

Sind allerdings die Voraussetzungen für die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit gegeben, so ist das neue Recht milder.

Eine Besonderheit ist für den Tatbestand von Art. 294 StGB (Übertretung eines Berufsverbotes) zu vermerken. Früher wurde die Tat mit Haft (bis zu drei Monaten, Art. 39 Ziff. 1 aStGB) oder Busse bedroht, neu mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Art. 294 StGB ist die einzige Bestimmung, die der Gesetzgeber anlässlich der Revision mit Absicht von einer blossen Übertretung zu einem Vergehen heraufstufte. Weil die Vergehensstrafe und der damit verbundene Vorwurf neu schwerer wiegen, liegt darin eine Verschärfung, die dem Rückwirkungsverbot untersteht (vgl. BGE 114 IV 1 E. 2a S. 4), es sei denn, im konkreten Fall stünden sich eine Busse und eine bedingte Geldstrafe gegenüber.

[...]

7.5. Vorliegend stehen sich altrechtlich eine Busse von 1'500 Franken und neurechtlich eine bedingte Geldstrafe in Kombination mit einer Verbindungsbusse gegenüber. Aus dem Dargelegten (insbesondere E. 7.2.4) folgt, dass die nach neuem Recht auszufällende Sanktion die mildere ist, wie Vorinstanz und Staatsanwaltschaft zutreffend annehmen.

[...]

8.3 Gesondert zu prüfen ist die Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB im Sanktionsbereich der sogenannten Schnittstellenproblematik namentlich beim Strassenverkehrsstrafrecht.

Diese Problematik besteht bei der gleichzeitigen Sanktionierung von Übertretungs- und Vergehenstatbeständen, die in unechter Gesetzeskonkurrenz stehen, wie das die vorliegende Fallkonstellation illustriert [...]. In solchen Fällen, in denen die Strafe für ein Vergehen eine Übertretung konsumiert, also sowohl ein Vergehen als auch eine Übertretung vorliegen, Letztere aber durch die Vergehensstrafe als abgegolten gilt, sprechen die gesetzgeberische Zielsetzung, der Normzweck und die Rechtsgleichheit dafür, einen Teil der schuldangemessenen Geldstrafe als unbedingte Geldstrafe oder als Busse auszuscheiden und zu verhängen. Wer das Vergehen begeht, soll nicht besser wegkommen als wer sich lediglich der konsumierten Übertretung strafbar macht.

Ein zusätzlicher Gesichtspunkt ergibt sich aus der Konsequenz der unechten Gesetzeskonkurrenz, dass nur die vorrangige Norm anzuwenden ist. Entspricht das Verhältnis der Rechtsfolge jenem der Tatbestände nicht, sollte der verdrängten Norm eine «Sperrwirkung des milderen Gesetzes» zugesprochen werden, um zu verhindern, dass die Anwendung des vorrangigen Gesetzes den Täter ohne sachlichen Grund begünstigt (GÜNTER STRATENWERTH, StGB AT I, S. 485 f.; vgl. BGE 117 IV 286 E. 4c).

Auch materiell erscheint es ungerecht, wenn im Ergebnis die Übertretung strenger bestraft wird als das auch noch die Übertretung konsumierende und damit enthaltende Vergehen. Angesichts der oben dargelegten konkreten Betrachtungsweise zur Bestimmung des milderen Rechts lässt sich

diese Inkonsequenz auch nicht damit entkräften, dass die Geldstrafe (Art. 34 StGB) nach dem sozialetischen Vorwurf und in abstrakter Betrachtungsweise mit bis zu 360 Tagessätzen zu 3000 Franken als härtere Sanktion als die Busse mit einem Höchstbetrag von 10'000 Franken (sofern es das Gesetz nicht anders bestimmt; Art. 106 StGB) erscheinen mag. Da die Geldstrafe in der Regel aufzuschieben ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), kommt der Betroffene im Ergebnis besser weg, weil er sie nicht bezahlen muss, wenn er sich bis zum Ablauf der Probezeit bewährt (Art. 45 StGB). In sein Vermögen wird weniger eingegriffen als mit einer Busse, weil die Bestimmungen über die bedingte und die teilbedingte Strafe auf diese keine Anwendung finden (Art. 105 Abs. 1 StGB). Es wird zwar eine Zielsetzung des Gesetzes erreicht, wenn der Täter von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten wird. Materielle Straferechtigkeit ist damit aber nicht gewährleistet. Die neben der Primärstrafe praxisgemässe Sanktionierung einer zusätzlichen Übertretung mit einer Busse (BGE 102 IV 242 E. 5) gilt daher auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 4 StGB bei unechter Gesetzeskonkurrenz. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

[...]

Bemerkungen:

6B-109/2007

I. Das Bundesgericht hat hier, obwohl an sich einzig die Frage einer obligatorischen Verbindungsbusse nach Art. 42 Abs. 4 StGB zu prüfen gewesen ist, auch Grundsatzfragen des neuen Sanktionensystems und des intertemporalen Kollisionsrechts dargestellt und geklärt. Seine Ausführungen sind grösstenteils sorgfältig und hilfreich. Meine Bemerkungen beschränke ich auf jene Punkte, welche ich anders beurteile.

II. Die Auffassung, die altrechtliche Vergehensbusse (im Geldsummensystem) und die Geldstrafe (im Tagessatzsystem) seien qualitativ gleichwertig, und die Geldstrafenbemessung solle nicht etwa eine strengere Sanktion ermöglichen, sondern das bereits unter dem früheren Recht geltende Prinzip, dass der wirtschaftlich Starke nicht minder hart getroffen werde als der wirtschaftlich Schwache, besser verwirklichen (E. 7.2.4), scheint mir nicht richtig. Auch die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [...] vom 21. September 1998, in BBl 1999 1979, 2017, sagt zwar, die Busse solle künftig Geldstrafe heissen, wo sie nicht bloss der Sanktionierung von Übertretungen diene. Trotzdem ist m.E. die neurechtliche Geldstrafe eine schärfere Sanktion als die altrechtliche Vergehensbusse, die (als einzige Strafe) nur für ein relativ leichtes Verschulden ausgefällt worden ist, grundsätzlich einen Höchstbetrag von CHF 40 000.– vorgesehen hat (Art. 48 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB), im Strafregister nach zehn Jahren (Art. 80 Ziff. 1 Abs. 5 aStGB) oder vorzeitig (Art. 49 Ziff. 4 aStGB) gelöscht worden ist und bei Nichtbezahlung in höchstens 3 Monate Haft hat umgewandelt werden kön-

nen (Art. 49 Ziff. 3 aStGB). Die Geldstrafe ersetzt dagegen, soweit sie ausgefällt wird, nicht nur die altrechtliche Busse, sondern auch die altrechtliche Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr, ist also auch für ein schwereres Verschulden vorgesehen. Insbesondere ersetzt die bedingte Geldstrafe unter 180 Tagessätzen die bedingte altrechtliche Gefängnisstrafe unter 6 Monaten (die Ausfällung einer bedingten Freiheitsstrafe von weniger als 6 Monaten ist nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 42 Abs. 1 StGB nicht möglich). Auch kann die Geldstrafe bis zu CHF 1080000.– betragen (Art. 34 StGB), und bei Nichtbezahlung sind bis zu 360 Tage Freiheitsstrafe zu vollziehen. Es darf folglich nicht allein darauf abgestellt werden, dass die Busse, welche sofort zu vollziehen ist, stärker ins Vermögen des Betroffenen eingreift als die bedingte Geldstrafe, sondern es ist der Gesetzessystematik Rechnung zu tragen und (entgegen E. 7.2.4) die Geldstrafe stets als schärfere Sanktion einzustufen als die altrechtliche Vergehensbusse, welche es im neuen Recht nicht mehr gibt. Mit andern Worten ist bei einer altrechtlichen Vergehensbusse das neue Recht auch nicht anwendbar, wenn eine bedingte Geldstrafe ausgefällt werden könnte.

III. Folgt man dieser Argumentation, ergibt sich konsequenterweise, dass (entgegen E. 7.2.4 und E. 7.5) eine Busse immer milder ist als eine Geldstrafe, was auch bei Verbindung einer Freiheitsstrafe mit einer pekuniären Strafe gilt (entgegen E. 7.2.5 und E. 7.2.7).

IV. Ist die im vorstehenden Entscheid in E. 7.2.4 geäusserte Auffassung des Bundesgerichts betreffend das Verhältnis einer altrechtlichen Vergehensbusse zu einer Geldstrafe allenfalls noch einigermaßen vertretbar, so kann dies für die in E. 7.3 dargestellte nicht mehr gelten. Das Bundesgericht führt zwar richtig aus, dass der altrechtlich als Übertretung, nach neuem Recht aber als Vergehen ausgestaltete Art. 294 StGB (Übertretung eines Berufsverbots) milder sei, weshalb das neue Recht dem Rückwirkungsverbot unterliege, ergänzt dann aber, «es sei denn, im konkreten Fall stünden sich eine Busse und eine bedingte Geldstrafe gegenüber». Eine Verurteilung wegen einer (alt- oder neurechtlichen) Übertretung ist immer milder als eine Verurteilung wegen eines Vergehens. Es kann doch nicht sein, dass ein Schuldspruch wegen eines (neurechtlichen) Vergehens anstelle eines solchen wegen einer (altrechtlichen) Übertretung ausgefällt wird, nur weil dann, statt einer Übertretungsbusse, eine bedingte Geldstrafe ausgefällt werden kann. Konsequenterweise müsste bei einer solchen Beurteilung der Dinge, sobald eine bedingte Geldstrafe möglich ist, generell auf ein Vergehen statt auf eine Übertretung erkannt werden (z.B. auf eine grobe Verkehrsregelverletzung i.S. von Art. 90 Ziff. 2 SVG statt auf eine einfache i.S. von Art. 90 Ziff. 1 SVG, oder auf einen gewöhnlichen Diebstahl i.S. von Art. 139 Ziff. 1 StGB statt auf einen solchen mit geringem Vermögenswert i.S. von Art. 139 Ziff. 1 i.V. mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB, oder auf eine Widerhandlung gegen Art. 116 Abs. 1 AuG, ohne Annahme eines leichten Falls i.S. von Art. 116 Abs. 2 AuG).

V. Nach Auffassung des Bundesgerichts (E. 8.3) soll im Sanktionsbereich der sogenannten Schnittstellenproblematik, namentlich beim Strassenverkehrsstrafrecht, bei unechter Gesetzeskonkurrenz zwischen Übertretungs- und Vergehenstatbeständen, neben einer bedingten Geldstrafe obligatorisch gestützt auf Art. 42 Abs. 4 StGB eine Busse oder eine unbedingte Geldstrafe ausgefällt werden, denn wer das Vergehen begehe, solle nicht besser wegkommen als derjenige, der sich lediglich der konsumierten Übertretung schuldig mache. Diese Auffassung wird auch in WIPRÄCHTIGER, Die Sanktionen des AT StGB – taugliche Instrumente?, ZStrR 128 (2008), 364, 379, dargestellt und im BGer, Urteil v. 30.4.2009, 6B_2008, E. 2.1, wiederholt. Merkwürdigerweise führt dann das Bundesgericht dort in E. 2.2 weiter aus, die Verbindungsbusse oder unbedingte Verbindungsgeldstrafe sei nur im Fall der unechten Gesetzeskonkurrenz zwischen einer Übertretung und einem Vergehen obligatorisch, nicht aber, wenn der Täter einen Tatbestand erfülle, der bei geringer Schuld und Tatfolgen als Übertretung, bei höherer Schuld aber als Vergehen ausgestaltet sei, wie beispielsweise bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit (Art. 90 Ziff. 1 und 2 SVG) oder bei Fahren in angetrunkenem Zustand (Art. 91 Abs. 1 SVG). Dort soll dann die obligatorische Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB gegen die Formulierung als Kann-Vorschrift verstossen und die Strafenkombination im Ermessen des Richters liegen. Diese Rechtsprechung ist meines Erachtens nicht konsequent, sondern widersprüchlich. Richtigerweise ist angesichts der Kann-Vorschrift von Art. 42 Abs. 4 StGB nach den allgemeinen Regeln, die das Bundesgericht in BGE 134 IV 60, 74 ff. E. 7.3 aufgestellt hat, zu entscheiden, ob eine Kombinationsstrafe ausgefällt werden soll, und die Gesetzeskonkurrenz zwischen einer Übertretung und einem Vergehen ist nicht als Sonderfall zu behandeln. Die gegenteilige Auffassung relativiert das klare Prinzip der Gesetzeskonkurrenz, wonach sich in den Fällen unechter Ideal- oder Realkonkurrenz Schuldspruch und Strafe ausschliesslich nach derjenigen Bestimmung richten, welche das vom Täter erfasste Unrecht voll erfasst (DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, 393). Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts (E. 8.3) liegt auch kein Fall für eine Sperrwirkung des mildereren Rechts (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 18 N 13) vor, denn ein Täter A, welcher wegen eines Vergehens mit einer bedingten Geldstrafe bestraft wird, ist bei richtiger Betrachtungsweise nicht besser gestellt als ein Täter B, der lediglich eine (vom Täter A ebenfalls erfüllte, aber vom zusätzlichen Vergehen konsumierte) Übertretung begangen hat. Die von STRATENWERTH, § 18 N 13 zitierten Beispiele betreffend Geiselnahme/qualifizierte Erpressung und betreffend Bestechlichkeit/ungetreue Amtsführung sind völlig anders gelagert und mit diesem Fall nicht vergleichbar.

Oberrichter Urs Wuffli, Präsident des aargauischen obergerichtlichen Strafgerichts