit, Halbgefängenschaft (neu Art. 77b StGB) oder unter den Bedingungen elektronischer Überwachung (neu Art. 79b StGB) vollzogen wird, ändert ihren Charakter ganz erheblich, so dass man sich mit Fug fragen kann, „ob die Verwaltung hier nicht eine Sanktion in eine andere umwandelt“¹⁰⁴. Doch wird man auf der andern Seite einräumen müssen¹⁰⁵, dass eine zwar richterlich angeordnete, aber wenig genutzte Arbeitsstrafe deren kriminalpolitischer Zielsetzung

⁹⁹ Demgegenüber dürfte wenig ins Gewicht fallen, dass die im Bereich von über 180 Tagessätzen ausgesprochenen Geldstrafen neu ausnahmslos als Freiheitsstrafen verhängt werden: Weniger als 0.5% der verhängten Geldstrafen entfielen darauf, vgl. oben bei Fn. 45.

¹⁰⁰ Botschaft 1998, 2024; BOMMER, Sanktionen, 15; RIKLIN, Sanktionenreform, 33.

¹⁰¹ AmtlBull NR 2013, 1603, 1673; AmtlBull SR 2014, 633, 646.

¹⁰² Ergebnisse, 8, 22 ff.

¹⁰³ Botschaft 2012, 4728.

¹⁰⁴ RIKLIN, Reformen, 257.

¹⁰⁵ Unter der Annahme, dass die Kantone ihrer Pflicht zur Durchführung der gemeinnützigen Arbeit (Art. 375 StGB) nachgekommen sind.

nicht entspricht: Ihre Anzahl ist nämlich seit dem Höchststand von über 5'600 im Jahr 2007 stetig gesunken, auf noch 3'200 im Jahr 2013¹⁰⁶. Auch unter diesem Aspekt ist zu begrüßen, dass sie, anders als noch im Vorentwurf (Art. 79a Abs. 1 VE-StGB 2010), nunmehr ebenso als Substitution einer Geldstrafe oder einer Busse vorgesehen ist (neu Art. 79a Abs. 1 lit. c StGB). Anstelle einer Ersatzfreiheitsstrafe kommt sie nicht in Frage.

B. Halbgefängenschaft

Auch die Halbgefängenschaft hat den Zweck, eine unbedingte Freiheitsstrafe nicht tel quel vollziehen zu müssen. Stattdessen setzt der „Gefangene [...] seine Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung ausserhalb der Anstalt fort und verbringt die Ruhe- und Freizeit in der Anstalt“ (neu Art. 77 Abs. 2 StGB). Das Gesetz sieht sie vor für Freiheitsstrafen von nicht mehr als 12 Monaten oder für eine, nach Anrechnung der Untersuchungshaft, Reststrafe von nicht mehr als sechs Monaten, sofern keine Gefahr von Flucht oder erneuter Straffälligkeit besteht und eine geregelte Beschäftigung vorliegt (neu Art. 77 Abs. 1 StGB). In der Sache sind damit keine Änderungen gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand verbunden; allerdings ist neu ein Gesuch des Verurteilten notwendig. Der tageweise Vollzug hingegen, bisher vorgesehen für Freiheitsstrafen unter vier Wochen (Art. 79 Abs. 2 StGB), ist, offenbar mangels praktischem Bedürfnis¹⁰⁷, abgeschafft.

C. Elektronische Überwachung

Die elektronische Überwachung (electronic monitoring) schliesslich stellt den dritten Weg dar, den eigentlichen Vollzug unbedingter kurzer Freiheitsstrafen zu vermeiden, geht aber darüber hinaus, indem sie auch am Ende vollzogener Freiheitsstrafen ansetzt. Sie wird seit 1999 versuchsweise in verschiedenen Kantonen mit insgesamt offenbar positiven Erfahrungen praktiziert¹⁰⁸ und soll nun in neu Art. 79b StGB eine definitive Regelung finden. Mittels eines am Fussgelenk befestigten Senders soll überwacht

¹⁰⁶ Bundesamt für Statistik, T 19.3.5.2.11 (Stand Datenbank: 7. Juli 2014).

¹⁰⁷ Vgl. Botschaft 2012, 4742, 4747.

¹⁰⁸ Botschaft 2012, 4739; Erfahrungen mit Electronic Monitoring nach dem Inkrafttreten des revidierten AT-StGB (2007/2008), Bundesamt für Justiz, 4. August 2009.

werden, ob der Verurteilte sich an den zulässigen Aufenthaltsorten (Arbeits-, Wohnort) aufhält¹⁰⁹.

Der Hauptanwendungsbereich der elektronischen Überwachung liegt nach den bisherigen Erfahrungen im Bereich der Substitution von (kurzen) Freiheitsstrafen und stellt insoweit deren Vollzugsform dar¹¹⁰. Das Gesetz sieht sie „für“ den Vollzug einer Freiheitsstrafe oder einer Ersatzfreiheitsstrafe¹¹¹ von 20 Tagen bis zu 12 Monaten vor. Damit deckt es einerseits einen Rahmen ab, innerhalb dessen nunmehr, infolge der Streichung der Geldstrafen von über 180 Tagessätzen, unbedingte Freiheitsstrafen zwischen sechs und zwölf Monaten ausgesprochen werden. Ein Teil von ihnen dürfte künftig über die elektronische Überwachung vollziehbar sein, weil deren Hauptvoraussetzungen (neu Art. 79b Abs. 2 lit. c-d: dauerhafte Unterkunft, geregelte Beschäftigung, soziale Bindung) typischerweise die Verhängung einer Geldstrafe begünstig(t)en. Andererseits sind es nun, da die elektronische Überwachung zur Vollzugsform des Strafgesetzbuches aufgewertet worden ist, nicht mehr nur die sieben Versuchskantone, die sie vorzusehen haben, sondern sämtliche Kantone¹¹²; das steigert den Anwendungsbereich nochmals erheblich.

D. Gemeinsamkeiten

Die Bestimmungen über gemeinnützige Arbeit, Halbgefangenschaft und elektronische Überwachung sind in ihrer Struktur insofern gleich, als bei allen ein Gesuch des Verurteilten notwendig ist und es stets heisst, die unbedingte Freiheitsstrafe „könne“ in Gestalt des jeweiligen Surrogates vollzogen werden. Das wirft die Fragen nach dem Stellenwert des Gesuches sowie nach dem Anspruch auf die alternative Vollzugsform auf.

¹⁰⁹ JOSITSCH/RICHNER, Rz. 16 Fn. 29; Näher KOLLER, BSK StGB, N 13 f. zu Art. 79b E Sanktionen 2012.

¹¹⁰ Abs. 1 lit. a, sog. „Front-Door“-Bereich, KOLLER, BSK StGB, N 6, 9 zu Art. 79b E Sanktionen 2012. Auf die Anordnung (als Vollzugsstufe) der elektronischen Überwachung anstelle des Arbeits- oder des Arbeits- und Wohnexternates (Abs. 1 lit. b; sog. „Back-Door“-Bereich) wird nachfolgend nicht weiter eingegangen, näher KOLLER, a.a.O., N 10 zu Art. 79b E Sanktionen 2012.

¹¹¹ Anders (wohl irrtümlich) die Botschaft 2012, 4748 (Votum NR Rickli, AmtlBull NR 2013, 1650).

¹¹² Botschaft 2012, 4740.

a. Gesuch

Die gemeinnützige Arbeit als Hauptstrafe bedurfte keines Gesuches des Beschuldigten, nur seine Zustimmung war nötig (Art. 37 Abs. 1 StGB). Die Halbgefängenschaft war, bei gegebenen Voraussetzungen, sogar von Amtes wegen anzuordnen (Art. 77b, 79 Abs. 1 StGB)¹¹³. Einzig bei den kantonalen Versuchen der elektronischen Überwachung war schon bisher stets ein Gesuch vorausgesetzt. Sachlich dürfte sich in den beiden erstgenannten Fällen nicht viel ändern: Beide setzen Kooperation(sbereitschaft) des Verurteilten voraus; sie zu manifestieren ist denn auch, neben der eigentlichen Bezeichnung der Vollzugsform, der Sinn des Gesuches und bezeichnet den Kern seines Inhaltes. Höhere Ansprüche wird man daran nicht stellen dürfen.

b. Anspruch

Die drei Surrogate zur kurzen unbedingten Freiheitsstrafe haben gemein, dass sie alle (nur) angeordnet werden „können“ (neu Art. 77b Abs. 1, neu Art. 79a Abs. 1, neu Art. 79b Abs. 1 StGB). Besteht, bei gegebenen Voraussetzungen, tatsächlich kein Recht des Verurteilten auf den Alternativvollzug¹¹⁴? Man braucht sich nur vor Augen zu führen, dass – unter Berufung auf die Kann-Vorschrift – systematisch keine Alternativen zum kurzen Freiheitsentzug zur Anwendung kämen, um zu erkennen, dass damit die gesetzgeberische Absicht unterlaufen würde. Wenn man zögert, von einem „Anspruch“ oder „Recht“ auf den Alternativvollzug zu sprechen, so wohl deshalb, weil diese Verbindung kontraintuitiv erscheint. Doch gilt es sich bewusst zu bleiben, dass im Vergleich zum Normalvollzug die Surrogate allesamt, unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung der Bewegungsfreiheit, weniger einschneidend sind; insofern würde die Redeweise von einem „Recht“ passen. Die Frage scheint für den Vollzug der Halbgefängenschaft und der elektronischen Überwachung klar entscheidbar; die Behörden sind zur Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur verpflichtet¹¹⁵. Deshalb spricht nichts dagegen, diese Alternativen dort zwingend anzuwenden, wo

¹¹³ Praktisch wurde i.d.R. auch hier zumindest die Stellungnahme des Verurteilten eingeholt, weil eine Halbgefängenschaft gegen dessen Willen wenig aussichtsreich erschien (KOLLER, BSK StGB, N 14 zu Art. 77b).

¹¹⁴ Ausweichmanöver von der Art, dass die Voraussetzungen (halt) doch nicht zu 100% erfüllt seien, bleiben ausser Betracht.

¹¹⁵ BR Sommaruga, AmtlBull SR 2014, 630.

ihre Voraussetzungen erfüllt sind; insofern gibt es in solchen Fällen kein Ermessen der Vollzugsbehörden mehr, man mag von einem „Anspruch“ sprechen oder davon, dass in diesen Fällen die Anordnung zwingend ist¹¹⁶. Fraglich erscheint, ob dies auch für die gemeinnützige Arbeit gelten kann: Sie steht – ob eigenständige Hauptstrafe oder Vollzugsform – vor der Schwierigkeit, dass geeignete Arbeitsplätze nicht beliebig zu finden und schon gar nicht beliebig vermehrbar sind. Das würde die Ansicht stützen, dass von einem „Recht“ auf die gemeinnützige Arbeit kaum die Rede sein kann, jedenfalls solange nicht, als die Anstrengungen der Vollzugsbehörden zur Bereitstellung entsprechender Plätze insgesamt ein angemessenes Niveau erreichen. Dem steht jedoch entgegen, dass nach geltendem Recht eine unbedingte Arbeitsstrafe ausgesprochen wird, ohne dass bereits klar ist, wo und unter welchen Bedingungen im einzelnen diese zu leisten sein wird. Es liegt dann an den kantonalen Vollzugsbehörden, eine geeignete Beschäftigungsmöglichkeit zu finden¹¹⁷. *Daran* hat die Revision nichts geändert, weshalb man auch bei der gemeinnützigen Arbeit davon auszugehen haben wird, dass deren Anordnung bei gegebenen Voraussetzungen bindend ist.

4. Landesverweisung

Zu guter (?) Letzt hat die Revision einen tiefen Blick in die Mottenkiste verstaubter strafrechtlicher Instrumentarien gewagt und ist dort auf die Landesverweisung gestossen (neu Art. 67f StGB). Deren Wiederbelebung stellt unter verschiedenen Aspekten den wohl skurrilsten Aspekt der Reform dar. Darin manifestiert sich eine (neben der Einschätzung der kurzen Freiheitsstrafe) erneute 180-Grad-Kehrtwende des Bundesrates, nachdem diese Form der Expulsion per 2007 gestrichen worden war. Die Kantone waren in der Umfrage auch nach ihrer Haltung zur Wiedereinführung der Landesverweisung befragt worden. Die grosse Mehrheit war der Auffassung, deren Strei-

¹¹⁶ Ebenso RIKLIN, Sanktionenreform, 33. – Die Botschaft 2012 (4747) betrachtet die Halbfangenschaft als den Regelfall, „wenn kein Vollzug in einer der Alternativformen erfolgt“. Dass sie gegenüber der gemeinnützigen Arbeit und der elektronischen Überwachung subsidiär ist, ergibt sich aus neu Art. 79a Abs. 6 StGB und neu Art. 79b Abs. 3 StGB, wonach bei Nichterbringung der Arbeitsstrafe oder Entfallen einzelner Überwachungsvoraussetzungen die Freiheitsstrafe (u.a.) in Form der Halbfangenschaft vollzogen werden kann.

¹¹⁷ Vgl. MATTHIAS MICHLIG, Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufmodell?, ZSR 2011 I 595 ff., 599.

chung habe nicht zu einer spürbaren Lücke geführt¹¹⁸. Dennoch hat bereits der VE-2010 (Art. 67c) wie auch der E-2012 (Art. 67c) an ihr festgehalten, ohne dass man erfährt, aus welchen Gründen dies *gegen die Mehrzahl der kantonalen Stimmen* geschehen ist. Zwar werden einzelne (angebliche) Vorzüge aufgezählt, aber es unterbleibt jeder Versuch, sie gegen die (ebenfalls genannten) Nachteile, die zu ihrer Abschaffung geführt hatten, abzuwägen. Vor allem aber fehlt es an dem Grundlegendsten, was man bei der Einführung einer (neuen) Massnahme erwarten dürfte: einer Begründung, weshalb es unter strafrechtlichen Aspekten legitim sein könnte, straffällige Personen mit ausländischem Bürgerrecht neben der eigentlichen Sanktion aus dem Land zu weisen. Damit hängt zusammen, dass sich die Botschaft nicht einmal bemüht, den sanktionsrechtlichen Gehalt der Massnahme¹¹⁹ näher zu umschreiben. Doch vielleicht hat sie sich die Mühe in weiser Vorahnung dessen nicht gemacht, was in diesem „chaotischen Gesetzgebungsprozess“¹²⁰ noch bevorsteht. Die Landesverweisung ist auch Gegenstand der Ausführungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative (unter neu Art. 66a ff. StGB) und dort in geschwätzig-langen fünf Artikeln behandelt¹²¹; sie können hier nicht im einzelnen zur Sprache kommen, und neu Art. 67f StGB *braucht* nicht im einzelnen zur Sprache zu kommen: Sofern die Bestimmungen zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zuerst in Kraft treten, tritt neu Art. 67f StGB nämlich gar nie in Kraft, und sollte die Strafrechtsnovelle zuerst in Kraft treten, tritt Art. 67f StGB mit Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung ausser Kraft¹²².

¹¹⁸ Ergebnisse, 9, 35 ff.; Botschaft 2012, 4742.

¹¹⁹ Die altrechtliche Landesverweisung (aArt. 55 StGB) war als Nebenstrafe konzipiert und konnte mit bedingtem Vollzug (aArt. 41 StGB) ausgesprochen werden. Selbst wenn unbedingte, war im Zeitpunkt der bedingten Entlassung zu entscheiden, „ob und unter welchen Bedingungen der Vollzug der Landesverweisung probeweise aufgeschoben werden soll“ (aArt. 55 Abs. 2 StGB). Mit der Reaktivierung als Massnahme entfällt ein bedingter Vollzug, und auch ein probeweiser Aufschub bei der Entlassung ist nicht mehr vorgesehen.

¹²⁰ Votum SR Rechsteiner, AmtlBull SR 2014, 641.

¹²¹ BBl 2015, 2735 ff.

¹²² „IV. Koordination mit der Änderung vom 20. März 2015 des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer)
Unabhängig davon, ob die Änderung vom 20. März 2015 des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) oder die vorliegende Änderung zuerst in Kraft tritt, lauten mit Inkrafttreten der später in Kraft tretenden Änderung sowie bei gleichzeitigem Inkrafttreten die nachfolgenden Bestimmungen wie folgt:

III. Bilanz

„Lauter Anfang – leises Ende“ – so lässt sich umschreiben, was in den fünf Jahren, über die sich die Reform des Sanktionenrechts erstreckt hat, geschehen ist. Mit grossem Getöse hat der Nationalrat im Juni 2009 eine „Ausserordentliche Session zur Verschärfung des Strafrechts und zur Kriminalität“ abgehalten¹²³ und den Bundesrat mit zahlreichen Vorstössen eingedeckt. Dieser hat sie nolens volens aufgenommen und in seinem Entwurf den Hauptpunkten der Kritik, dem bedingten Vollzug der Geldstrafe und deren Priorität gegenüber der Freiheitsstrafe, getreulich Rechnung getragen. Die Kritik ihrerseits ist im Verlauf der Zeit zwar nicht verstummt, aber leiser geworden; von der beiden ursprünglich zentralen Bestrebungen der Revision hat sie jedenfalls Abstand genommen: Die bedingte Geldstrafe und ihre prinzipielle Priorität gegenüber der Freiheitsstrafe bleiben erhalten. So hat die Ungleichzeitigkeit der Wellenbewegungen im Hin und Her zwischen Parlament und Regierung zu einer Glättung geführt und in einem Ergebnis geendet, das sich düsterer angekündigt hatte als es nun vorliegt¹²⁴. Hätte man dem Entwurf eine schlechte Prognose stellen müssen, so dürften die jetzigen Änderungen noch knapp als „unschlecht“ durchgehen. Entscheidend wird sein, dass die Priorität der Geldstrafe tatsächlich nur innerhalb der engen Grenzen von neu Art. 41 StGB durchbrochen wird.

„Ende gut – alles gut“ wäre trotzdem nicht der richtige Befund. Weniger im Ergebnis als im Ablauf der Revision offenbart sich ein sorgloser Umgang mit Strafrecht, der für die Zukunft nichts Gutes verheisst. Es wird derzeit, wie schon oft bemerkt¹²⁵, von den Befürwortern verstärkter Repression, als Mittel zur Sichtbarmachung eigener politischer Positionen missbraucht. Selbst wo dies nicht der Fall ist, lässt sich häufig eine Überschätzung der Fähigkeit feststellen, Auswirkungen von Gesetzesänderungen zutreffend zu erfassen und, wo nötig, zielführende Mittel zur Abhilfe unerwünschter Nebenwirkungen vorzuschlagen¹²⁶. Vor allem aber ist die Vorstellung noch immer weit verbreitet, man brauche nur am Rad der Strafarten, -vollzugsmodalitäten oder -drohungen zu drehen und es würden sich generalpräven-

1. Strafgesetzbuch

Art. 67f Gegenstandslos oder Aufgehoben“

¹²³ AmtlBull NR 2009, 987.

¹²⁴ Ebenso die Einschätzung bei RIKLIN, Strafrechtsreform 2015.

¹²⁵ Vgl. nur PIETH, Wiederehentdeckung, 270; WIPRÄCHTIGER, 484.

¹²⁶ RIKLIN, Änderung, Rz. 1.

tive Erfolge in Form sinkender Kriminalitätsbelastungen einstellen¹²⁷. Dabei sagen solche Manifestationen gesetzgeberischer Entschlossenheit („tough on crime“) zunächst einmal nicht das Geringste darüber aus, wie sehr die entsprechenden Bestimmungen, deren Absicherung sie gelten, in der Praxis befolgt werden, sondern höchstens darüber, wie wichtig es dem Gesetzgeber ist, dass dies geschieht. Absicht und Wirkung sind nicht zu verwechseln. Schliesslich ist „die Öffentlichkeit“ oder „die Bevölkerung“, auf die sich die Politik zur Abstützung ihrer Verschärfungsvorschläge jeweils zu berufen pflegt¹²⁸, argumentativ eine schwache Krücke: Erstens ist damit die mediale, nicht die reale Öffentlichkeit gemeint¹²⁹; jene vermittelt ein grob verzerrtes Bild realer Kriminalität¹³⁰, diese ist weniger straflustig, als man es ihr nachsagt¹³¹. Und zweitens ersetzt die Berufung auf eine – selbst wenn sie es ist – Mehrheitsauffassung nicht deren gute Begründung. Daran hat es bei diesem Revisionsvorhaben von allem Anfang an gefehlt.

Literatur und Materialien

ALBRECHT PETER, Rückschritte im Sanktionenrecht, ZStrR 2014, 279 ff.

BOMMER FELIX, Zur dritten Änderung des Sanktionenrechts – Weshalb schon wieder eine Reform?, ZStrR 2014, 271 ff. (zit. Änderung)

DERS., Die Sanktionen im neuen AT StGB, recht 2007, 1 ff. (zit. Sanktionen)

BOMMER FELIX/STRATENWERTH GÜNTER, Erneute Änderungen des Sanktionenrechts?, in: Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli/Marc Thommen (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 15 ff.

¹²⁷ Vgl. Botschaft 2012, 4737, 4242. – Dagegen ausführlich HELMUT KURY/MARTIN BRANDENSTEIN/TOSHIO YOSHIDA, Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan), ZStW 2009, 190 ff.

¹²⁸ Vgl. nur Botschaft 2012, 4732.

¹²⁹ HANS WIPRÄCHTIGER, Revisionen des Strafgesetzbuches – (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, Anwaltsrevue 2014, 477 ff., 483.

¹³⁰ KURY, 254, 256.

¹³¹ KURY, 257; ANDRÉ KUHN, L'évolution de la punitivité du public par rapport à celle des juges, in: Franz Riklin/Bettina Mez (Hrsg.), Strafe muss sein ..., Bern 2011, 21 ff., 31; relativierend auch KUNZ/BESOZZI, 590 f.

Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff. (zit. Botschaft/E-1998)

Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, vom 29. Juni 2005, BBl 2005 4689 ff. (zit. Botschaft/E-2005)

Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012 4721 ff. (zit. Botschaft/E-2012)

BSK StGB s. Niggli/Wiprächtiger

Ergebnisse der Umfrage bei den Mitgliedern der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren (KKJPD) betreffend die ersten Erfahrungen mit dem revidierten AT-StGB, Bundesamt für Justiz, August 2009. Ergebnisse; <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/umfrageergebnisse-stgbrevision-d.pdf>

FINK DANIEL/DUCOMMUN-VAUCHER STEVE, Das revidierte Sanktionenrecht im Vergleich, Krim 2013, 123 ff.

JOSITSCH DANIEL/RICHNER MICHELLE, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Jusletter vom 5. Nov. 2012

KILLIAS MARTIN, Korrektur einer verunglückten Gesetzgebung: Zur erneuten Revision des AT-StGB, ZSR 2011 I 627 ff.

KUNZ KARL-LUDWIG, Kriminologie, 6. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2011

KUNZ KARL-LUDWIG/BESOZZI CLAUDIO, Kurze Freiheitsstrafen und ihr Ersatz – eine Revision der Revision?, in: Eric Hilgendorf/Rudolf Rengier (Hrsg.), FS für Wolfgang Heinz, Baden-Baden 2012, 580 ff.

KURY HELMUT, Punitivität und Verbrechensfurcht – Zur Aussagekraft der Forschungsergebnisse, in: André Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, FS für Martin Killias, Bern 2013, 247 ff.

MEIER BERN-DIETER, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Heidelberg 2015
Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, 2 Bde., 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB, N ... zu Art ...)

PIETH MARK, Kommt es in der Schweiz zu einer „moral panic“?, *Anwaltsrevue* 2009, 361 ff., (zit. moral panic)

DERS., Die Wiederentdeckung des Punitivismus, *ZStrR* 2014, 264 ff. (zit. Punitivismus)

RIKLIN FRANZ, Zur geplanten Änderung des Sanktionenrechts im Schweizerischen Strafgesetzbuch (Botschaft vom 4. April 2012, *BBl* 2012 4721), *Jusletter* vom 5. Nov. 2012 (zit. Änderung)

DERS., Die Reformen des Sanktionenrechts, *ZStrR* 2014, 246 ff. (zit. Reformen)

DERS., Zur geplanten Sanktionenreform: Rechtsstaatlich problematisch, faktenblind, teuer und ohne präventiven Effekt, in: Marianne Heer/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli/Marc Thommen (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Basel 2011, 29 ff. (zit. Sanktionenreform)

DERS., Gastkommentar: Strafrechtsreform 2015 – viel Lärm um wenig, *NZZ* Nr. 179, 6. Aug. 2015, S. 17 (zit. Strafrechtsreform 2015)

SCHULTZ HANS, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches „Einführung und Anwendung des Gesetzes“ des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987 (zit. Bericht/VE-Schultz)

STRATENWERTH GÜNTER, Zur erneuten Teilrevision, *fp* 2012, 353 ff. (zit. Teilrevision)

DERS., Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: M.A. Niggli/N. Queloz (Hrsg.), *Strafjustiz und Rechtsstaat*, Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo, Zürich 2003, 9 ff. (zit. Wahl)

STRENG FRANZ, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl., Stuttgart 2012

Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 30. Juni 2010 (zit. VE-/erläuternder Bericht VE-StGB 2010)

Vorentwürfe und Bericht der Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bundesamt für Justiz, Bern 1993 (zit. VE-/Bericht ExpKomm)

WIPRÄCHTIGER HANS, Revisionen des Strafgesetzbuches – (insbesondere des Sanktionenrechts) unnötig, unwirksam, unübersichtlich, *Anwaltsrevue* 2014, 477 ff.