



Bern, den 06. Dezember 2024

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafen- bildung

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulates 20.3009 Kommission
für Rechtsfragen SR vom 11.02.2020

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1 | Ausgangslage | 4 |
| 1.1 | Wortlaut und Behandlung des Postulates | 4 |
| 1.2 | Die Entstehung des Postulates | 4 |
| 2 | Die gesetzliche Regelung im Lauf der Zeit | 5 |
| 2.1 | Bis 2007 | 5 |
| 2.1.1 | Beim Zusammentreffen mehrerer Taten (echte Konkurrenz) | 5 |
| 2.1.2 | Beim Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe | 7 |
| 2.2 | Von 2007 bis 2017 | 7 |
| 2.2.1 | Im Zusammenhang mit der Gesamtstrafe relevante weitere Änderungen..... | 7 |
| 2.2.2 | Gesamtstrafe beim Zusammentreffen mehrerer Taten (echte Konkurrenz)..... | 7 |
| 2.2.3 | Die Ausweitung der Gesamtstrafenbildung | 8 |
| 2.2.3.1 | Die Regelung beim Widerruf einer bedingten Strafe | 8 |
| 2.2.3.2 | Die Regelung bei der Nichtbewährung einer bedingt entlassenen Person | 8 |
| 2.2.3.3 | Die Beurteilung der Regelung durch Lehre und Rechtsprechung | 8 |
| 2.2.3.3.1 | Lehre | 8 |
| 2.2.3.3.2 | Rechtsprechung | 9 |
| 2.3 | Seit 2018 | 10 |
| 2.3.1 | Die Regelung beim Widerruf einer bedingten Strafe | 10 |
| 2.3.2 | Die Regelung bei der Nichtbewährung einer bedingt entlassenen Person..... | 10 |
| 2.3.3 | Die Beurteilung der Regelung durch Lehre und Rechtsprechung | 10 |
| 2.3.3.1 | Lehre | 10 |
| 2.3.3.2 | Rechtsprechung | 11 |
| 2.3.4 | Bewertung der Kritikpunkte | 12 |
| 2.3.4.1 | Bevorteilung rückfälliger Täter | 12 |
| 2.3.4.2 | Widerspruch zu Artikel 49 StGB | 13 |
| 2.3.4.3 | Verhinderung einer schuldangemessenen Gesamtgeldstrafe .. | 13 |
| 2.3.4.4 | Verhinderung der Möglichkeit des Widerrufs und der Gewährung des bedingten Vollzugs für die neue Strafe..... | 14 |
| 3 | Lösungsansätze | 14 |
| 3.1 | Blosse Möglichkeit, jedoch keine Pflicht zur Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung | 14 |
| 3.2 | Möglichkeit der Aussprechung einer Gesamtgeldstrafe bei Nichtbewährung von bis zu 360 Tagessätzen | 15 |

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.3 | Pflicht zur Gesamtstrafenbildung nur bei Freiheitsstrafen | 16 |
| 3.4 | Ausschluss Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung..... | 16 |
| 4 | Ergebnis | 17 |

1 Ausgangslage

1.1 Wortlaut und Behandlung des Postulates

Am 11. Februar 2020 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) das Postulat 20.3009 «Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung» ein mit folgendem Wortlaut:

Der Bundesrat wird beauftragt:

- *Zu prüfen, ob die geltenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches in den Konstellationen gemäss Artikel 46 StGB und 49 StGB schuldangemessene Sanktionen ermöglichen.*
- *Mögliche Alternativen zum geltenden Recht mit ihren Vor- und Nachteilen und allfälligen weiteren Folgen aufzuzeigen.*

Der Bundesrat beantragte die Annahme des Postulates. Am 09. Juni 2020 nahm der Ständerat den Vorstoss an.¹ Gemäss dem Kommissionsprecher, Herrn Ständerat Andrea Caroni, hätten sich in der Praxis seit der letzten Revision von 2015 zwei Probleme gezeigt: Zum einen bei der Gesamtstrafenbildung bei Geldstrafen: Hier könne die Beschränkung der Geldstrafe auf höchstens 180 Tagessätze dazu führen, dass jemand "quasi gratis" delinquieren könne; dies wenn er mehrere Taten begehe, bei denen die Summe der Tagessätze, die für jedes einzelne Delikt ausgesprochen werden müsste, das Maximum von 180 Tagessätzen übersteige. Zum andern ergäbe sich auch ein Problem im Falle des Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Strafe, weil das Gesetz hier die Bildung einer Gesamtstrafe verlange, die weniger als die Summe der widerrufenen Strafe und der für das neue Delikt allein auszusprechenden Strafe sein müsse.²

Obschon sich das Postulat seinem Wortlaut nach auf das Strafgesetzbuch beschränkt, stellen sich im Bereich des Militärstrafrechts die gleichen Fragen und Probleme. Artikel 40 Absatz 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927³ (MStG) ist die Parallelbestimmung zu Artikel 46 Absatz 1 des Strafgesetzbuches⁴ (StGB) und erfuhr 2015 inhaltlich die gleiche Änderung wie die Norm des StGB. Der Vollzug von Freiheitsstrafen und von Massnahmen gestützt auf das Militärstrafgesetz erfolgt nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art. 34b Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 MStG), so dass das im Folgenden im Zusammenhang mit Artikel 89 Absatz 4 und 62a Absatz 2 StGB Ausgeführte auch für das Militärstrafrecht gilt.

1.2 Die Entstehung des Postulates

Im Oktober 2017 stellte ein Mitglied der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) der Kommission den Ordnungsantrag, «eine Aussprache der Kommission zum Strafrabatt für rückfällige Täter zu traktandieren (Art. 46 Abs. 1 StGB)». Hintergrund des Antrags bildete ein Beitrag in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) Nr. 292 vom 14. Dezember 2016 (S. 10) mit dem Titel «Gesetzgeberischer Fauxpas: Strafra-

¹ AB 2020 S 447

² Votum Caroni, AB 2020 S 447

³ SR 321.0

⁴ SR 311.0

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

batt für rückfällige Täter». Die beiden Autoren Hans Mathys, ehemaliger Bundesrichter, und Patrick Guidon, designierter Bundesrichter und damaliger Kantonsrichter St. Gallen, kritisierten darin die vom Parlament am 19. Juni 2015 beschlossene Bestimmung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB, wonach das Gericht in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 StGB eine Gesamtstrafe aussprechen muss, wenn eine widerrufen und eine neue Strafe gleicher Art sind.⁵ Nach Ansicht der Autoren führt dies im Vergleich zur Regelung, wie sie bis Ende 2017 in Kraft war, zu einer Besserstellung rückfälliger Straftäter; dies weil eine Gesamtstrafe für beide Delikte von Gesetzes wegen zwingend geringer sein müsse als die Summe der beiden Einzelstrafen (also die zu widerrufende Strafe und die Einzelstrafe für das in der Probezeit begangene Delikt).

Die RK-N stimmte dem Ordnungsantrag zu und führte in der Folge Anhörungen mit zwei externen Fachleuten durch, verzichtete danach jedoch auf die Einreichung einer Kommissionsmotion zwecks Änderung der Bestimmung.

Stattdessen nahm sich die RK-S der Thematik wieder an und verlangte vom Bundesrat die Prüfung der mit der Gesamtstrafenbildung verbundenen Fragen und reichte zu diesem Zweck das oben wiedergegebene Postulat ein.

2 Die gesetzliche Regelung im Lauf der Zeit

2.1 Bis 2007

2.1.1 Beim Zusammentreffen mehrerer Taten (echte Konkurrenz)

Verwirklicht ein Täter durch sein Handeln mehrere Straftatbestände, ohne dass sich diese wechselseitig ausschliessen, sei es durch eine einzige Handlung⁶, oder indem der gleiche Täter mehrere voneinander unabhängige Straftaten begeht⁷, so liegt sog. echte Konkurrenz vor.

Wie die Strafzumessung bei solchen Konstellationen erfolgen muss, regelte Artikel 68 Ziffer 1 Absätze 1 und 2 StGB unter dem Titel «Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen» (in Kraft bis 31.12.2006; nachfolgend: aStGB) wie folgt:

Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden.

⁵ Art. 46 Abs. 1 StGB («Nichtbewährung») lautet wie folgt:

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe.

⁶ So erfüllt z.B. ein Schlag ins Gesicht eines Brillenträgers mit der Folge einer Beschädigung der Brille gleichzeitig die Tatbestände der Tötlichkeit und der Sachbeschädigung.

⁷ Z.B. einen Diebstahl, ein Strassenverkehrsdelikt und einen Betrug.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Hat der Täter mehrere Bussen verurteilt, so verurteilt ihn der Richter zu der Busse, die seinem Verschulden angemessen ist.

Beim Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen (damals Haft, Gefängnis oder Zuchthaus) hatte das Gericht somit für alle erfüllten Tatbestände einen Schuldspruch auszufällen und eine Gesamtstrafe zu bilden, indem es die Strafe für die schwerste Tat zu ermitteln (sog. Einsatzstrafe) und deren Dauer angemessen zu erhöhen hatte. Dabei hatte das Gericht zwei Grenzen zu beachten: Einerseits durfte es die für die schwerste Tat angedrohte Höchststrafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten; andererseits war es in jedem Fall an das Höchstmass der Strafart gebunden, durfte also lebenslängliches Zuchthaus oder 20 Jahre Zuchthaus, drei Jahre Gefängnis bzw. drei Monate Haft nicht überschreiten.

Bei Freiheitsstrafen legte das Gericht also nicht für jedes einzelne Delikt eine Strafe fest und addierte diese im Anschluss (Prinzip der Kumulation); vielmehr gelangte das Prinzip der Strafschärfung oder *Asperation* zur Anwendung. Dieses gründet auf der sog. progressiven Strafwirkung, d.h. der Überlegung, dass die Intensität der Strafe oder das Strafübel für die betroffene Person nicht linear zur Dauer oder Betragshöhe zunimmt, sondern exponentiell^{8,9}. Mit Blick auf Freiheitsstrafen wird jedoch vorgebracht, mit zunehmender Dauer ergebe sich eine Gewöhnung, wodurch die Strafwirkung abnehme, wobei sich eine derartige Abstumpfung ihrerseits als zusätzliches Strafübel auffassen lasse.¹⁰

Hatte der Täter mehrere Bussen verurteilt¹¹, so wurden diese zu einer Gesamtbusse zusammengefasst, die dem Gesamtverschulden zu entsprechen hatte. Das Gesetz schloss eine Kumulation (also ein Addieren der für jedes einzelne Delikt angemessenen Busse) nicht aus; allerdings durfte eine kumulierte Busse den Bussenrahmen des Gesetzes nicht überschreiten.¹²

Der Grundsatz der Asperation galt sodann auch für den Fall, dass ein Täter vor der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe eine weitere Tat begangen hatte, diese aber erst nachträglich bekannt wurde und zu einer Verurteilung führte (sog. retrospektive Konkurrenz). In diesem Fall hatte das Gericht für die neu bekannt gewordene Tat eine

⁸ So schon PHILIPP THORMANN/ALFRED VON OVERBECK, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil, Zürich 1940, Art. 68 N 6; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Auflage, Bern 1996, § 19 N 27; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zürich 2017, S. 161; SONJA KOCH, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, Diss. Zürich 2013, S. 69 f.; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Alexander M. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4. A., Basel 2019, Art. 49 N 7.

⁹ Heute stellt die Ermöglichung eines einheitlichen Strafvollzugs kein Motiv für das Asperationsprinzip mehr dar (so noch THORMANN/V. OVERBECK, [Fn. 8], a.a.O.), weil auch eine Kumulation mehrerer Freiheitsstrafen einen einheitlichen Vollzug nicht mehr ausschliessen würde. Anders war dies unter früherem Recht, das noch zwischen Zuchthaus- und Gefängnisstrafe unterschied.

¹⁰ JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Alexander M. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4. A., Basel 2019, Art. 49 N 7.

¹¹ Bussen waren sowohl als Strafe für Vergehen (neben Gefängnis), wie auch für Übertretungen (neben Haft) vorgesehen.

¹² Vorbehältlich einer anderen Bestimmung durch das Gesetz betrug die Höchstbusse für Vergehen 40 000 Franken (Art. 48 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB), für Übertretungen 5000 Franken (Art. 106 Abs. 1 aStGB).

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Zusatzstrafe auszusprechen, die so festzulegen war, dass «der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären» (Art. 68 Ziff. 2 aStGB).

2.1.2 Beim Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe

Wurde einer zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Person der bedingte Strafvollzug gewährt und beging diese während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so war der bedingte Strafvollzug grundsätzlich zu widerrufen (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 aStGB). Wenn in leichten Fällen begründete Aussicht auf Bewährung bestand, konnte das Gericht auf einen Widerruf verzichten und stattdessen Ersatzmassnahmen anordnen (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 a StGB).

Im Falle des Widerrufs war *keine Gesamtstrafe* zu bilden¹³. Die verurteilte Person hatte also die widerrufenen und die neue Strafe zu verbüssen.

2.2 Von 2007 bis 2017

2.2.1 Im Zusammenhang mit der Gesamtstrafe relevante weitere Änderungen

Die Änderung des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002¹⁴ (nachfolgend: StGB-2002) führte zu verschiedenen Neuerungen, die im Zusammenhang mit der Thematik der Gesamtstrafe von Bedeutung sind. Sie sind deshalb kurz aufzuführen:

- Die Revision führte anstelle der Bussen bei Vergehen die Geldstrafe ein. Diese betrug höchstens 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB-2002).
- Die Geldstrafe erhielt im Bereich bis zu 180 Tagessätzen grundsätzlich Vorrang vor einer Freiheitsstrafe (Art. 41 Abs. 1 StGB-2002).
- Die Geldstrafe war in der Regel bedingt auszusprechen, sofern dem Täter keine schlechte Prognose zu attestieren war (Art. 42 Abs. 1 StGB-2002).
- Für Übertretungen war ausschliesslich Busse von höchstens 10 000 Franken als Strafe vorgesehen (bis 2007 war die Strafdrohung bei Übertretungen Haft oder Busse).

2.2.2 Gesamtstrafe beim Zusammentreffen mehrerer Taten (echte Konkurrenz)

Für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Strafen desselben Täters bestimmte Artikel 49 Absatz 1 StGB-2002 folgendes:

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden.

¹³ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 41 N 53.

¹⁴ AS 2006 3459.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Das neue Recht stimmte somit inhaltlich mit der bisherigen Regelung der Gesamtstrafe überein, verpflichtete neu aber bei allen gleichartigen Strafarten, also auch bei Geldstrafe und Busse, zur Bildung einer Gesamtstrafe.

2.2.3 Die Ausweitung der Gesamtstrafenbildung

2.2.3.1 Die Regelung beim Widerruf einer bedingten Strafe

Anders als im bisherigen Recht bestand neu auch im Falle des Widerrufs einer bedingt zu vollziehenden Strafe die Möglichkeit der Bildung einer Gesamtstrafe.¹⁵ Artikel 46 Absatz 1 StGB-2002 («Nichtbewährung») lautete:

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei kann es auf eine unbedingte Freiheitsstrafe nur erkennen, wenn die Gesamtstrafe mindestens sechs Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Artikel 41 erfüllt sind.

2.2.3.2 Die Regelung bei der Nichtbewährung einer bedingt entlassenen Person

Die Änderung von 2002 statuierte überdies im Falle der Nichtbewährung einer bedingt aus einer Massnahme oder dem Strafvollzug entlassenen Person die Pflicht zur Bildung einer Gesamtstrafe. Dies sofern für die neue Straftat eine unbedingte Freiheitsstrafe auszusprechen war und diese mit einer zugunsten einer Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe (Art. 62a Abs. 2 StGB-2002) bzw. mit einer durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Rest(freiheits-)strafe (Art. 89 Abs. 6 StGB-2002) zusammentraf.

Gemäss dem Bundesrat sollte die Gesamtstrafenbildung vermeiden, dass sich verschiedene aufgeschobene Freiheitsstrafen ansammeln, welche die verurteilte Person unter Umständen mehrere Male, über Jahre später zu verbüssen hätte, was aus spezialpräventiver Sicht fragwürdig sein könne.¹⁶

Obschon der Wortlaut in den Fällen von Artikel 62a Absatz 2 und 89 Absatz 6 StGB-2002 die Bildung einer Gesamtstrafe «in Anwendung von Artikel 49» vorschreibt, hatte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁷ auch hier, gleich wie bei Artikel 46 StGB-2002, die Gesamtstrafenbildung in *sinngemässer* Anwendung von Artikel 49 zu erfolgen.

2.2.3.3 Die Beurteilung der Regelung durch Lehre und Rechtsprechung

2.2.3.3.1 Lehre

¹⁵ Zum Ganzen: MIKE ANDREA BERTSCHINGER, Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung, Diss. Zürich, 2021.

¹⁶ Botschaft des Bundesrates vom 21.09.1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes), und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999, 1979, 2085.

¹⁷ BGE 135 IV 146, 150 E. 2.4.1.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Die Regelung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB-2002 wurde in der Lehre vereinzelt ausdrücklich begrüsst¹⁸, erfuhr aber mehrheitlich Kritik. Diese richtete sich nicht primär gegen die Bildung einer Gesamtstrafe im Falle eines Widerrufs als solche, sondern gegen die Möglichkeit, die Art der zu widerrufenden Strafe zu ändern¹⁹, wobei insbesondere die Möglichkeit des Wechsels von einer leichteren in eine schwerere Straftat Ablehnung erfuhr.²⁰

Umstritten waren sodann zwei weitere Punkte: Zum einen die Frage, ob die Bildung einer Gesamtstrafe zwingend sei, oder ob das Gericht die Wahl habe zwischen Kumulation und Asperation. Zum andern, ob das Gericht auch dann eine Gesamtstrafe bilden könne (oder müsse), wenn von Anfang an gleichartige Strafen vorlägen.²¹

Anders als im Zusammenhang mit dem Widerruf (Art. 46 Abs. 1 StGB-2002) war die Gesamtstrafenbildung im Falle der Nichtbewährung nach bedingter Entlassung (Art. 62a Abs. 2 und 89 Abs. 6 StGB-2002) in der Lehre kein Thema. Das mag dadurch begründet sein, dass sich hier die Frage der Änderung der Straftat nicht stellt, da das Gesetz hier für die neue Straftat die Aussprechung einer unbedingten Freiheitsstrafe voraussetzt.

2.2.3.3.2 Rechtsprechung

Das Bundesgericht beurteilte die Regelung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB-2002 als «wenig sachgerecht», weil sich die Konstellation, bei der jemand sämtliche Taten begangen hat, bevor er verurteilt wurde, wesentlich von jener unterscheidet, bei der jemand bereits nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe noch während der Probezeit ein weiteres Delikt begeht.²² Das Bundesgericht erachtete die rechtliche Gleichstellung dieser beiden Konstellationen deshalb als sachfremd, weil der Umstand, dass jemand nach einer Verurteilung und während der Probezeit erneut straffällig werde, zu Unrecht unberücksichtigt bleibe statt strafferhöhend ins Gewicht zu fallen.²³

Ausserdem gelangte das Bundesgericht zum Schluss, nach dem Wortlaut von Artikel 46 Absatz 2 zweiter Satz StGB-2002 könne eine Gesamtstrafe nur dann gebildet werden, wenn die bedingte Vorstrafe und die neue Strafe nicht gleichartig seien, das Gericht mithin die Art der Vorstrafe ändern müsse.²⁴ Wenig später erkannte das Bundes-

¹⁸ GEORGES GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Felix Bänziger/Annamarie Hubschmid/Jürg Sollberger (Hrsg.), zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. A.; Bern 2006, S. 127: «Dies [die Möglichkeit zur Änderung der Straftat] erlaubt, allenfalls veränderte Strafbedürfnisse ohne einengende Schranken zu berücksichtigen»; ANDRÉ KUHN, in: Robert Roth/Laurent Moreillon (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Basel 2009, Art. 46 N 13 f., mit der Ansicht, das Gericht könne beim Widerruf neu entweder die widerrufene mit der neuen Strafe kumulieren, oder – nötigenfalls durch Wechsel der Straftat bei der zu widerrufenden Strafe - eine Gesamtstrafe bilden.

¹⁹ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2 Auflage, Bern 2006, § 5 N 96 («Sehr eigenartig»).

²⁰ STRATENWERTH, (Fn. 17), § 5 N 96; DERS., Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, forum penale 2008, S. 156, 160. zustimmend ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, in: Alexander M. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. A., Basel 2007, Art. 46 N 34.

²¹ Zum Meinungsstand zu diesen beiden Punkten näher KOCH, (Fn. 8), S. 269 f.

²² BGE 134 IV 241, 245 E. 4.3.

²³ BGE 134 IV 241, 246 E.4.4.

²⁴ BGE 134 IV 241, 246 E. 4.4.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

gericht zudem, dass eine Änderung der Vorstrafe zu Lasten der verurteilten Person, also die Umwandlung in eine schwerere Sanktion, unzulässig sei.²⁵ Möglich war einzig noch, eine früher bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umzuwandeln und zusammen mit einer neuen Geldstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden, was das Bundesgericht aber als praktisch bedeutungslos erachtete²⁶. Damit wurde Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB-2002 weitgehend zum toten Buchstaben.²⁷

2.3 Seit 2018

2.3.1 Die Regelung beim Widerruf einer bedingten Strafe

Artikel 46 Absatz 1 erhielt durch die Änderungen des Sanktionenrechts vom 19. Juni 2015²⁸ neu folgenden Wortlaut:

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe.

Gegenüber dem früheren Recht führt diese Regelung zu zwei Änderungen: Zum einen erlaubt sie einen Wechsel der Strafart zwecks Bildung einer Gesamtstrafe nicht mehr; zum andern besteht nunmehr die Pflicht zur Gesamtstrafenbildung, wenn die neue und die zu widerrufende Strafe gleicher Art sind.

2.3.2 Die Regelung bei der Nichtbewährung einer bedingt entlassenen Person

Die diesbezüglichen Artikel 62a Absatz 2 und 89 Absatz 6 erfuhren keine Änderung.

2.3.3 Die Beurteilung der Regelung durch Lehre und Rechtsprechung

Ausser in der Tagespresse (vgl. oben Ziffer 1.2) erfuhr die neue Regelung von Artikel 46 Absatz 1 auch im Schrifttum Kritik.

2.3.3.1 Lehre

Selbst wenn in der Lehre vereinzelt vermerkt wird, die neue Regelung beseitige das Problem der Ungleichbehandlung von Tätern, die mit Sanktionen gleicher Art bestraft wurden²⁹, werden im gleichen Atemzug im Wesentlichen folgende Aspekte bemängelt:

- Die neue Regelung bevorteile rückfällige Täter.³⁰

²⁵ BGE 137 IV 249, 253 E. 3.4.1 ff.

²⁶ BGE 145 IV 146, 148 E.2.1.

²⁷ KOCH, (Fn. 8), S. 271; der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Ergebnis zustimmend FELIX BOMMER/ARIANE KAUFMANN, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 151 (2015) 876 f.

²⁸ AS 2016 1249, in Kraft seit 1. Januar 2018; Botschaft in: BBl 2012 4721.

²⁹ ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, in: Alexander M. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Art. 46 N 36.

³⁰ ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, in: Alexander M. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Art. 46 N 36, STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et. al. (Hrsg.), StGB JStG Kommentar, 21. A., Zürich 2022, Art. 46 N. 1a, («Kriminalpolitisch 10/17

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

- Sie stehe im Widerspruch zum Sinn von Artikel 49. Aus dessen «Gesamtgefüge» ergebe sich eindeutig, dass der Gesetzgeber nur jene Täter in den Genuss einer Gesamtstrafe kommen lassen wolle, die mehrere Taten *vor* einer ersten gerichtlichen Beurteilung begangen hätten, nicht aber jene, die *nach* einer Verurteilung rückfällig geworden seien.³¹
- Bei der Geldstrafe könne die Pflicht zur Gesamtstrafenbildung dazu führen, dass keine schuldangemessene Strafe ausgefällt werden könne, weil der Anwendungsbereich der Geldstrafe auf 180 Tagessätze begrenzt ist (Art. 34 Abs. 1 StGB) und bei der Bildung einer Gesamtstrafe das gesetzliche Höchstmass der Strafart nicht überschritten werden darf (Art. 49 Abs. 1 dritter Satz StGB).³²
- Die neue Regelung lasse die Möglichkeit nicht mehr zu, den bedingten Vollzug einer rechtskräftigen Strafe zu widerrufen, gerade wegen dieses Widerrufs eine schlechte Prognose zu verneinen und deshalb für das in der Probezeit begangene Delikt eine neue, gleichartige Strafe indes unter Gewährung des bedingten Vollzugs auszusprechen. Vielmehr sei entweder eine unbedingte Gesamtstrafe zu bilden oder es könnte höchstens auf den Widerruf verzichtet und für das Probezeitdelikt eine neue, gleichartige, unbedingte Strafe ausgesprochen werden.³³

2.3.3.2 Rechtsprechung

In seinem ersten Entscheid zum geänderten Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB hielt das Bundesgericht wiederum fest, die Bildung einer Gesamtstrafe bei einem Widerruf sei «wenig sachgerecht». Es begründete dies wie folgt:

Denn der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe während der Probezeit weitere Delikte verübt, unterscheidet sich wesentlich vom Fall eines Täters, der sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB) verurteilt worden ist. Die Gleichstellung dieser Fälle erscheint als sachfremd, weil damit der strafehöhend zu wertende Umstand, dass der Täter einen Teil der Taten während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten

unerfindlich»); ANDRÉ KUHN/JOËLLE VUILLE, in: Laurent Moreillon/Alain Macaluso/Nicolas Queloz/Nathalie Dongois (Hrsg.), Commentaire Romand Code pénal I, 2. A., Basel 2021, Art. 46 N. 13a; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. A., Bern 2020, § 4 N 100.

³¹ JONAS ACHERMANN, in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 46 N. 9;

³² STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et. al. (Hrsg.), StGB JStG Kommentar, 21. A., Zürich 2022, Art. 46 N. 1c; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts?, in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zürich 2017, S. 159; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. A., Bern 2020, § 4 N 100.

³³ STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et. al. (Hrsg.), StGB JStG Kommentar, 21. A., Zürich 2022, Art. 46 N. 1b; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts?, in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch / Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zürich 2017, S. 158 f.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

*Strafe begangen habe, bei der Strafzumessung zu Unrecht unberücksichtigt bliebe.*³⁴

In einem späteren Entscheid hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob in analoger Anwendung von Artikel 46 Abs. 1 zweiter Satz StGB eine Gesamtstrafe auszusprechen sei bei einem Täter, der in einem ersten Verfahren zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt wurde und nach diesem Urteil erneut delinquent hatte. Dabei wiederholte das Bundesgericht seine Auffassung, «wonach nicht in den Genuss einer Gesamtstrafenbildung kommen soll, wer erstinstanzlich verurteilt und somit eindringlich gewarnt worden ist»³⁵ und lehnte eine analoge, und damit extensive Anwendung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz auf Artikel 49 Absatz 2 StGB ab.

Soweit es dagegen um eine direkte (nicht bloss analoge) Anwendung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB geht, äussert das Bundesgericht in der Sache zwar weiterhin Bedenken, wendet die Bestimmung aber angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens aufgrund des Wortlauts, der Materialien und der Tatsache, dass die Artikel 62a und 89 StGB eine ähnliche Regelung enthalten, dennoch an.³⁶

2.3.4 Bewertung der Kritikpunkte

2.3.4.1 Bevorteilung rückfälliger Täter

Die Kritik der Bevorteilung rückfälliger Täterinnen und Täter basiert auf dem Vergleich, wie jemand bestraft wird, der während der Probezeit erneut straffällig wird, gegenüber jemandem, der erst nach Ablauf der Probezeit erneut delinquent.

Bei ersterem ist aus der neuen und der widerrufenen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn die Strafen gleichartig sind. Bei letzterem dagegen wird für das neue Delikt eine neue Strafe ausgesprochen, ohne dass bei Gleichartigkeit der Strafen eine Gesamtstrafe zu bilden wäre, selbst dann, wenn die erste Strafe noch nicht vollzogen wurde.³⁷ Vielmehr sind gemäss Artikel 4 der Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz vom 19. September 2006³⁸ (V-StGB-MStG) Freiheitsstrafen gemeinsam entsprechend ihrer Gesamtdauer zu vollziehen, wenn sie im Vollzug zusammentreffen.

Die beiden Konstellationen, dass also jemand während der Probezeit erneut eine Straftat begeht oder dass jemand bereits verurteilt wurde, die Strafe jedoch nicht verbüsst hat, danach erneut verurteilt wird und nunmehr beide Strafen gleichzeitig verbüssen muss, werden somit unterschiedlich behandelt. Ein Grund dafür ist nicht ersichtlich; die Kritik der Bevorteilung rückfälliger Täter erscheint deshalb gerechtfertigt.

³⁴ BGE 145 IV 146, 151 E. 2.3.4.

³⁵ Urteil 6B_837/2019 vom 6. Dezember 2019, E.1.2.

³⁶ BGE 145 IV 146, 151 E. 2.3.2 - 2.3.5.

³⁷ Dabei kann offenbleiben, ob frühere Verurteilungen ohne weiteres als Grundlage dafür dienen können, von einem höheren Verschulden auszugehen, was in der Lehre teilweise bestritten wird (GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. A., Bern 2020, § 5 N. 44 m. w. H.).

³⁸ SR 311.01

2.3.4.2 Widerspruch zu Artikel 49 StGB

Formell gesehen besteht kein Widerspruch zwischen der Regelung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB und Artikel 49 StGB, verweist doch jener auf diesen. In materieller Hinsicht ist die Ausgangslage bei Artikel 49 StGB tatsächlich eine andere als beim Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Strafe. Während es dort darum geht, für eine Mehrzahl von Straftaten in einem einzigen Urteil eine angemessene (Gesamt-)Strafe festzulegen, ist hier eine bereits rechtskräftig ausgesprochene Strafe aufgrund einer neuen Tat zu «ergänzen» und eine Gesamtstrafe zu bilden.

Indem im ersten noch keine rechtskräftige Strafe ausgesprochen wurde, im zweiten dagegen schon, unterscheidet sich die Ausgangslage in beiden Konstellationen so deutlich voneinander, dass es sachwidrig erscheint, dass das Gesetz für beide Fälle die gleiche Rechtsfolge vorsieht.

2.3.4.3 Verhinderung einer schuldangemessenen Gesamtgeldstrafe

Die Problematik, dass das gesetzliche Höchstmass der Geldstrafe die Aussprechung einer schuldangemessenen (Gesamt-)Strafe verhindert, ergibt sich dann nicht, wenn die bedingte Geldstrafe nicht widerrufen wird. Dann ist keine Gesamtstrafe zu bilden, denn das Gesetz verlangt eine solche nur im Falle des Widerrufs. Wie das Bundesgericht mehrmals ausgeführt hat, kann die neue Strafe auch dann unbedingt ausgesprochen werden, wenn auf den Widerruf verzichtet wird. Entscheidend für die Frage, ob eine bedingte Strafe zu widerrufen ist, sind die Bewährungsaussichten der verurteilten Person. Dabei ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen, in deren Rahmen das Gericht zum Schluss gelangen kann, dass auf den Widerruf gerade deshalb verzichtet werden kann, weil die neue Strafe vollzogen wird.³⁹

Sofern jedoch die bedingte Strafe zu widerrufen ist, kann die Pflicht, mit der widerrufenen und der neuen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden, in der Tat dazu führen, dass die Gesamtstrafe die eigentlich schuldangemessene (Gesamt-)Strafe unterschreitet, wenn die widerrufenen und die neue Strafe Geldstrafen sind. Denn bei der Bildung einer Gesamtstrafe ist das Gericht an das gesetzliche Höchstmass, bei der Geldstrafe 180 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB) gebunden (Art. 49 Abs. 1 dritter Satz StGB). Muss das Gericht zum Beispiel⁴⁰ eine bedingt ausgesprochene Strafe von 160 Tagessätzen widerrufen und wäre für das neue, in der Probezeit begangene Delikt eine Strafe von 90 Tagessätzen schuldangemessen, so könnte das Gericht bloss eine Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen aussprechen. Selbst unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips dürfte sich diese Strafe nicht als schuldangemessen erweisen.

Alternativen, welche diese Schwierigkeit beheben würden, sind auf Grundlage des geltenden Rechts nicht ersichtlich:

³⁹ BGE 134 IV 140, 144 E. 4.5 (allerdings noch zum früheren Recht); Urteile 6B_677/2019 vom 12. Dezember 2019, E. 1.1.1; 6B_968/2020 vom 14. September 2020, E. 7.2.1; 6B_58/2022 vom 28. März 2022, E. 2.1.2.

⁴⁰ Beispiel in MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zürich 2017, S. 159.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Überlegen liesse sich, die bedingte Geldstrafe zu widerrufen und für das neue Delikt eine Freiheitsstrafe unter 180 Tagen auszusprechen mit der Begründung, eine solche sei aus spezialpräventiven Gründen notwendig (Art. 41 Abs. 1 Bst. a StGB). Allerdings würde bei einem solchen Vorgehen die Frage der Schuldangemessenheit der (widerrufenen) Geld- zuzüglich der neuen Freiheitsstrafe vermischt mit jener der Notwendigkeit einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe. Diese Vorgehensweise mag in bestimmten Konstellationen die Problematik der für eine angemessene Gesamtstrafe zu tiefen Obergrenze der Geldstrafe lösen oder umgehen, bietet aber keine allgemeine Lösung für die Bildung einer Gesamtgeldstrafe.

Eine Umwandlung der für das erste Delikt ausgefallten Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe, damit mit der Strafe für das Probezeitdelikt eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet werden kann, verbietet sich, weil die im ersten Urteil rechtskräftig festgelegte Strafe nicht zu Lasten der verurteilten Person abgeändert werden darf.⁴¹

2.3.4.4 Verhinderung der Möglichkeit des Widerrufs und der Gewährung des bedingten Vollzugs für die neue Strafe

Nach einem Teil der Lehre lässt das geltende Recht es nur dann zu, die frühere Strafe zu widerrufen und unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine schlechte Prognose für die neue Strafe zu verneinen sowie die neue Strafe deshalb bedingt auszusprechen, wenn die widerrufenen und die neue Strafe nicht gleicher Art sind. Weil bedingte, unbedingte oder teilbedingte Strafen jeweils bloss Varianten der gleichartigen Strafe seien, verlange das Gesetz auch dann eine Gesamtstrafe, wenn nur die für das erste Delikt ausgesprochene bedingte Strafe widerrufen werde, die neue Strafe aber bedingt ausgesprochen werden solle.⁴²

In diesem Sinn lässt sich auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts verstehen, wonach «das Gericht – die Gleichartigkeit der einzeln ausgesprochenen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt – mit den früheren Taten und den während der Probezeit begangenen Taten eine Gesamtstrafe bilden muss»⁴³.

Die in der Lehre diesbezüglich geäusserte Kritik erweist sich somit als gerechtfertigt.

3 Lösungsansätze

3.1 Blosser Möglichkeit, jedoch keine Pflicht zur Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung

Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB könnte so geändert werden, dass das Gericht im Falle eines Widerrufs nicht verpflichtet ist, eine Gesamtstrafe zu bilden, sondern bloss die Möglichkeit dazu hat («..., so *kann* es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe bilden»).

Der *Vorteil* einer solchen Regelung bestünde darin, dass sie es erlauben würde, je nach konkreter Situation eine Gesamtstrafe auszusprechen, wenn sich eine solche

⁴¹ BGE 137 IV 249, 253 E. 3.4.1 ff.

⁴² MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zürich 2017, S. 158 f.

⁴³ BGE 145 IV 146, 151 f. E. 2.3.5.

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

als angemessen erweisen sollte, oder aber auf sie zu verzichten. Letztlich liessen sich damit allen in Ziffer 2.3.4. dargelegten Kritikpunkten Rechnung tragen.

Als *Nachteile* sind jedoch zu nennen, dass eine reine Kann-Vorschrift keine Kriterien nennt, wann eine Gesamtstrafe zu bilden ist und wann nicht. Auch dürften sich im Gesetz kaum hinreichend klare Kriterien festlegen lassen, in welchen Fällen eine Gesamtstrafe auszusprechen wäre und wann nicht. Dies erweist sich unter den Aspekten der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit als problematisch. *In praxi* dürfte eine derartige Bestimmung deshalb im Ergebnis toter Buchstabe bleiben.

Nach Ansicht des Bundesrates stellt diese Variante deshalb keine taugliche Lösung dar.

3.2 Möglichkeit der Aussprechung einer Gesamtgeldstrafe bei Nichtbewährung von bis zu 360 Tagessätzen

Der Problematik, dass wegen der Obergrenze der Geldstrafe von 180 Tagessätzen eine Gesamtgeldstrafe u.U. nicht schuldangemessen ist, liesse sich dadurch begegnen, dass für die Gesamtstrafe neu eine Obergrenze von 360 Tagessätzen vorgesehen würde⁴⁴. Die Regel, dass im Falle der Nichtbewährung eine Gesamtstrafe auszusprechen ist, würde beibehalten.

Der *Vorteil* bestünde darin, dass eine Geldstrafe festgelegt werden könnte, die auch als Gesamtstrafe schuldangemessen erscheint.

Als *Nachteil* ist jedoch zu werten, dass dadurch ein Widerspruch zu gesetzgeberischen Entscheiden erschaffen würde, die vor nicht allzu langer Zeit getroffen wurden: So hat der Gesetzgeber 2015 die Höchstzahl der Tagessätze von 360 auf 180 reduziert, weil er die Freiheitsstrafe wieder stärker gewichten wollte.⁴⁵ Es erschiene widersprüchlich, die Geldstrafe einerseits generell auf 180 Tagessätze zu beschränken, gerade aufgrund der Überlegung, eine darüber hinausgehende Geldstrafe könne der Schwere der Tat nicht gerecht werden, vielmehr bedürfe es hierzu der Freiheitsstrafe, sie andererseits bis zu 360 Tagessätzen vorzusehen gerade für jene Fälle, in denen der Täter oder die Täterin trotz der Warnung einer bedingt ausgesprochenen Geldstrafe, während der Probezeit erneut straffällig wird. Zudem lässt diese Variante die Ungereimtheit weiter bestehen, dass jemand, der während der Probezeit erneut delinquent, gleich behandelt wird wie jemand, der vor der ersten Verurteilung mehrere Taten begangen hat.

Nach Ansicht des Bundesrates führt auch dieser Lösungsansatz nicht zum Ziel.

⁴⁴ Das würde in der Sache der Regelung im deutschen Recht entsprechen, wo die Geldstrafe grundsätzlich höchstens 360 Tagessätze beträgt (§ 40 Abs. 1 StGB-DE), die Obergrenze im Falle einer Gesamtstrafe aber auf 720 Tagessätze angesetzt ist (§ 54 Abs. 2 StGB-DE)

⁴⁵ Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts), BBl 2012 4721, 4735.

3.3 Pflicht zur Gesamtstrafenbildung nur bei Freiheitsstrafen

Das geltende Recht könnte so geändert werden, dass nur dann eine Gesamtstrafe zu bilden ist, wenn es sich bei der widerrufenen und der neuen Strafe um Freiheitsstrafen handelt.

Als *Vorteile* einer derartigen Änderung liessen sich nennen: Die Problematik, dass die Obergrenze von 180 Tagessätzen Geldstrafe keine schuldangemessene (Gesamt-) Geldstrafe ermöglicht, entfällt, weil nur bei Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafe zu bilden wäre. Des Weiteren würde eine solche Anpassung dem Grundgedanken hinter der Gesamtstrafe Rechnung tragen, nämlich jener, dass die Belastung der verurteilten Person durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe nicht linear mit deren Dauer zunimmt, sondern exponentiell.

Demgegenüber ergeben sich folgende *Nachteile*: Täterinnen und Täter, die schon während der Probezeit erneut straffällig geworden sind, würden grundsätzlich gleich behandelt wie jene, die zwar mehrere Straftaten begangen haben, diese jedoch gleichzeitig in einem Urteil zu beurteilen sind. Im Ergebnis liesse sich den Unterschieden beider Situationen dadurch Rechnung tragen, dass die gesetzliche Anforderung zu bloss «*sinngemässer* Anwendung von Artikel 49» zur Bildung einer Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 zweiter Satz StGB) weit ausgelegt würde. Weiter würde sich die Problematik ergeben, dass zwar im Falle der Verhängung von Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafe zu bilden wäre, dagegen mehrere Ersatzfreiheitsstrafen anstelle von Geldstrafen zu addieren wären. Dem mit einer Gesamtstrafe verfolgte Zweck (die Berücksichtigung des Umstandes, dass die Belastung durch einen Freiheitsentzug mit Dauer nicht linear zunimmt) würde somit bloss bei Freiheitsstrafen Rechnung getragen, nicht aber bei Ersatzfreiheitsstrafen. Dem liesse sich allerdings entgegenen, dass das Prinzip der Gesamtstrafenbildung vor allem der schädlichen Wirkung langer Freiheitsstrafen entgegenwirken will, mithin bei Ersatzfreiheitsstrafen für nicht-geleistete Geldstrafen, die nicht mehr als sechs Monate betragen können, weniger relevant erscheint.

Der Bundessrat erachtet die Nachteile dieser Variante als zu gross, als dass sich ihre Umsetzung empfehlen würde.

3.4 Ausschluss Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung

Die radikalste Lösung würde darin bestehen, die Bildung einer Gesamtstrafe im Falle der Nichtbewährung während der Probezeit nicht vorzusehen. Das entspräche der Regelung, wie sie bis 2007 gegolten hatte (oben Ziff. 2.1.2.).

Die *Vorteile* lägen darin, dass weder eine Begünstigung rückfälliger Täterinnen und Täter erfolgen (oben Ziff. 2.3.4.1) noch ein Widerspruch zu Artikel 49 bestehen (oben Ziff. 2.3.4.2) noch bei der Geldstrafe eine schuldangemessene Strafe verunmöglicht (oben Ziff. 2.3.4.3) würde und kein Widerspruch zur Regelung gemäss Artikel 4 V-StGB-MStG bestünde, wonach mehrere Freiheitsstrafen zusammen vollzogen werden (oben Ziff. 2.3.4.1).

Überprüfung der Regeln zur Gesamtstrafenbildung

Nachteile sind nicht ersichtlich⁴⁶.

Sollte der zweite Satz von Artikel 46 Absatz 1 StGB gestrichen werden, so wären auch die Artikel 62a Absatz 2 und 89 Absatz 6 StGB zu ändern. Diese beiden Bestimmungen schreiben die Bildung einer Gesamtstrafe vor, wenn eine aus einer Massnahme oder einer Freiheitsstrafe bedingt entlassene Person während der Probezeit erneut straffällig wird. Bei einer Streichung von Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz StGB wäre auch die Parallelbestimmung von Artikel 40 Absatz 1 zweiter Satz MStG zu streichen.

4 Ergebnis

In Beantwortung der beiden Fragen des Postulates lässt sich festhalten:

1. Die geltende Regelung kann bei der Geldstrafe dazu führen, dass keine schuldangemessene Gesamtstrafe ausgesprochen werden kann. Denn das Gericht ist bei der Gesamtstrafenbildung an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 dritter Satz StGB), welches bei der Geldstrafe 180 Tagessätze beträgt (Art. 34 Abs. 1 StGB).

Bei der Freiheitsstrafe besteht diese Problematik nicht, weil hier die gesetzliche Höchstdauer 20 Jahre beträgt (Art. 40 Abs. 1 StGB).

2. Von den möglichen Varianten einer Änderung erscheint jene am besten, bei der im Falle der Nichtbewährung keine Gesamtstrafe ausgesprochen wird. Das würde insbesondere bedeuten, Artikel 46 Absatz 1 zweiter Satz und Artikel 62a Absatz 2 StGB zu streichen und bei Artikel 89 Absatz 6 StGB Anpassungen vorzunehmen. Ebenfalls zu streichen wäre Artikel 40 Absatz 1 zweiter Satz MStG.

⁴⁶ Jedenfalls nicht bei der Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung. Im Falle der (bloss) echten Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB) bleibt die Obergrenze bei der Geldstrafe bei 180 Tagessätzen, was eine schuldangemessene Sanktion verhindern kann, gerade bei Delikten, bei denen ausschliesslich Geldstrafe als Sanktion vorgesehen ist.