

00.000

**Erläuternder Bericht
zur Änderung des Strafgesetzbuches und des
Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts)**

Übersicht

Aufgrund der anhaltenden Kritik vor allem aus der Praxis sollen zum Einen an der Geldstrafe Änderungen vorgenommen werden: Diese soll nur noch unbedingt und nur noch bis zu 180 statt wie bisher zu 360 Tagessätzen ausgesprochen werden können. Zum Andern sollen auch kurze Freiheitsstrafen wieder möglich sein; der Vorrang der Geldstrafe anstelle sog. kurzer Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten soll aufgegeben werden.

Am 13. Dezember 2002 haben die Eidgenössischen Räte die Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-StGB) verabschiedet¹, am 24. März 2006 die entsprechenden Parallelbestimmungen im Militärstrafgesetz. Noch vor ihrem Inkrafttreten wurde diese Revisionen erneuten Änderungen unterzogen: Neben Anpassungen beim Straf- und Massnahmensystem im StGB und MStG wurden im bürgerlichen Strafrecht auch Änderungen im Bereich der Verwahrung, vorgenommen². Beim Straf- und Massnahmensystem erfolgte die Ergänzung von Artikel 42 StGB bzw. Artikel 36 MStG je um einen Absatz 4, welcher die Verbindung einer bedingten Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse zulässt. Diese Möglichkeit wollte der vor allem von Seiten der Strafverfolgungspraxis geäußerten Kritik Rechnung tragen, wonach der revidierte AT-StGB die Aussprechung gerechter Sanktionen im Grenzbereich zwischen Übertretungen und Vergehen erschwere. Am 1. Januar 2007 traten die in den beschriebenen zwei Schritten geänderten Allgemeinen Teile des StGB und des MStG in Kraft.

Die Kritik am neuen Straf- und Massnahmensystem verstummte damit aber nicht, sondern manifestierte sich in verschiedenen parlamentarischen Vorstößen. Kritik erfuhr das neue Sanktionensystem auch aus der Praxis.

Die Hauptkritik richtet sich gegen die bedingte Geldstrafe und die bedingte gemeinnützige Arbeit, die beide als Strafen ohne das nötige Abschreckungspotenzial beurteilt werden. Bei der Geldstrafe wird sodann die gesetzliche Festlegung eines Mindesttagessatzes gefordert; die gemeinnützige Arbeit solle wieder als Vollzugsform und nicht als eigenständige Sanktion konzipiert werden.

Mit der erneuten Revision soll diesen Einwänden Rechnung getragen werden. Generell will die Revision die Geldstrafe zurückdrängen; sie will deren Vorrang gegenüber der Freiheitsstrafe sowie die Möglichkeit des bedingten Vollzugs von Geldstrafen abschaffen.

Dies führt dazu, dass wieder vermehrt kurze unbedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen werden können und vollzogen werden müssen. Deshalb soll der Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der verurteilten Person (sog. Electronic Monitoring) als Vollzugsform gesetzlich vorgesehen werden; zudem soll auch der Vollzug in Form der gemeinnützigen Arbeit möglich werden. Diese ist nach geltendem Recht noch als eigenständige Strafe ausgestaltet, hat sich aber in dieser Form nicht bewährt und soll deshalb zu einer reinen Vollzugsform werden.

Die Revision sieht sodann die Wiedereinführung der strafrechtlichen Landesverweisung vor. Dieses Instrument ermöglicht es, dass über das

¹ BBl 2002 8240

² BBl 2005 4689

aufenthaltsrechtliche Schicksal verurteilter Personen bereits im Zeitpunkt ihrer (bedingten) Entlassung definitiv entschieden ist.

Wie bei der Revision von 2002 und Änderungen von 2005 sollen auch jetzt die Bestimmungen des StGB und des MStG parallel geändert werden.

Im Jugendstrafgesetz schliesslich wird Forderungen aus der Jugendstrafrechtspraxis entsprechend die Altersobergrenze für die Beendigung angeordneter Massnahmen von 22 auf 25 Jahre angehoben.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	5
1.1 Ausgangslage	5
1.1.1 Die Revisionen des StGB von 2002 und 2006	5
1.1.2 Parlamentarische Vorstösse	5
1.1.3 Kritik aus der Strafrechtspraxis und den Kantonen	6
1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick	7
2 Die Änderungen im Einzelnen	8
2.1.1 Bei der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 und 2, 43 StGB, Art. 28 Abs. 1 und 2, 37 MStG)	8
2.1.2 Bei der Freiheitsstrafe (Art. 40, 41 und 46 Abs. 1 dritter Satz StGB, Artikel 34, 34a und 40 Abs. 1 dritter Satz MStG)	9
2.1.3 Beim bedingten Vollzug (Art. 42 StGB, Art. 36 MStG)	10
2.1.4 Beim teilbedingten Vollzug (Art. 43 StGB und Art. 37 MStG)	11
2.1.5 Bei der gemeinnützigen Arbeit (Art. 36 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 37, 38, 39 und 79a StGB, Art. 30 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 31, 32, 33 MStG)	12
2.1.6 Die Landesverweisung (Art. 67c <i>neu</i> StGB, Art. 50a ^{ter} <i>neu</i> MStG)	12
2.1.7 Bei der Halbgefangenschaft und beim tageweisen Vollzug (Art. 77b und 79 StGB)	13
2.1.8 Beim elektronisch überwachten Vollzug ausserhalb der Vollzugsanstalt (sog. Electronic Monitoring; Art. 79b StGB)	14
2.1.9 Zu den Änderungen bisherigen Rechts	14
3 Finanzielle und personelle Auswirkungen	15
3.1 Auswirkungen auf den Bund	15
3.2 Auswirkungen auf die Kantone	15
4 Verhältnis zur Legislaturplanung	15
5 Rechtliche Aspekte	15
5.1 Verfassungsmässigkeit	15
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	15

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Die Revisionen des StGB von 2002 und 2006

Am 13. Dezember 2002 haben die Eidgenössischen Räte die Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-StGB) verabschiedet³. Noch vor ihrem Inkrafttreten wurde diese Revision erneuten Änderungen unterzogen: zum Einen im Bereich der Verwahrung, zum Andern beim Straf- und Massnahmensystem⁴. Hier erfolgte die Ergänzung von Artikel 42 StGB um einen Absatz 4, welcher die Verbindung einer bedingten Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse zulässt. Diese Möglichkeit wollte der vor allem von Seiten der Strafverfolgungspraxis geäusserten Kritik Rechnung tragen, wonach der revidierte AT-StGB die Aussprechung gerechter Sanktionen im Grenzbereich zwischen Übertretungen und Vergehen erschwere. Am 1. Januar 2007 trat der in den beschriebenen zwei Schritten geänderte AT-StGB in Kraft.⁵

1.1.2 Parlamentarische Vorstösse

Die Kritik am neuen Straf- und Massnahmensystem verstummte damit aber nicht, sondern manifestierte sich in verschiedenen parlamentarischen Vorstössen, von denen der Nationalrat im Sommer 2009 in einer Sondersession die folgenden angenommen hat⁶:

- 09.3233 Motion Bättig vom 19. März 2009. Abschaffung der bedingten gemeinnützigen Arbeit;
- 09.3300 Motion Stamm vom 20. März 2009. Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten;
- 09.3313 Motion Stamm vom 20. März 2009. Abschaffung der Freiwilligkeit bei der gemeinnützigen Arbeit;
- 09.3427 Motion Rickli vom 30. April 2009. Verlängerung der Widerrufsfrist bei Nichtbewährung;
- 09.3428 Motion Rickli vom 30. April 2009. Abschaffung des teilbedingten Strafvollzugs für Strafen über 2 Jahre;
- 09.3444 Motion Häberli-Koller vom 30. April 2009. Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen;
- 09.3445 Motion Hochreutener vom 30. April 2009. Verstärkte Berücksichtigung der Sicherheit potentieller Opfer im Strafrecht;
- 09.3450 Motion Amherd vom 30. April 2009. Wiedereinführung kurzer Haftstrafen.

Demgegenüber hat der Ständerat am 10. Dezember 2009 die Motion 09.3300 (Motion Stamm vom 20. März 2009. Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten) abgelehnt und die andern vom Nationalrat angenommenen

³ BBl 2002 8240

⁴ BBl 2005 4689

⁵ AS 2006 3459

⁶ AB 2009 N 987

Motionen in Prüfungsaufträge umgewandelt.⁷ Der Nationalrat ist dem Ständerat am 3. März 2010 gefolgt⁸.

Im Bereich des Jugendstrafrechts hat der Nationalrat im Sommer 2009 die Motion 08.3797 (Motion Galladé Chantal vom 11. Dezember 2008. Erhöhung des Massnahmenalters bei jugendlichen Straftätern) angenommen, welche eine Erhöhung des Massnahmenalters von 22 auf 25 Jahre verlangt. Der Ständerat hat diesen Vorstoss noch nicht behandelt.

1.1.3 Kritik aus der Strafrechtspraxis und den Kantonen

Kritik erfuhr das neue Sanktionensystem auch aus der Praxis, wobei sich vor allem die Strafverfolgungspraxis und weniger die Gerichtspraxis zu Wort meldete.⁹ Diese vor allem in den Medien geäusserte Kritik veranlasste das Bundesamt für Justiz (BJ), verschiedene Fachpersonen aus der Strafrechtspraxis Ende 2008 anzuhören. Die eingeladenen Personen aus der Strafverfolgungs- und Strafgerichtspraxis sowie dem Strafvollzug kritisierten zwar zahlreiche Bestimmungen, waren jedoch der Auffassung, eine Revision sei nicht dringend. Zudem sollten Änderungen am neuen Sanktionensystem nicht isoliert und nicht ohne eine sorgfältige Evaluation vorgenommen werden.

Im März 2009 befragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) mit einem Fragebogen zu ihren Erfahrungen mit dem neuen Sanktionensystem und ersuchte um Stellungnahme zu konkreten Änderungsvorschlägen.

In den Antworten richtete sich die Hauptkritik der Kantone gegen die bedingte Geldstrafe und die bedingte gemeinnützige Arbeit: Diese beiden Sanktionen erhielten sowohl hinsichtlich ihrer präventiven Wirksamkeit als auch hinsichtlich ihrer Funktion als schuldangemessener Tatausgleich eine schlechte Beurteilung. Bei der Geldstrafe wurde sodann die gesetzliche Festlegung eines Mindesttagessatzes gefordert; bei der gemeinnützigen Arbeit erachtete die Mehrheit der Befragten die frühere Regelung als besser, wonach die gemeinnützige Arbeit eine Vollzugsform und nicht eine eigenständige Sanktion war. Gefordert wurden überdies die Wiedereinführung der bedingten Freiheitsstrafe und die Möglichkeit der freien Wahl zwischen kurzer Freiheitsstrafe und Geldstrafe. Sodann verlangten fünf Kantone¹⁰ die Beschränkung der Tagessätze auf 180. Sechs Kantone¹¹ verlangten die bundesrechtliche Regelung des elektronisch überwachten Vollzugs (sog. Electronic Monitoring) als Vollzugsform und Vollzugsstufe. Mit Bezug auf die strafrechtliche Landesverweisung war die grosse Mehrheit der Kantone dagegen der Ansicht, der Wegfall dieser Massnahme aus dem Strafgesetzbuch habe keine Lücke hinterlassen, die wieder gefüllt werden müsste.

⁷ AB 2009 S 1304

⁸ AB 2010 N 128

⁹ Dass die Meinung in den Reihen der Strafverfolgung keineswegs einhellig ist, belegt indes die Aussage der Staatsanwältin Obwalden, welche die neuesten Revisionsbestrebungen als „sachfremd und widersinnig“ beurteilt (*Esther Omlin*, Die Geldstrafe - Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, *forumpoenale*, 2009, 300). Daneben gibt es Stimmen aus der Praxis, die sich besorgt über die Kadenz von Revisionen äussern und eine Rückkehr zur Beständigkeit des Rechts wünschen (*Marc Pellet*, *Noli me tangere*, *forumpoenale*, 2010, 109).

¹⁰ AG, BE, SZ, TG, VD

¹¹ BS, BL, GE, SO, VD

Auch die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) gelangte im Mai 2009 mit Änderungsvorschlägen für den AT-StGB an das EJPD.¹² Grundsätzlich vertrat die KSBS die Meinung, der AT-StGB solle nicht vorschnell revidiert, sondern seine Bewährung erst nach einlässlicher Auswertung, d.h. nach mehreren Jahren, beurteilt werden. Dennoch machte die KSBS einzelne Vorschläge: So verlangte sie bei der Geldstrafe die Abschaffung des bedingten Vollzugs, die Beschränkung auf 180 Tagessätze und die Festlegung eines Mindestbetrags. Als Folge eines Verzichts auf die Möglichkeit des bedingten Vollzugs der Geldstrafe stellt die KSBS „das Hilfskonstrukt der Verbindungsstrafe gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB“ zur Diskussion.

1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick

Bestand das Hauptziel der Revision von 2002 noch darin, die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen und sie durch andere Sanktionen, namentlich der Geldstrafe, zu substituieren, so soll der dargestellten Kritik nunmehr mit einer Einschränkung der Geldstrafe - und damit einer (Wieder-)Ausdehnung der Freiheitsstrafe - Rechnung getragen werden. Grob wird folgendes „System“ vorgeschlagen:

- Die Freiheitsstrafe ist - bedingt und unbedingt - wieder ab drei Tagen bis zu 20 Jahren möglich.
- Eine voll- und teilbedingte Geldstrafe wird ausgeschlossen.
- Der teilbedingte Vollzug ist nur für Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren möglich.
- Die Höchstzahl der Tagessätze bei der Geldstrafe beträgt 180.
- Das Gesetz schreibt neu einen Mindesttagessatz von 30 Franken vor.
- Im Bereich von bis zu 180 Tagen besteht kein Vorrang der Geldstrafe mehr.
- Die gemeinnützige Arbeit ist keine eigenständige Sanktion mehr, sondern wird zur Vollzugsform. Sie ist ausgeschlossen bei Übertretungen.
- Electronic Monitoring wird als Vollzugsform für Freiheitsstrafen von bis zu 180 Tagen und als Vollzugsstufe am Ende langer Freiheitsstrafen eingeführt.
- Bei Bussen wird ein Umrechnungssatz von 100 Franken auf einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe eingeführt.
- Die Landesverweisung wird wieder eingeführt, wobei keine Möglichkeit des probeweisen Aufschubs bestehen soll.

Wie bei der Revision von 2002 und den Änderungen von 2005 sollen auch jetzt die Bestimmungen des StGB und des MStG parallel geändert werden.

Im Jugendstrafgesetz soll die Altersobergrenze für Massnahmen von derzeit 22 auf 25 Jahre angehoben werden.

¹² Die Eingabe ist abrufbar unter: http://www.ksbs-caps.ch/docs_aktu/brf_aenderungsvorschl_at_stgb.pdf.

2 Die Änderungen im Einzelnen

2.1.1 Bei der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 und 2, 43 StGB, Art. 28 Abs. 1 und 2, 37 MStG)

Mit dem Inkrafttreten des revidierten AT-StGB wurde die Geldstrafe zur häufigsten Strafe. Im Jahre 2008 machte sie 85.7% aller Strafen aus; sie wurde zudem in 86.7% der Fälle als bedingte Sanktion ausgesprochen. Dies gründet darin, dass der Vollzug auch von Geldstrafen gemäss Artikel 42 Absatz 1 StGB bzw. Artikel 36 Absatz 1 MStG „in der Regel“ aufzuschieben ist. Diese Gleichstellung von Freiheitsstrafe und Geldstrafe bezüglich des bedingten Vollzugs erscheint in der Sache jedoch fragwürdig, denn nur die Zurückdrängung des Vollzugs von Freiheitsstrafen, nicht aber jener der Geldstrafe oder von gemeinnütziger Arbeit war Ziel der Revision des AT-StGB¹³.

In der Lehre wird als Korrektiv denn auch vorgeschlagen, unterschiedliche Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs für Freiheitsstrafen einerseits und Geldstrafe sowie gemeinnützige Arbeit andererseits zu statuieren¹⁴.

Der Nachteil einer solchen Regelung liegt jedoch darin, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Geldstrafe bedingt ausgesprochen werden könnte, kaum mit der wünschbaren Bestimmtheit festgelegt werden können¹⁵. Es würde im Wesentlichen dem Belieben der Praxis obliegen, ob sie eine Geldstrafe bedingt aussprechen wollte. Deshalb schlägt der Bundesrat vor, bei der Geldstrafe auf die Möglichkeit des bedingten Vollzugs überhaupt zu verzichten. Dies bedarf einer Änderung von Artikel 42 Absatz 1 StGB und Artikel 36 Absatz 1 MStG, der nunmehr die Möglichkeit des bedingten Vollzugs auf die Freiheitsstrafe beschränkt. Die Änderungen der Artikel 42 StGB bzw. Artikel 36 MStG sind Folgen des Wegfalls der bedingten Geldstrafe.

Ebenfalls soll auf die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs einer Geldstrafe verzichtet werden, weshalb Artikel 43 StGB bzw. Artikel 37 MStG zu ändern sind. Zwar liesse sich der teilbedingte Vollzug der Geldstrafe nicht wie bisher als Verschärfung des Regelfalls des bedingten Vollzugs sehen, sondern als mildere Form des Normalfalls der unbedingten Geldstrafe. Dementsprechend müsste der unbedingte Vollzug nicht erforderlich erscheinen, um bestimmte Ziele der Spezial- und der Generalprävention zu erreichen. Dem steht jedoch entgegen, dass die Beurteilung, ob generalpräventive Gründe einem teilbedingten Vollzug entgegenstehen, „angesichts völliger Ungewissheit über Erfordernisse wirksamer Generalprävention“¹⁶ kaum verlässlich wird vorgenommen werden können. Damit würde es letztlich allein vom Willen des Gerichts abhängen, ob eine Geldstrafe teilbedingt ausgesprochen würde.

Ein zentrales Anliegen der Revision des AT-StGB war der Ersatz von kurzen Freiheitsstrafen durch andere Sanktionen. Dabei wurden als kurze Freiheitsstrafen

¹³ Botschaft 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 1985, 2032 (im Folgenden: Botschaft).

¹⁴ Günter Stratenwerth, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, forumpoenale, 2009, 231 (Strafen).

¹⁵ Dies räumt auch Stratenwerth (Strafen, 231) ein.

¹⁶ Stratenwerth, Strafen, 231 Fn. 10.

solche von einer Dauer unter sechs Monaten verstanden¹⁷; dennoch sieht das geltende Recht eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen vor. Weil die Geldstrafe kurze Freiheitsstrafen ersetzen soll, ist eine Begrenzung der Geldstrafe auf 180 Tagessätze angezeigt. Das führt zur beabsichtigten stärkeren Gewichtung der Freiheitsstrafe. Deshalb sind die Artikel 34 Absatz 1 StGB bzw. Artikel 28 Absatz 1 MStG entsprechend zu ändern.

Das geltende Recht schreibt keine Mindesthöhe des Tagessatzes vor¹⁸, sondern legt nur den Maximalbetrag auf 3'000 Franken fest. In den parlamentarischen Beratungen vermochten sich Anträge auf Festsetzung einer Mindesthöhe nicht durchzusetzen. Hingegen empfiehlt die KSBS für den Regelfall einen Mindesttagessatz von 30 Franken¹⁹. Nachdem sich das Bundesgericht zunächst noch gegen einen Mindesttagessatz ausgesprochen hatte²⁰, präzisierte es später seine Rechtsprechung und hielt fest, eine Geldstrafe sei nicht bloss symbolisch, wenn der Tagessatz für mittellose Täter wenigstens 10 Franken betrage²¹.

Nach Auffassung des Bundesrates ist ein gesetzlicher Mindesttagessatz vorzusehen, wobei die Höhe 30 Franken betragen soll. Dies zum einen, weil sich die maximale Höhe der Geldstrafe wegen der neuen Begrenzung auf 180 Tagessätze reduziert und sich daher die wirtschaftlichen Verhältnisse durch entsprechende Zahlungsmodalitäten (Art. 35 Abs. 1 StGB bzw. Art. 29 Abs. 1 MStG) auch bei einem Mindesttagessatz von 30 Franken hinreichend berücksichtigen lassen. Zudem haben Berechnungen von Praktikern gezeigt, dass ein Tagessatz von 30 Franken auch bei finanziell schwachen Verurteilten im Regelfall angemessen ist²², jedenfalls soweit es nach geltendem Recht um eine niedrige bis mittlere Anzahl Tagessätze geht²³. Nach künftigem Recht wird dies umso mehr gelten, weil die Höchstzahl der Tagessätze von heute 360 auf 180 reduziert wird.

2.1.2 Bei der Freiheitsstrafe (Art. 40, 41 und 46 Abs. 1 dritter Satz StGB, Artikel 34, 34a und 40 Abs. 1 dritter Satz MStG)

Die Revision von 2002 hat Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten Dauer durch Geldstrafen und gemeinnützige Arbeit ersetzt. Bedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten sind ausgeschlossen; unbedingte Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten sind nur möglich, wenn eine Geldstrafe oder die gemeinnützige Arbeit voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 StGB bzw. Art. 34a Abs. 1 MStG)²⁴.

Mit der jetzigen Änderung sollen Freiheitsstrafen ab drei Tagen wieder ermöglicht werden. Dahinter steht die Überzeugung, dass kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter

¹⁷ *Botschaft*, 1985

¹⁸ Der Vorentwurf sah ein Mindesttagessatz von 2 Franken vor (Art. 29 Abs. 2 VE). Deutschland kennt eine solchen von 1 Euro (§ 40 dStGB), Österreich einen solchen von 2 Euro (§ 19 Abs. 2 öStGB).

¹⁹ Zusatzempfehlungen der KSBS zur Strafzumessung, verabschiedet von der Delegiertenversammlung am 3. November 2006, abrufbar unter: www.ksbs-caps.ch/docs_empf/zusatzempfehlungen_d.pdf.

²⁰ BGE 134 IV 60, 72 E. 6.5.2.

²¹ BGE 135 IV 180, 184 E. 1.4.

²² *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen-Top oder Flop, ZStrR 128 (2010) 58, 64; *Horst Schmitt*, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, *forumpoenale* 2009, 48.

²³ *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, ZStrR 128 (2010) 64.

²⁴ Zu den Gründen für diese Regelung einlässlich *Botschaft*, 2032 ff.

besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten und Freiheitsstrafen die Vergeltungsbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft besser zu befriedigen vermögen als blosser Geldstrafen.

Die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe bedingt eine Änderung der Artikel 40 StGB und 34 MStG. Dabei wird die Mindestdauer auf drei Tage festgelegt. Eine Ausnahme ist für jene Fälle zu machen, in denen eine nicht geleistete Geldstrafe oder Busse in Freiheitsstrafe umgewandelt wird; hier können sich auch Freiheitsstrafen von einem oder zwei Tagen ergeben.

Im Bereich der Strafen bis zu sechs Monaten sind somit eine bedingte oder unbedingte Freiheitsstrafe sowie eine (unbedingte) Geldstrafe möglich. Ist eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten schuldangemessen, so hat das Gericht zu bestimmen, ob eine Geld- oder Freiheitsstrafe auszusprechen ist. Das Gesetz gibt bewusst keine Kriterien vor, nach denen die Straftat (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) bestimmt werden muss. Kein Zweifel kann jedenfalls darüber bestehen, dass das Gericht immer dann eine Freiheitsstrafe aussprechen wird, wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden können. Daneben sind aber auch andere Gründe denkbar, welche für die Wahl der einen oder anderen Sanktion sprechen, so insbesondere spezial- und generalpräventive Überlegungen. Diese lassen sich jedoch kaum mit der erforderlichen Bestimmtheit formulieren, weshalb von der Nennung von Kriterien im Gesetz abgesehen wird. Weil somit der Vorrang der Geldstrafe gegenüber kurzen Freiheitsstrafen wegfällt, sind Artikel 41 und Artikel 46 Absatz 1 dritter Satz StGB bzw. Artikel 34a und Artikel 40 Absatz 1 dritter Satz MStG zu streichen.

2.1.3 Beim bedingten Vollzug (Art. 42 StGB, Art. 36 MStG)

Als Folge des Verzichts auf die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Sanktion und der Möglichkeit der bedingten Geldstrafe sind diese beiden Sanktionen in der Bestimmung über die bedingten Strafen (Art. 42 StGB und Art. 36 MStG) nicht mehr vorzusehen. Neu kann nur noch für eine Freiheitsstrafe der bedingte Vollzug gewährt werden. Das erfordert redaktionelle Anpassungen.

Eine materielle Änderung erfolgt hingegen mit der Aufhebung von Absatz 4. Die Möglichkeit, mit einer bedingt ausgesprochenen Strafe eine Geldstrafe oder Busse zu verbinden, wurde erst mit den Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht vom 24. März 2006²⁵ eingefügt. Vorrangiges Ziel war die Entschärfung der sogenannten Schnittstellenproblematik: Es wurde als Systemwidrigkeit angesehen, dass eine Übertretung stets mit einer Busse, mithin einer unbedingt vollstreckbaren pekuniären Strafe, geahndet werden muss, während gegen den Täter eines Vergehens in der Regel eine bedingte Geldstrafe, also eine - vorbehaltlich eines Widerrufs - nicht spürbare pekuniäre Strafe, ausgesprochen wird. Besonders stossend erschien dies bei Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, wo ähnliches Verhalten im leichten Fall als Übertretung, im schwereren als Vergehen sanktioniert wird. Überdies sollte die Verbindungsstrafe auch die Möglichkeit eröffnen, gegenüber einem Täter eine unbedingte, spürbare Sanktion auszusprechen, selbst wenn die Prognose insgesamt nicht schlecht, und deshalb der bedingte Vollzug zu gewähren war. Auch dieses Bedürfnis nach einem Denkkittel stand in

²⁵ AS 2006 3539. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen 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.

engstem Zusammenhang mit der bedingten Geldstrafe, der sowohl in spezial- wie in generalpräventiver Hinsicht bloss ein geringes Abschreckungspotential attestiert wurde²⁶.

Mit dem Wegfall der Möglichkeit, auch bei Geldstrafen den bedingten oder teilbedingten Vollzug zu gewähren, fällt auch das Bedürfnis nach einer Verbindungsstrafe weg. Denn im Schnittstellenbereich steht der (unbedingten) Busse für das leichtere Delikt nicht mehr eine bedingte Geldstrafe für das schwerere gegenüber, sondern eine unbedingte Geldstrafe oder eine (bedingte oder unbedingte) Freiheitsstrafe. Soweit das schwerere Delikt mit einer Geldstrafe geahndet wird, stehen sich zwei gleichartige, unbedingt vollziehbare pekuniäre Sanktionen gegenüber, soweit eine Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, ist diese gegenüber der Busse immer als schwerere Sanktion zu betrachten, ungeachtet dessen, ob sie unbedingt oder bedingt vollzogen wird²⁷.

2.1.4 Beim teilbedingten Vollzug (Art. 43 StGB und Art. 37 MStG)

Die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs soll für Freiheitsstrafen beibehalten werden, für Geldstrafen hingegen nicht.

Bei der Freiheitsstrafe wird als einzige Änderung die Reduktion der Obergrenze für einen teilbedingten Vollzug von drei auf zwei Jahre vorgesehen und damit die gleiche Grenze wie für den bedingten Vollzug (Art. 42 Abs. 1 StGB, Art. 36 MStG) festgelegt. Insofern entspricht die Regelung jener von Artikel 43 Absatz 4 StGB bzw. Artikel 37 Absatz 4 MStG gemäss den Entwürfen des Bundesrates vom 21. September 1998²⁸. Dort war jedoch noch vorgesehen, dass der in der Regel vollbedingte Vollzug nur teilweise aufgeschoben werde, wenn es notwendig erscheine, um den Täter von weiteren Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Dies hätte dazu geführt, dass für die Gewährung des bedingten Vollzugs zunächst eine gute Prognose hätte vorliegen müssen bzw. eine schlechte zu verneinen gewesen wäre; in einem zweiten Schritt aber hätte die Notwendigkeit eines unbedingten Vollzugs bejaht werden müssen, um den Täter vor weiteren Delikten abzuhalten. Die Gewährung des bedingten Vollzugs wäre somit an die gleiche Voraussetzung geknüpft gewesen wie dessen teilweise Verweigerung. Diese paradoxe Situation hätte in der Praxis zu kaum lösbaren Schwierigkeiten geführt; zudem bestand das gesetzgeberische Motiv für die Einführung des teilbedingten Vollzugs nicht in der Spezialprävention, sondern darin, Vergeltungsbedürfnissen Rechnung zu tragen. Deshalb hat das Parlament als Voraussetzung für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs festgelegt, dieser müsse notwendig sein, „um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen“ (Art. 43 Abs. 1 StGB bzw. Art. 37 Abs. 1 MStG). Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren sind somit beim Fehlen einer schlechten Prognose bedingt zu vollziehen; aus Gründen der Vergeltung kann auch ein bloss teilbedingter Vollzug gewährt werden. Bei Strafen von zwei bis drei Jahren dagegen kann diese Überlegung nicht mehr spielen, weil diese immer unbedingt zu vollziehen sind. Es ergibt offensichtlich keinen Sinn, eine grundsätzlich unbedingt zu vollziehende Strafe nur teilweise zu vollziehen, um Vergeltungsbedürfnissen

²⁶ Einlässlich zur Verbindungsstrafe *Max Imfeld*, *Variatio delectat?* Die neue Verbundstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, ZStrR 126 (2008) 41 sowie *Omar Abo Youssef*, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 128 (2010) 46.

²⁷ BGE 134 IV 80, 90 E. 7.2.2.

²⁸ BBl 1999 1979.

Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht hat deshalb der Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs für Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren einen andern Sinn beigemessen als für Strafen von zwei bis drei Jahren²⁹, was indes zu Verwerfungen führt und dem Umstand nicht Rechnung trägt, dass der teilbedingte Vollzug stets als Ausgleich für die Erhöhung der Grenze des bedingten Vollzugs gedacht war³⁰. Demnach sind Freiheitsstrafen zwischen einem und zwei Jahren dann teilbedingt auszusprechen, wenn dies aus Gründen der Spezialprävention geboten sei.

Aus diesen Gründen soll insoweit zum ursprünglichen Konzept des bundesrätlichen Entwurfs von 1998 zurückgekehrt werden, als für den teilbedingten und den bedingten Vollzug die gleiche Obergrenze gelten soll. Damit wird der teilbedingte Vollzug wieder der auf Bedürfnisse der Generalprävention und der Vergeltung zugeschnittene Sonderfall des bedingten Vollzugs.

2.1.5 Bei der gemeinnützigen Arbeit (Art. 36 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 37, 38, 39 und 79a StGB, Art. 30 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 31, 32, 33 MStG)

Im geltenden Recht ist die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Strafe neben der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe ausgestaltet. Ihre Höchstdauer beträgt 720 Stunden (Art. 37 [geltendes] StGB und Art. 31 [geltendes] MStG), was bei einem Umwandlungssatz von vier Stunden pro Tag (Art. 39 Abs. 2 [geltendes] StGB und Art. 33 Abs. 2 [geltendes] MStG) einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten entspricht.

Wie vorne³¹ erwähnt, verlangt eine Mehrzahl der befragten Kantone die Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit als Vollzugsform statt als eigenständige Sanktion.

Dementsprechend wird die gemeinnützige Arbeit neu als Vollzugsform für Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten vorgesehen (Art. 79a StGB). Erforderlich ist nicht wie heute zur Aussprechung einer gemeinnützigen Arbeit die Zustimmung des Täters, sondern ein entsprechendes Gesuch. Im Übrigen bleibt die Regelung der gemeinnützigen Arbeit gleich wie nach geltendem Recht.

2.1.6 Die Landesverweisung (Art. 67c neu StGB, Art. 50a^{ter} neu MStG))

Nach den bis Ende 2006 geltenden StGB und MStG war die strafrechtliche Landesverweisung als so genannte Nebenstrafe ausgestaltet. Unabhängig vom Entscheid über die Hauptstrafe konnte sie bedingt (gestützt auf Art. 41 aStGB bzw. Art. 32 aMStG) oder unbedingt verhängt werden. Bei der unbedingt verhängten Landesverweisung wurde im Zeitpunkt der Entlassung aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug nochmals geprüft, ob sie probeweise aufgeschoben werden soll (vgl. Art. 55 Abs. 2 aStGB bzw. Art. 40 Abs. 2 aMStG). Mit der Revision des AT-StGB wurde das Institut der Landesverweisung aus folgenden Gründen aufgehoben: (1) Weil neben der strafrechtlichen Landesverweisung auch eine ausländerrechtliche

²⁹ BGE 134 IV 53

³⁰ Näher zu den Inkongruenzen, die sich aus dem Auseinanderfallen der Grenze für den bedingten und jener für den teilbedingten Vollzug ergeben, *Günter Stratenwerth*, Bemerkungen zu BGE 135 IV 53, *forum*poenale 2008, 169 f.

³¹ Ziff. 1.1.3

Ausweisung nach dem damaligen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern (ANAG) möglich war, konnte es zwischen gerichtlicher Landesverweisung und administrativer Ausweisung teilweise zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen, die für den Verurteilten und die Öffentlichkeit schwer zu verstehen waren. (2) Die Landesverweisung und die ausländerrechtliche Ausweisung verfolgten je unterschiedliche Zwecke und konnten kaum aufeinander abgestimmt werden. (3) Es überwog die Meinung, die ausländerrechtliche Ausweisung mit ihren harten praktischen Konsequenzen genüge und es bestehe keine Notwendigkeit, im Strafrecht weiterhin ein analoges Instrument vorzusehen, das in den meisten anderen Ländern nicht bekannt ist.

Der Nachteil von Widersprüchen zwischen gerichtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlicher Ausweisung lässt sich beheben, indem für beide Massnahmen die gleichen Voraussetzungen aufgestellt werden. Zudem ist der Bundesrat der Auffassung, dass für die strafrechtliche Landesverweisung aus folgenden Gründen durchaus eine Notwendigkeit besteht:

- Mit der strafrechtlichen Landesverweisung lässt sich eine einheitliche Praxis sicherstellen.
- Durch den Wegfall der Möglichkeit des bedingten Aufschubs wird sichergestellt, dass verurteilte Personen am Tag der Entlassung aus dem Freiheitsentzug aus der Schweiz entfernt werden können.
- Weil die Landesverweisung in einem öffentlichen, gerichtlichen Verfahren ausgesprochen wird, ist ihre generalpräventive Wirkung besser, als wenn eine administrative fremdenpolizeiliche Massnahme verfügt wird.

Die vorgesehene Regelung lehnt sich an die Regelung von Artikel 62 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)³² an, die den strafrechtlichen Grund für den Widerruf von Bewilligungen enthält. Anders als in der genannten Bestimmung wird nicht auf das Kriterium der Verurteilung „zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe“ abgestellt, sondern auf jenes der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr. Damit wird der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Artikel 62 Buchstabe b AuG Rechnung getragen, welche den Begriff der längerfristigen Freiheitsstrafe in diesem Sinn auslegt³³.

2.1.7 Bei der Halbgefangenschaft und beim tageweisen Vollzug (Art. 77b und 79 StGB)

Die hier vorgesehenen Änderungen sind nicht materieller Natur, sondern betreffen allein die Systematik: Neu wird in Artikel 77b die Vollzugsform der Halbgefangenschaft und in Artikel 79 der tageweise Vollzug geregelt. Im heutigen Recht ist die Halbgefangenschaft dagegen sowohl in Artikel 77b als auch in Artikel 79 geregelt.

³² SR 142.20

³³ BGE 135 II 377

2.1.8 Beim elektronisch überwachten Vollzug ausserhalb der Vollzugsanstalt (sog. Electronic Monitoring; Art. 79b neu StGB)

Nach geltendem Recht kann der Bundesrat den Vollzug von Freiheitsstrafen in der Form des Electronic Monitorings gestützt auf Artikel 387 Absatz 4 Buchstabe a StGB versuchsweise und für eine beschränkte Zeit bewilligen. Der Bundesrat erteilte 1999 den Kantonen Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Tessin, Waadt und Genf und 2003 dem Kanton Solothurn die Bewilligungen, entsprechende Versuche durchzuführen.

Am 4. Dezember 2009 hat der Bundesrat die den genannten Kantonen erteilten Bewilligungen erneut verlängert und ihnen erlaubt, Freiheitsstrafen von mindestens 20 Tagen bis höchstens einem Jahr sowie lange Freiheitsstrafen am Ende oder an Stelle des Arbeitsexternats für die Dauer von mindestens 1 Monat bis höchstens 1 Jahr in der Form des Electronic Monitoring zu vollziehen. Diese Versuche sind bis längstens Ende 2015 befristet, sofern nicht vorher eine definitive gesetzliche Grundlage eingeführt wird. Diese soll nunmehr geschaffen werden.

In der Sache übernimmt der neue Artikel 79b weitgehend die Regelung, wie sie heute aufgrund der Versuchsbewilligung des Bundesrates besteht. Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als Electronic Monitoring für den Vollzug von Freiheitsstrafen zwischen einem und sechs Monaten und nicht wie heute zwischen 20 Tagen und einem Jahr zulässig sein soll. Damit wird Electronic Monitoring zur alternativen Vollzugsform der wieder möglichen kurzen Freiheitsstrafen unter sechs Monaten. Angesichts des nicht unerheblichen Aufwandes, den jeder einzelne Fall von Electronic Monitoring verursacht, soll diese Vollzugsform jedoch nicht für kürzeste Strafen, sondern erst für solche ab einem Monat möglich sein.

Die weiteren Voraussetzungen orientieren sich an den Regelungen, wie sie die an den Versuchen beteiligten Kantone kennen.

2.1.9 Zu den Änderungen bisherigen Rechts

Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003 (JStG): Die Erhöhung der Altersobergrenze von 22 auf 25 Jahre für die Beendigung von Massnahmen im Jugendstrafgesetz (Art. 19 Abs. 2 JStG) ermöglicht es, dass Jugendliche während einer Massnahme eine Berufslehre abschliessen können. Die Praxis hat gezeigt, dass dies mit der bisherigen Grenze von 22 Jahren oftmals nicht möglich ist. Dies kann dazu führen, dass Jugendliche aus dem Massnahmenvollzug entlassen werden müssen, obschon ihnen die Grundlagen nicht vollständig haben vermittelt werden können, deren sie für ein geordnetes Leben bedürfen. Die Übergangsbestimmung (Art. 48^{bis} JStG) führt zu einer Erhöhung der Altersobergrenze für Jugendliche, die sich beim Inkrafttreten der Änderung in einer Massnahme befinden. Diese Übergangsbestimmung ist zulässig, weil sie nicht zu einer rückwirkenden Erhöhung einer Strafe führt, sondern die Möglichkeit verbessert, massnahmebedürftige Jugendliche zu betreuen.

Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO): Weil die gemeinnützige Arbeit nicht mehr als eigenständige Sanktion, sondern nur noch als Form des Vollzugs vorgesehen wird, ist Artikel 352 Absatz 1 StPO anzupassen, der festlegt, welche Strafen im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden dürfen.

Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP): Die Änderung von Artikel 119 Absatz 1 MStP hat den gleichen Grund wie die oben beschriebene der Strafprozessordnung.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Für den Bund ergeben sich aus den vorgeschlagenen Änderungen keine unmittelbaren zusätzlichen finanziellen oder personellen Auswirkungen.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Die unmittelbaren finanziellen und personellen Auswirkungen auf die Kantone lassen sich nur sehr schwer abschätzen.

Auf der einen Seite dürfte sich finanziell positiv auswirken, dass nur noch unbedingte, aber nicht mehr bedingte Geldstrafen ausgesprochen werden können.

Auf der andern Seite dürften sich finanzielle Mehrbelastungen ergeben, weil auch kurze Freiheitsstrafen wieder möglich und zu vollziehen sind und weil alle Kantone den Vollzug in Form des Electronic Monitoring ermöglichen müssen.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 2007-2011 nicht angekündigt, weil zum Zeitpunkt der Erstellung der Legislaturplanung die Dringlichkeit der erneuten Revision nicht ersichtlich war.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts befugt.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Es ergeben sich keine direkten Berührungspunkte zum Völkerrecht.