

LGVE 2023 II Nr. 5

Instanz:	Kantonsgericht
Abteilung:	2. Abteilung
Rechtsgebiet:	Strafrecht
Entscheiddatum:	20.03.2023
Fallnummer:	4M 22 70
LGVE:	2023 II Nr. 5
Rechtskraft:	Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Leitsatz

Die Begrenzung der Geldstrafe auf maximal 180 Tagessätze hat zur Folge, dass im Rahmen der Gesamtstrafenbildung eine widerrufenen Vorstrafe zu einem Grossteil oder gar vollständig von der für die Probezeitdelikte ausgesprochenen Strafe absorbiert werden kann. Die klare Gesetzeslage lässt keinen Spielraum für abweichende Lösungen.

Gesetzesartikel: Art. 34 Abs. 1 StGB, Art. 41 StGB, Art. 46 Abs. 1 StGB, Art. 47 Abs. 1 StGB, Art. 49 Abs. 1 StGB.

Heruntergeladen von «https://gerichte.lu.ch/recht_sprechung/lgve/Ajax?EnId=10978».

Die vorliegende Ausgabe des Entscheides ist typografisch aufbereitet. Die Aufbereitung findet automatisch statt und wird nicht überprüft, weshalb diese Fassung des Entscheides Fehler (insbesondere Auslassungen) aufweisen kann. Es wird keine Gewähr für eine vollständige und richtige Darstellung übernommen. Wer Gewähr für eine vollständige und richtige Darstellung benötigt, sei hiermit auf die amtliche Ausgabe des Entscheids (abrufbar unter der vorstehenden Internetadresse) verwiesen.

Entscheid

Aus den Erwägungen:

4.6.1.4 Die zweite Gesetzeswidrigkeit liegt darin, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Gesamtstrafenbildung zufolge des Widerrufs bedingt ausgesprochener Geldstrafen die in Art. 34 Abs. 1 StGB statuierte Obergrenze von 180 Tagessätzen überschritt.

a. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe ist die für die Probezeitdelikte ausgefallene Strafe als Einsatzstrafe einzusetzen und anschliessend durch die widerrufenen Strafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2 mit Hinweisen).

Vorliegend setzte die Vorinstanz die Einsatzstrafe für die Probezeitdelikte auf 120 Tagessätze fest. Im Rahmen der Gesamtstrafenbildung zufolge Widerrufs des bedingten Vollzugs von Geldstrafen von insgesamt 105 Tagessätzen erhöhte sie die Einsatzstrafe asperierend um 90 Tagessätze und setzte die Gesamtstrafe damit auf 210 Tagessätze fest.

Die Vorinstanz erwog, die Gesamtstrafenbildung stosse an ihre Grenzen, wenn aufgrund der neuen Delinquenz eine Gesamtstrafe von über 180 Tagessätzen adäquat sei. Es sei dem Gericht dann nur möglich, auf einen Widerruf zu verzichten und die Probezeit zu verlängern, oder bei einem Widerruf der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe für das neue Delikt eine allenfalls bedingte Freiheitsstrafe auszufällen. Ein solches Ergebnis entspreche indes unter Umständen nicht den Vorgaben von Art. 41 StGB und sei nicht verhältnismässig. Vorliegend seien keine Gründe ersichtlich, weshalb gegenüber dem Beschuldigten für die mehrfache Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB eine für ihn – anstelle einer Geldstrafe – ungünstigere Freiheitsstrafe auszusprechen sei. Gleichwohl könne es nicht angehen, dass der Beschuldigte doppelt privilegiert würde, indem auf einen Widerruf verzichtet oder die Probezeit lediglich verlängert würde. Je nach Vorgehen verletze das Gericht deshalb bei der Strafzumessung den schon immer geltenden Grundsatz in Art. 47 Abs. 1 StGB, die Strafe nach dem Verschulden zu bemessen, oder aber es übersteige das seit dem Jahr 2018 in Art. 34 Abs. 1 StGB geltende gesetzliche Höchstmass der Geldstrafe von 180 Tagessätzen. Bei derartigen Konstellationen – Widerruf einer höheren altrechtlichen Geldstrafe und neurechtliche Gesamtstrafenbildung mit einer weiteren Geldstrafe – müsse es erlaubt sein, bei der Gesamtstrafenbildung über die 180 Tagessätze hinauszugehen. Wären die zu widerrufenen Vorstrafen des Beschuldigten insgesamt noch höher ausgefallen, bspw. 180 Tagessätze und mehr, könnte man ihn andernfalls unter strikter Berücksichtigung von Art. 34 Abs. 1 StGB zu keiner zusätzlichen Geldstrafe mehr verurteilen. Eine derartige Plafonierung der Gesamtstrafe im Bereich der Geldstrafen könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein (...).

b. Der Ansicht der Vorinstanz kann aus den nachfolgenden Gründen nicht gefolgt werden.

Nach Art. 34 Abs. 1 StGB beträgt die Geldstrafe, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens 180 Tagessätze. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der auf 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Revision des Sanktionenrechts bewusst entschieden, diese Obergrenze nach Art. 49 Abs. 1 Satz 3 StGB auch bei der Gesamtstrafenbildung gelten zu lassen. Dass diese Lösung bei mehrfacher leichter Kriminalität zu unbilligen Ergebnissen führt, ist nach Bundesgericht hinzunehmen und rechtfertigt kein systemwidriges und ergebnisorientiertes Abweichen vom Willen des Gesetzgebers. Eine Gesetzesänderung ist dem Gesetzgeber vorbehalten und kann nicht auf dem Wege einer nicht gesetzeskonformen Auslegung von Art. 49 StGB erfolgen (BGE 144 IV 313 E. 1.1.3, 144 IV 217 E. 3.6).

Ebenso bewusst hat sich der Gesetzgeber im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts in Kenntnis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu aArt. 46 Abs. 1 StGB und der darin geäußerten Bedenken beim Widerruf bedingt ausgesprochener Vorstrafen für das Konzept der Gesamtstrafenbildung «in sinngemässer Anwendung» von Art. 49 StGB entschieden (BGE 145 IV 146 E. 2.3.2 und 2.3.4). Was unter sinngemässer Anwendung zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht ausformuliert. Richtig dürfte es sein, die zu Art. 49 StGB bestehende Lehre und Rechtsprechung auch bei der Gesamtstrafenbildung zufolge Widerruf zu beachten (Bertschinger, Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung, Eine Untersuchung des Asperationsprinzips nach Widerruf des bedingten Strafaufschubs, Diss. Zürich 2022, N 259). Im Lichte des Grundsatzes «nulla poena sine lege certa» wäre es jedenfalls unzulässig, aufgrund dieser Formulierung bei der Gesamtstrafenbildung zufolge Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Vorstrafe die Obergrenze der Geldstrafe zu überschreiten; dazu bedürfte es einer klaren gesetzlichen Grundlage. In der Lehre wird einhellig die Auffassung vertreten, dass die Obergrenze der Geldstrafe daher auch bei einer Gesamtstrafenbildung infolge Widerrufs zu beachten sei (Bertschinger, a.a.O., N 65; Niggli/Maeder, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? – Zur Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB, in: Festschrift für Andreas Donatsch [Hrsg. Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers], Zürich 2017, S. 160; vgl. Heimgartner, StGB/JStG Kommentar [Hrsg. Donatsch], 21. Aufl. 2022, Art. 46 StGB N 1c). Auch das Obergericht Zürich ist zu diesem Schluss gelangt (Urteile des Obergerichts Zürich SB210144 vom 7.3.2022 E. 2.6 und SB190144 vom 6.7.2021 E. 6.9.5.2). Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_968/2019 vom 14. September 2020 am Rande ebenfalls zu dieser Problematik geäußert. Es erwog, das Berufungsgericht habe verkannt, dass nach neuem Recht und neuer Rechtsprechung bei Widerruf einer bedingten Strafe eine Gesamtstrafe mit den während der Probezeit begangenen Delikten zu bilden gewesen wäre, da gleichartige Strafen vorlagen. Bei der neu vorzunehmenden Strafzumessung werde die Vorinstanz beachten müssen, dass das Gericht bei der Bildung der Gesamtstrafe an das gesetzliche Höchstmass jeder Strafart gebunden sei (E. 7.4).

Diese Erwägungen zeigen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Höchstmass einer Strafart auch bei der Gesamtstrafenbildung zufolge Widerrufs von bedingt ausgesprochenen Strafen zu beachten ist. Der Argumentation der Vorinstanz kann somit nicht gefolgt werden. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Problematik der Obergrenze der Geldstrafe anzugehen (vgl. Bertschinger, a.a.O., N 360; a.A. Heimgartner, a.a.O., Art. 46 StGB N 1c, der dies als Aufgabe der Rechtsfortbildung

betrachtet). Wie zu verfahren ist, wenn eine altrechtliche Geldstrafe widerrufen wird, die das aktuelle für die Geldstrafe vorgesehene Höchstmass von 180 Tagessätzen übersteigt, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz wird hier keine altrechtliche Geldstrafe widerrufen. Der Beschuldigte hat sämtliche Delikte, die den zu widerrufenden bedingten Geldstrafen zugrundeliegen, nach Inkrafttreten des neuen Sanktionenrechts begangen.

In der Lehre werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert, um bei der Gesamtstrafenbildung zufolge Widerrufs einer bedingten Vorstrafe der Problematik des Höchstmasses der Geldstrafe zu begegnen. Der erste Lösungsansatz besteht darin, für die Probezeitdelikte anstelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe auszusprechen (vgl. Bertschinger, a.a.O., N 245; Niggli/Maeder, a.a.O., S. 159). Dieser Lösungsansatz hilft hier jedoch nicht weiter, da das Gesetz für die vorliegenden Probezeitdelikte nur die Geldstrafe als mögliche Strafart vorsieht. Ohnehin ist es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe nur deshalb auszusprechen, um das gesetzliche Höchstmass der Geldstrafe zu umgehen (BGE 144 IV 217 E. 3.3.3 und 144 IV 313 E. 1.1.3; BGer-Urteil 6B_968/2019 vom 14.9.2020 E. 7.4; vgl. Niggli/Maeder, a.a.O., S. 159). Der zweite Lösungsansatz besteht darin, die Strafart der widerrufenen Strafe von Geldstrafe in Freiheitsstrafe zu ändern (vgl. Niggli/Maeder, a.a.O., S. 159 f.). Auch dieser Lösungsansatz ist jedoch mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Die in aArt. 46 Abs. 1 StGB noch vorgesehene Möglichkeit, die Art der widerrufenen Strafe zu ändern, wurde im neuen Sanktionenrecht abgeschafft. Zudem hat es das Bundesgericht bereits in seiner Rechtsprechung zu aArt. 46 Abs. 1 StGB abgelehnt, die widerrufenen bedingte Vorstrafe in eine schwerere Strafart umzuwandeln (BGE 145 IV 146 E. 2.1 und 137 IV 249 E. 3.4.3; ablehnend auch Niggli/Maeder, a.a.O., S. 159 f.). Als dritter Lösungsansatz wird der Verzicht auf den Widerruf der Vorstrafe bei gleichzeitiger Verlängerung der Probezeit diskutiert (Bertschinger, a.a.O., N 65; Niggli/Maeder, a.a.O., S. 160). Dagegen wird eingewandt, dieses Vorgehen sei gestützt auf den Gesetzeswortlaut bei einer offenkundigen Schlechtprognose nicht vertretbar (Bertschinger, a.a.O., N 65; Niggli/Maeder, a.a.O., S. 160). Dem ist zuzustimmen. Es ist wie bei der Strafartenwahl unzulässig, auf den Widerruf im Rahmen der Gesamtstrafenbildung ergebnisorientiert zum Nachteil der beschuldigten Person zu verzichten. Vorliegend kommt hinzu, dass die Widerrufe der bedingt ausgesprochenen Geldstrafen bereits in Rechtskraft erwachsen sind.

Zusammengefasst hat der gesetzgeberische Wille zur Begrenzung der Geldstrafe auf maximal 180 Tagessätze zur Folge, dass im Rahmen der Gesamtstrafenbildung eine widerrufenen Vorstrafe womöglich zu einem Grossteil oder gar vollständig von der für die Probezeitdelikte ausgesprochenen Strafe absorbiert wird. Die klare Gesetzeslage lässt keinen Spielraum für abweichende Lösungen und ist zu respektieren. Die Vorinstanz hat das Recht verletzt, indem sie zur Verhinderung dieser Absorption das Höchstmass der Geldstrafe überschritt. Die Änderung der aktuellen Rechtslage ist dem Gesetzgeber vorbehalten.