Urteilskopf

134 IV 60

9. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Beschwerde in Strafsachen) 6B_366/2007 vom 17. März 2008

Regeste (de):
Art. 34 StGB, Geldstrafe/Bemessung.

Grundlagen und Zweck der Geldstrafe im neuen Sanktionensystem (E. 4). Grundsätze zur Bemessung der Geldstrafe (E. 5). Einkommen, Vermögen, Lebensaufwand, Familien- und Unterstützungspflichten, persönliche Verhältnisse und Existenzminimum als Kriterien zur Bemessung von Geldstrafen (E. 6). Regeste b Art. 41 StGB, kurze unbedingte Freiheitsstrafe.

Wegen der Subsidiarität von Freiheitsstrafen im Bereich unter sechs Monaten hat das Gericht vorab zu prüfen, ob eine Geld- oder Arbeitsstrafe vollziehbar wäre. Anforderungen an Stellung und Begründung dieser Vollstreckungsprognose (E. 8).

Regeste (fr):
Art. 34 CP, peine pécuniaire/mesure de la peine.

Fondements et but de la peine pécuniaire dans le nouveau système des sanctions (consid. 4). Principes régissant la mesure de la peine pécuniaire (consid. 5). Revenu, fortune, train de vie, obligations d'assistance en particulier familiales, circonstances personnelles et minimum vital en tant que critères déterminant la peine pécuniaire (consid. 6). Regeste b Art. 41 CP, courte peine privative de liberté sans sursis.

En raison du caractère subsidiaire des peines privatives de liberté inférieures à six mois, le juge doit examiner en premier lieu si une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général auraient des chances d'être exécutés. Exigences quant au pronostic relatif à l'exécution et à la motivation de celui-ci (consid. 8).

Regesto (it):
Art. 34 CP, pena pecuniaria/commisurazione.

Fondamenti e funzione della pena pecuniaria nel nuovo sistema delle sanzioni (consid. 4). Principi per la commisurazione della pena pecuniaria (consid. 5). Reddito, sostanza, tenore di vita, obblighi familiari e assistenziali, situazione personale e minimo vitale quali criteri per la commisurazione della pena pecuniaria (consid. 6). Regesto b Art. 41 CP, pena detentiva di breve durata senza condizionale.

A causa della sussidiarietà delle pene detentive inferiori a sei mesi, il giudice deve esaminare anzitutto se una pena pecuniaria o un lavoro di pubblica utilità possano essere eseguiti. Esigenze relative alla formulazione e alla motivazione di una simile prognosi sull'esecuzione (consid. 8).

Regeste b

Art. 42 und 43 StGB, bedingte und teilbedingte Geldstrafen; Verbindungsgeldstrafe. Voraussetzungen der Gewährung des bedingten und teilbedingten Geldstrafenaufschubs (E. 7.1 und 7.2). Möglichkeiten, eine bedingte Geldstrafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse zu verbinden (E. 7.3). Abgrenzung der Strafenkombination von der teilbedingten Geldstrafe (E. 7.4).

Regeste c

Art. 41 StGB, kurze unbedingte Freiheitsstrafe.
Wegen der Subsidiarität von Freiheitsstrafen im Bereich unter sechs Monaten hat das Gericht vorab zu prüfen, ob eine Geld- oder Arbeitsstrafe vollziehbar wäre. Anforderungen an Stellung und Begründung dieser Vollstreckungsprognose (E. 8).
Sachverhalt ab Seite 61

BGE 134 IV 60 S. 61

A. X. wird unter anderem vorgeworfen, sich spätestens seit dem 30. März 2004 illegal in der Schweiz aufgehalten zu haben. Am 2. Mai 2005 soll er für eine Bahnfahrt von Bern nach Basel unerkannt das Halbtax-Abonnement seines Bruders benutzt und sodann nach seiner Ankunft zusammen mit Y. in verschiedenen Geschäften der Basler Innenstadt Kleider gestohlen haben.

B. Am 26. September 2005 wurde X. vom Strafgerichtspräsidenten Basel-Stadt des mehrfachen, teilweise im Sinne von Art. 21 Abs. 1 aStGB versuchten Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 StGB), der Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; AS 1949 I 225) sowie der Widerhandlung gegen Art. 51 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (Transportgesetz, TG; SR 742.40) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über den Transport im öffentlichen Verkehr (Transportverordnung, TV; SR 742.401) für schuldig befunden und mit fünf unbedingt vollziehbaren Monaten Gefängnis sowie einer Busse von Fr. 50.- bestraft.

BGE 134 IV 60 S. 62

C. Auf Appellation X.s hin bestätigte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 7. März 2007 das erstinstanzliche Urteil im Schuld- und Strafpunkt, wobei anstatt auf eine fünfmonatige Gefängnis-, auf eine ebenso lange unbedingte Freiheitsstrafe erkannt wurde.

D. Gegen dieses Urteil erhebt X. Beschwerde in Strafsachen, mit der er bezüglich des Diebstahls und der ausländerrechtlichen Widerhandlung einen Freispruch, in Bezug auf die Übertretung des Transportgesetzes einen Schuldspruch verlangt. Eventualiter sei das angefochtene Urteil im Strafpunkt aufzuheben und sei er zu einer "Geldbusse" oder zu gemeinnütziger Arbeit zu verurteilen. Subeventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner verlangt er die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung.

E. Auf Vernehmlassung hin reichten das Appellationsgericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt je eine auf Abweisung schliessende Stellungnahme zur Beschwerde ein. Diese wurden X. zur Vernehmlassung unterbreitet. Mit Schreiben vom 20. September 2007 reichte er seine Stellungnahme ein, mit der er an seinen ursprünglichen Anträgen festhält. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Strafpunkt gut und weist sie im Übrigen ab, soweit darauf einzutreten ist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Ausfällung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe Art. 41 StGB verletze.

3.1 Die Dauer der Freiheitsstrafe beträgt in der Regel mindestens sechs Monate (Art. 40 StGB). Auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten kann das Gericht nach Art. 41 StGB nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nach Art. 42 StGB nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Abs. 1). Es hat diese Strafform näher zu begründen (Abs. 2). Darüberhinaus kommen kurze Freiheitsstrafen nur noch als Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 und 39 StGB) in Frage, sofern der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und sie auf dem Betreibungsweg uneinbringlich ist bzw. soweit der Verurteilte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung nicht leistet. Mit der Bestimmung von Art. 41 StGB hat der Gesetzgeber für Strafen bis zu sechs Monaten eine

gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (BGE 134 IV 82 E. 4.1 S. 84 mit Hinweis auf GOran MAZZUCCHELLI, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 41 StGB N. 11/38). Dahinter steckt das zentrale Anliegen des reformierten Sanktionenrechts, die sozial desintegrierenden kurzen Freiheitsstrafen möglichst zurückzudrängen (vgl. BGE 134 IV 97 E. 4.2.2 S. 101 m.w.H). Eine unbedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kommt nach neuem Recht somit nur noch ausnahmsweise in Betracht. Sie ist nach Art. 41 StGB nur möglich, wenn ein bedingter Aufschub nicht möglich und gleichzeitig der Vollzug von Arbeits- oder Geldstrafen nicht zu erwarten ist. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

3.2 Das Gericht schiebt den Vollzug gemäss Art. 42 StGB in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Abs. 1). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2). Im hier zu beurteilenden Fall scheidet der bedingte Strafvollzug nach Art. 42 StGB sowohl wegen der Renitenz des Beschwerdeführers (Abs. 1) als auch aus objektiven Gründen (Abs. 2) aus. Er wurde am 23. Mai 2001 und somit weniger als fünf Jahre vor der Tat vom 2. Mai 2005 zu einer 40-monatigen Gefängnisstrafe verurteilt, welche er bis zum 16. Juni 2002 verbüsste. Die Voraussetzungen zur Ausfällung einer unbedingten Strafe sind somit gegeben.

3.3 Das Bundesgericht hält in einem Grundsatzentscheid fest, dass sich die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit nur rechtfertigen lasse, solange wenigstens Aussicht besteht, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf. Sinn der Arbeitsstrafe ist die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten (vgl. BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4 S. 110 m.w.H). Dieses Ziel lässt sich im vorliegenden Fall nicht erreichen, da der Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz mit Sicherheit ausgeschlossen ist. Während in jenem Entscheid eine Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung nicht auszuschliessen war, ist hier über die fehlende Anwesenheitsberechtigung des Beschwerdeführers endgültig gerichtlich entschieden worden. Es steht fest, dass er die

Schweiz verlassen muss. Die gemeinnützige Arbeit hat als unzweckmässige Sanktion daher auszuscheiden.

3.4 Nachdem die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nach Art. 42 StGB zu Recht als nicht gegeben eingestuft wurden und eine Arbeitsstrafe ausscheidet, bleibt noch die gegenüber kurzen Freiheitsstrafen ebenfalls vorrangige Geldstrafe zu prüfen. Nachfolgend werden zunächst die allgemeinen Voraussetzungen der Ausfällung und Bemessung von Geldstrafen im Detail dargestellt (E. 4-6), bevor in einem zweiten Schritt zur Frage des Geldstrafenaufschubs Stellung zu nehmen ist (E. 7). Erst auf dem Fundament dieser allgemeinen Überlegungen lässt sich in einem dritten Schritt das vorliegend interessierende Verhältnis zwischen Geldstrafen und kurzen unbedingten Freiheitsstrafen erschliessen (E. 8).

4.

4.1 Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002 in Kraft getreten (AS 2006 S. 3459). Für Vergehen und Verbrechen führte die Revision als neue Sanktionsart die Geldstrafe ein (Art. 34 StGB). Im Unterschied zur Busse, die sich nach dem Gesamtsummensystem bemisst und nur noch für Übertretungen zur Verfügung steht (Art. 103 StGB), wird sie im Tagessatzsystem verhängt. Die Geldstrafe ist eine Sanktion am Rechtsgut Vermögen, die beim Täter eine Einschränkung des Lebensstandards und Konsumverzicht bewirken soll. Darin liegt ihr Strafzweck (ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 34 StGB N. 13 mit Hinweisen).

4.2 Die Einführung der Geldstrafe auf der Grundlage des Tagessatzsystems geht auf ein langjähriges, weit verbreitetes Postulat zurück. Bereits im Jahre 1892 hielt CARL STOOSS dafür, "am Richtigsten werde es sein, für die Geldstrafe keine festen gesetzlichen Sätze zu bestimmen, sondern entweder die Vermögenslage durch den Richter frei würdigen zu lassen oder als Einheit das tägliche oder monatliche oder jährliche Einkommen des zu Bestrafenden zu Grunde zu legen" (Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, 1. Bd., Basel 1892, S. 380). Mehrere europäische Rechtsordnungen führten die Geldstrafe vor Jahrzehnten ein im Bestreben, die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen, die Vermögenssanktion gerechter zu bemessen und ihren Anwendungsbereich zu erweitern (siehe GERHARDT GREBING, Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung, in: Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, Hans-Heinrich

Jescheck/Gerhard Grebing [Hrsg.], Baden-Baden 1978, S. 1195 ff., 1206 ff.; ders., Geldstrafenverhängung nach dem Tagessatzsystem im deutschen Recht, ZStrR 98/1981 S. 45 ff.).

4.3 Die Revision des Sanktionensystems in der Schweiz verfolgt die nämlichen Ziele. Die bundesrätliche Botschaft nennt als zentrales Anliegen die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe, die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Geldstrafe sowie die Einführung des Tagessatzsystems, um sie transparenter und gerechter zu bemessen. Die bedeutende Stellung der Geldstrafe im Sanktionensystem soll zum Ausdruck gebracht werden, indem sie das Kapitel über die Strafen einleitet (Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [im Folgenden: Botschaft 1998], BBl 1999 S. 2017, 2019, 2032, ferner S. 1984 f.). Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches waren entsprechende Anpassungen erforderlich. Bei allen Vergehen oder Verbrechen, die bisher die Ausfällung einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr ermöglichten, ist neu Geldstrafe wahlweise neben Freiheitsstrafe angedroht, auch dort, wo früher keine Busse verhängt werden konnte (z.B. Art. 139 Ziff. 1 StGB; siehe die Übersicht über die Anpassungen in Ziff. II/1 Abs. 1-16 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Änderung des Strafgesetzbuches [AS 2006 S. 3502 ff.]).

5.

5.1 Die Bemessung der Geldstrafe wird in Art. 34 StGB wie folgt geregelt: 1 Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze. Das Gericht bestimmt deren Zahl nach dem Verschulden des Täters. 2 Ein Tagessatz beträgt höchstens 3'000 Franken. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum. 3 Die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden geben die für die Bestimmung des Tagessatzes erforderlichen Auskünfte. 4 Zahl und Höhe der Tagessätze sind im Urteil festzuhalten.

5.2 Die Bedeutung der Geldstrafenbemessung im Tagessatzsystem wird durch die Absatz-Gliederung von Art. 34 StGB angezeigt. Die Bemessung erfolgt in zwei selbständigen Schritten, die strikt auseinanderzuhalten sind. Zunächst bestimmt das Gericht die Anzahl der

Tagessätze nach dem Verschulden des Täters (Abs. 1). Im Anschluss daran hat es die Höhe des Tagessatzes nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen festzusetzen (Abs. 2). Der Gesamtbetrag der Geldstrafe, die dem Verurteilten auferlegt wird, ergibt sich erst aus der Multiplikation von Zahl und Höhe der Tagessätze. Beide Faktoren sind im Urteil getrennt festzuhalten (Abs. 4). Die Geldstrafenbildung wird auf diese Weise transparenter und zwingt dazu, genauer zu ermitteln, was ein bestimmter Betrag für den einzelnen Täter in seiner konkreten finanziellen Situation bedeutet. Zudem soll die Geldstrafe im unteren Sanktionsbereich gleichwertig an die Stelle von insbesondere kurzen Freiheitsstrafen treten und mehr als eine blosse "Busse" sein (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006 [im Folgenden: StGB AT II], § 2 Rz. 5 S. 64).

5.3 Die Bemessung der Tagessatzanzahl richtet sich nach dem Verschulden (erster Schritt). Dabei gilt die allgemeine Regel von Art. 47 StGB, wonach das Gericht neben dem Verschulden im engeren Sinn (Art. 47 Abs. 2 StGB; sog. Tatkomponenten) das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 Abs. 1 StGB; sog. Täterkomponenten). In der Anzahl Tagessätze schlägt sich das Strafmass nieder. Für den Fall, dass die Geldstrafe nicht bezahlt und voraussichtlich auch auf dem Betreibungsweg uneinbringlich ist, schreibt das Gesetz vor, dass ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe entspricht (Art. 36 Abs. 1 StGB). Bei der Festsetzung der Anzahl Tagessätze sind die persönlichen Verhältnisse und eine allenfalls erhöhte Strafempfindlichkeit im Sinne von Art. 47 Abs. 1 StGB nur zu berücksichtigen, soweit sie nicht die aktuelle finanzielle Situation des Täters betreffen. Denn seine "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils" stellen das Kriterium für die Bemessung der Höhe des Tagessatzes dar, das vom Verschuldenskriterium streng zu trennen ist. Eine doppelte Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belastbarkeit bzw. Strafempfindlichkeit bei der Anzahl und der Höhe des Tagessatzes ist ausgeschlossen (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 40).

5.4 Die Bemessung der Tagessatzhöhe (zweiter Schritt) stellt das Kernproblem der Geldstrafenbemessung dar. Dabei geht es um die Festsetzung des strafenden Gehaltes des Tagessatzes in einem individualisierenden Anpassungsakt. In rechtsvergleichender Hinsicht

lassen sich das Nettoeinkommensprinzip und das Einbusse- oder Zumutbarkeitsprinzip unterscheiden. Nach dem erstgenannten Prinzip ist in der Regel vom Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter durchschnittlich an einem Tag hat oder haben könnte (so ausdrücklich § 40 Abs. 2 Satz 2 deutsches StGB). Korrekturen im unteren und oberen Bereich der Anwendungsbreite sind möglich (JOACHIM HÄGER, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Berlin 2006, § 40 N. 25 und 53 ff.). Dem steht das Einbusseprinzip gegenüber, wonach die Geldstrafe so zu bemessen ist, dass (nur) eine Abschöpfung der Einkommensspitze auf einen vergleichsweise geringen, dem Existenzminimum nahe kommenden Betrag und zugleich eine fühlbare Herabsetzung des Lebensstandards eintritt (ERNST EUGEN FABRIZY, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Wien 2006, § 19 N. 3 STGB; RUDOLF LÄSSIG, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Frank Höpfel/Eckart Ratz [Hrsg.], 2. Aufl., Wien 2007, § 19 N. 8). Aufgrund von Relativierungen haben sich die beiden Bemessungsprinzipien zwar angenähert, doch bleibt die Unterscheidung im Hinblick auf das Existenzminimum nicht ohne Bedeutung (vgl. GERHARDT GREBING, Probleme der Tagessatz-Geldstrafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZStrW]88/1976 S. 1062 ff., 1065; SANDRO CIMICHELLA, Die Geldstrafe im Schweizerischen Strafrecht, Bern 2006, S. 61 ff.). Der Entwurf des Bundesrates (Art. 34 Abs. 2) sah vor, dass das Gericht bei der Bestimmung der Höhe des Tagessatzes in der Regel vom Nettoeinkommen ausgeht, das der Täter im Zeitpunkt des Urteils durchschnittlich hat. Das Einbussesystem lehnt die Botschaft entschieden ab. Zur Begründung wird ausgeführt, dass sonst die Ausfällung einer Geldstrafe für die einkommensschwächsten Täter von vornherein ausgeschlossen wäre. Deshalb dürfe der Tagessatz nicht mit dem Einkommen gleichgesetzt werden, das dem Täter über das betreibungsrechtliche Existenzminimum hinaus verbleibe (Botschaft 1998 S. 2021).
Die Gesetz gewordene Wendung, wonach es auf die Würdigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ankommt, geht auf den erstberatenden Ständerat zurück, der dem Gericht mehr Ermessen einräumen wollte. Der Nationalrat fügte dann einzelne Bemessungskriterien (darunter das Existenzminimum) hinzu, ohne diese allerdings zu erläutern. Die eidgenössischen Räte haben um die Fassung von Art. 34 Abs. 2 StGB heftig gerungen, namentlich aufgrund der geäusserten Bedenken, ohne Mindesttagessatz könne die

Geldstrafe zu lächerlichen Ergebnissen führen. Von der Festlegung einer minimalen Höhe des Tagessatzes wurde schliesslich abgesehen. Unabhängig davon blieb in der parlamentarischen Beratung jedoch stets unbestritten, dass die Geldstrafe auch für Mittellose zur Verfügung stehen soll. Eine Abkehr vom Nettoeinkommensprinzip oder gar eine Zuwendung zum Einbusseprinzip lässt der Gesetzgebungsprozess nicht erkennen (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 35 und 43 mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte; MARTIN KILLIAS, Eine unlösbare Aufgabe: die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: Brigitte Tag/Max Hauri [Hrsg.], Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich 2006, S. 109 ["Art. 34 Abs. 2 StGB beruht klar auf dem Nettoeinkommenssystem"]; vgl. ferner JÜRG SOLLBERGER, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 121/2003 S. 252 ff.; ders., Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht [im Folgenden: Die neuen Strafen], in: Felix Bänziger/ Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 41).
Nach Massgabe der gesetzlichen Bemessungskriterien und des Nettoeinkommensprinzips sind im Folgenden die Grundsätze zu entwickeln, nach denen die Höhe des Tagessatzes festzusetzen ist.

6.

6.1 Ausgangspunkt für die Bemessung bildet das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufliesst, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Denn massgebend ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (vgl. BGE 116 IV 4 E. 3a S. 8). Zum Einkommen zählen ausser den Einkünften aus selbständiger und unselbständiger Arbeit namentlich die Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb, aus der Land- und Forstwirtschaft und aus dem Vermögen (Miet- und Pachtzinsen, Kapitalzinsen, Dividenden usw.), ferner privat- und öffentlichrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge, Renten, Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen sowie Naturaleinkünfte (Botschaft 1998 S. 2019). Was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufliesst, ist abzuziehen, so die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung, sowie die notwendigen Berufsauslagen bzw. bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftsunkosten (Botschaft 1998 S. 2019). Das Nettoprinzip verlangt, dass bei den ermittelten Einkünften - innerhalb

der Grenzen des Rechtsmissbrauchs - nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen sind. Der Ermittlung des Nettoeinkommens können in der Regel die Daten der Steuerveranlagung zu Grunde gelegt werden (vgl. Art. 34 Abs. 3 StGB). Der Begriff des strafrechtlichen Einkommens im Sinne von Art. 34 Abs. 2 StGB ist allerdings mit jenem des Steuerrechts nicht identisch, was namentlich bei Selbständigerwerbenden, Wohneigentümern oder Stipendien-Bezügern von Bedeutung sein kann. Bei stark schwankenden Einkünften ist es unvermeidlich, auf einen repräsentativen Durchschnitt der letzten Jahre abzustellen. Dem steht nicht entgegen, dass die Verhältnisse im Zeitpunkt des sachrichterlichen Urteils massgebend sind (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 StGB). Denn diese Regel will nur besagen, dass das Gericht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit möglichst aktuell und genau zu ermitteln hat und zwar im Hinblick auf den Zeitraum, in dem die Geldstrafe zu zahlen sein wird. Daraus folgt, dass künftige Einkommensverbesserungen oder Einkommensverschlechterungen zu berücksichtigen sind, jedoch nur, wenn sie konkret zu erwarten sind und unmittelbar bevorstehen (siehe DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 51; CIMICHELLA, a.a.O., S. 85; HÄGER, a.a.O., § 40 N. 51). Wenn die Einkünfte hinter den Beträgen zurückbleiben, die der Täter in zumutbarer Weise erzielen könnte oder auf die er (z.B. nach Art. 164 oder 165 ZGB) Anspruch hätte, so ist von einem potentiellen Einkommen auszugehen (vgl. BGE 116 IV 4 E. 4d S. 10; STRATENWERTH, StGB AT II, § 2 Rz. 8 S. 65). Bei der Frage nach der Zumutbarkeit ist die persönlich gewählte Lebensführung zu berücksichtigen. Davon ist die Konstellation zu unterscheiden, dass der Täter keine oder unglaubhafte Aussagen zu seinen Einkommensverhältnissen macht und die behördlichen Auskünfte dazu (Art. 34 Abs. 3 StGB) unergiebig sind. Alsdann ist auf ein hypothetisches Einkommen abzustellen, das sich am (geschätzten) Lebensaufwand orientiert (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 55).

6.2 Weiter nennt das Gesetz das Vermögen als Bemessungskriterium. Gemeint ist die Substanz des Vermögens, da dessen Ertrag bereits Einkommen darstellt. Die Frage, ob und in welchem Ausmass das Vermögen zur Bestimmung des Tagessatzes heranzuziehen ist, beantwortet sich nach Sinn und Zweck der Geldstrafe. Wer seinen Lebensunterhalt aus laufenden Einkommen bestreitet, soll die

Geldstrafe daraus bezahlen und sich in seiner gewohnten Lebensführung einschränken müssen, gleichviel, ob es sich um Arbeits-, Vermögens- oder Rentenertrag handelt. Fehlendes Vermögen stellt insoweit keinen Grund dar, die Höhe des Tagessatzes zu senken, ebenso wenig wie vorhandenes Vermögen zu einer Erhöhung führen

soll. Denn die Geldstrafe will den Täter in erster Linie in seinem Einkommen treffen und nicht in den Quellen, aus denen es fliesst. Auch ist nicht einzusehen, weshalb ein Täter, der durch eigene Leistung oder vergangenen Konsumverzicht Vermögen äufnete, schlechter gestellt werden sollte, als jener, der es in der Vergangenheit ausgegeben hat. Es kann nicht der Sinn der Geldstrafe sein, Vermögen ganz oder teilweise zu konfiszieren. Das Vermögen ist bei der Bemessung des Tagessatzes daher nur (subsidiär) zu berücksichtigen, wenn besondere Vermögensverhältnisse einem vergleichsweise geringen Einkommen gegenüberstehen. Mit anderen Worten bleibt es von Bedeutung, wenn der Täter ohnehin von der Substanz des Vermögens lebt, und es bildet Bemessungsgrundlage in dem Ausmass, in dem er selbst es für seinen Alltag anzehrt (FELIX BOMMER, Die Sanktionen im neuen AT StGB - ein Überblick, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Bern 2007, S. 21 ff.; STRATENWERTH, StGB AT II, § 2 Rz. 11 S. 67 mit weiteren Hinweisen).

6.3 Das Kriterium des Lebensaufwands dient als Hilfsargument, wenn die Einkommensverhältnisse geschätzt werden müssen, weil ihre genaue Feststellung nicht möglich ist oder der Täter dazu unzureichende oder ungenaue Angaben macht. Die Annahme eines erhöhten Tagessatzes ist dort gerechtfertigt, wo ein ersichtlich hoher Lebensaufwand mit einem auffällig tiefen Einkommen kontrastiert (BOMMER, a.a.O., S. 23; DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 67-69; SOLLBERGER, ZStrR 121/2003 S. 253 i.f.).

6.4 Das Gesetz nennt eigens allfällige Familien- und Unterstützungspflichten. Der Grund dafür ist, dass die Familienangehörigen von der Einschränkung des Lebensstandards möglichst nicht in Mitleidenschaft gezogen werden sollen. Das Nettoeinkommen ist um die Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge zu reduzieren, soweit der Verurteilte ihnen tatsächlich nachkommt (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 70). Für die Berechnung kann sich das Gericht weitgehend an den Grundsätzen des Familienrechts orientieren (Botschaft 1998 S. 2020). Anderweitige finanzielle Lasten können nur im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Grössere

Zahlungsverpflichtungen des Täters, die schon unabhängig von der Tat bestanden haben (z.B. Ratenzahlungen für Konsumgüter), fallen dabei grundsätzlich ausser Betracht. Wäre jede Art von Zahlungsverpflichtung abzugsfähig, würde ein Täter mit Schulden und Abzahlungs- oder Leasingverpflichtungen mitunter besser wegkommen als einer, der keine solche Lasten hat. Auch Hypothekarzinsen können, wie an sich Wohnkosten überhaupt, in der Regel nicht in Abzug gebracht werden (BOMMER, a.a.O., S. 24 f.). Schuldverbindlichkeiten, die mittelbare oder unmittelbare Folge der Tat sind (Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen, Gerichtskosten usw.), sind grundsätzlich ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Hat der Täter den Schaden anerkannt und leistet er bereits vor dem Urteil Zahlungen an die geschädigten Personen, so ist diesem Umstand im Rahmen von Reue und Schadenswiedergutmachung bei der Anzahl der Tagessätze (Art. 48 lit. d StGB) und auch bei der Prognosestellung für den bedingten Vollzug der Geldstrafe (Art. 42 Abs. 1-3 StGB) Rechnung zu tragen. Eine zusätzliche Berücksichtigung bei der Tagessatzhöhe fällt ausser Betracht (DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 84). Aussergewöhnliche finanzielle Belastungen dagegen können reduzierend berücksichtigt werden, wenn sie einen situations- oder schicksalsbedingt höheren Finanzbedarf darstellen (HÄGER, a.a.O., § 40 N. 59).

6.5

6.5.1 Schliesslich enthält das Gesetz einen Hinweis auf das Existenzminimum. Wie dieses bei der Bemessung des Tagessatzes zu berücksichtigen ist, bleibt unklar. Aus der Entstehungsgeschichte lässt sich immerhin schliessen, dass das Existenzminimum nicht den betreibungsrechtlichen Notbedarf meinen kann und das unpfändbare Einkommen (Art. 93 SchKG) keine absolute Schranke bildet. Wäre nämlich in jedem Fall der Not-

bedarf im Sinne des Betreibungsrechts zu ermitteln und stünde nur der überschiessende Betrag zu Verfügung, hätte dies zur Folge, dass die Geldstrafe für breite Kreise der Bevölkerung (in Ausbildung stehende Personen, Studierende, haushaltsführende Ehegatten, Arbeitslose, Empfänger von Sozialhilfeleistungen, Asylsuchende, Randständige usw.) nicht in Betracht käme, was gerade nicht der Wille des Gesetzgebers war (E. 5.4). Nach der gesetzlichen Konzeption soll eine (unbedingte) Geldstrafe auch nicht in erster Linie auf dem Betreibungsweg vollzogen

werden, sondern durch freiwillige Bezahlung. Die Betreibung ist erst anzuordnen, wenn der Verurteilte die Geldstrafe nicht innert der ihm gesetzten Frist zahlt und wenn von der Betreibung ein Ergebnis zu erwarten ist (Art. 35 Abs. 3 StGB). Ferner ist bedeutsam, dass nach Meinung des Gesetzgebers die Geldstrafe in der Regel bedingt, also unter Aufschub ihres Vollzugs, zu verhängen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB). Aus diesen Gründen ergibt sich, dass der Tagessatz nicht auf jenes Einkommen beschränkt bleibt, das in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich erhältlich gemacht werden könnte. Darüber besteht weitgehend Einigkeit (FRANZ RIKLIN, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004 S. 180; SOLLBERGER, ZStrR 121/2003 S. 253; ders., Die neuen Strafen, S. 40; DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 74; BOMMER, a.a.O., S. 23 f.; CIMICHELLA, a.a.O., S. 172 f.; a.M. STRATENWERTH, StGB AT II, § 2 Rz. 9 S. 66; vgl. aber ders., Das neue Recht - eine Herausforderung für die Praxis, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Bern 2007, S. 210).

6.5.2 Grundlage und Ausgangspunkt für die Bemessung des Tagessatzes muss auch für einkommenschwache Personen das strafrechtliche Nettoeinkommen sein. Der zusätzliche Hinweis auf das Existenzminimum gibt dem Gericht jedoch ein Kriterium zur Hand, das erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen. Dem Existenzminimum kommt damit in ähnlicher Weise wie dem Kriterium des Lebensaufwandes Korrekturfunktion zu (vgl. SOLLBERGER, ZStrR 121/2003 S. 253 i.f.). In diesem Zusammenhang ist die Frage zu sehen, ob es eines minimalen Ansatzes bedarf, damit der Verurteilte die Ernsthaftigkeit und Bedeutung der Sanktion erkennt. Die im Parlament gestellten Anträge auf einen Mindesttagessatz (bis zu 50 Franken) wurden letztlich unter Verweis auf das richterliche Ermessen abgelehnt. Darin liegt ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers, weshalb die Annahme einer festen Untergrenze des Tagessatzes ausser Betracht fällt. Im Rahmen des gesetzlichen Ermessens ist allerdings dem Zweck der Geldstrafe und ihrer Bedeutung im strafrechtlichen Sanktionensystem Rechnung zu tragen. Soll die Geldstrafe gleichwertig neben die Freiheitsstrafe treten, darf der Tagessatz nicht so weit herabgesetzt werden, dass er lediglich symbolischen Wert hat. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Geldstrafe als unzweckmässige Sanktion angesehen und deshalb vielfach auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden

müsste. Dies würde dem zentralen Grundanliegen der Revision diametral zuwiderlaufen. Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint. Als Richtwert lässt sich festhalten, dass eine Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte geboten ist. Um eine übermässige Belastung zu vermeiden, sind in erster Linie Zahlungserleichterungen durch die Vollzugsbehörde nach Art. 35 Abs. 1 StGB zu gewähren, soweit die Geldstrafe unbedingt ausgefällt wird. Bei

einer hohen Anzahl Tagessätze - namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen - ist eine Reduktion um weitere 10-30 Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt (HÄGER, a.a.O., § 40 N. 60; DOLGE, a.a.O., Art. 34 StGB N. 48 und 85 mit Hinweisen). Massgebend sind immer die konkreten finanziellen Verhältnisse. Die Bemessung des Tagessatzes im Einzelfall ist dem sorgfältigen richterlichen Ermessen anheimgestellt.

6.6 Abgesehen vom wichtigen Sonderfall, dass der Verurteilte am Rande des Existenzminimums lebt, ist eine Herabsetzung wie auch eine Erhöhung des Tagessatzes mit Blick auf die Gesamtsumme der Geldstrafe prinzipiell ausgeschlossen. Das Ermessen bei der Strafzumessung erstreckt sich nicht auf eine nachträgliche Kontrolle des Geldstrafenbetrages. Unzulässig ist insbesondere, bei einer niedrigen Anzahl Tagessätze deren Höhe heraufzusetzen mit der Begründung, der Gesamtbetrag stünde andernfalls nicht mehr im Verhältnis zur Straftat. Auf diese Weise würde das Tagessatzsystem ausgehöhlt.

7.

7.1 Nach der Bemessung von Zahl und Höhe des Tagessatzes hat das Gericht darüber zu befinden, ob die Geldstrafe bedingt (Art. 42 StGB), teilbedingt (Art. 43 StGB) oder unbedingt auszusprechen ist. Hinzu kommt die Möglichkeit, den Vollzug der Geldstrafe aufzuschieben und diese mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse zu verbinden (Art. 42 Abs. 4 StGB).

7.2 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer

Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Das Gericht hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Für die Gewährung des bedingten Geldstrafenvollzugs genügt, dass keine Befürchtung besteht, der Täter werde sich in Zukunft nicht bewähren. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung sind die gleichen wie bei der Freiheitsstrafe (Art. 42 Abs. 1-3 StGB; BGE 134 IV 1 E. 4.2). Im Unterschied zur Freiheitsstrafe kennt das Gesetz jedoch keine objektive Schranke, die dem Aufschub des Geldstrafenvollzuges entgegenstehen könnte. Der Strafaufschub findet seinen Grund allein darin, dass auf die Vollstreckung der Strafe (vorerst) verzichtet werden soll, wenn dies unter spezialpräventiven Gesichtspunkten als sinnvoll erscheint. Noch während des laufenden Gesetzgebungsprozesses wurde von verschiedener Seite kritisiert, dass der bedingte Strafvollzug auch für Geldstrafen möglich sein soll (vgl. nur SOLLBERGER, ZStrR 121/ 2003 S. 257 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 122/2004 S. 164 ff.). Gegen den bedingten Geldstrafenvollzug wurden Bedürfnisse sowohl der Spezial- als auch der Generalprävention ins Feld geführt. So wurde namentlich auf die Diskrepanz hingewiesen, die zur zwingend unbedingten Busse (Art. 105 Abs. 1 StGB) besteht, und vorgebracht, es sei mindestens zweifelhaft, ob eine bedingte Geldstrafe dem Verurteilten genügend Eindruck machen könnte, um ihn von weiteren Delikten abzuhalten. Der Gesetzgeber hielt an der Regel der bedingten Verurteilung bei Geldstrafen fest (Art. 42 Abs. 1 StGB). Hingegen hat er, der Kritik teilweise Rechnung tragend, durch nachträgliche Gesetzesanpassung Art. 42 Abs. 4 StGB eingeführt (Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 [im Folgenden: Botschaft 2005], BBl 2005 S. 4689 ff.).

7.3

7.3.1 Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Geldstrafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Dadurch soll im Bereich der Massendelinquenz die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Die Bestimmung dient in erster Linie dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen (Botschaft 2005 S. 4695, 4699 ff. und 4705 ff.). Auf Massendelikte, die im untersten Bereich bloss mit Bussen geahndet werden, soll - auch - mit einer

unbedingten Sanktion reagiert werden können, wenn sie die Schwelle zum Vergehen überschreiten. Insoweit, also im Bereich der leichteren Kriminalität, verhilft Art. 42 Abs. 4 StGB zu einer rechtsgleichen Sanktionierung (BGE 134 IV 82 E. 8 S. 94) und übernimmt auch Aufgaben der Generalprävention (BGE 134 IV 1 E. 4.5.1). Die unbedingte Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse trägt ferner dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Verurteilten soll ein Denkzettel verpasst werden können, um ihm (und soweit nötig allen anderen) den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu demonstrieren, was bei Nichtbewährung droht (siehe BOMMER, a.a.O., S. 35).

7.3.2 Das Gesetz nennt an erster Stelle die Möglichkeit, die (Primär-)Geldstrafe, deren Vollzug aufgeschoben wird, mit einer unbedingten (Sekundär-)Geldstrafe zu kombinieren. Dabei müssen die beiden Geldstrafen zusammen eine schuldangemessene Sanktion darstellen, das heisst, die Gesamtzahl der Tagessätze hat dem Verschulden des Täters zu entsprechen. Es ist nicht zulässig, über die nach dem Tatschuldprinzip bemessene Strafe aus Gründen der Generalprävention hinauszugehen (BGE 118 IV 342 E. 2g S. 350 mit Hinweisen). Auch soll die Strafenkombination nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die kombinierten Strafen in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 134 IV 1 E. 4.5.2). Im Weiteren ist zu beachten, dass der Verbindungsgeldstrafe in quantitativer Hinsicht nur untergeordnete Bedeutung zukommen kann. Das ergibt sich schon aufgrund der systematischen Einordnung von Art. 42 Abs. 4 StGB, welche die unbedingte Geldstrafe als bloss akzessorische Strafe ausweist. Die Regel der bedingten Geldstrafe darf nicht auf dem Wege der Verbindungsgeldstrafe unterlaufen oder gar ins Gegenteil verkehrt werden. Aus spezialpräventiver Sicht wäre es auch nicht verständlich zu machen, weshalb die Geldstrafe zwar wegen Fehlens einer ungünstigen Prognose aufzuschieben ist, dem Verurteilten aber dennoch mehr als nur ein Denkzettel verabreicht werden könnte. Der Zweck der Verbindungsgeldstrafe würde damit verfehlt.

7.3.3 Daneben sieht das Gesetz auch die Möglichkeit vor, die bedingte Geldstrafe mit einer Busse nach Art. 106 StGB

(Übertretungsbusse) zu kombinieren. Dabei sind die gleichen Grundsätze wie bei der Kombination mit einer Verbindungsgeldstrafe zu beachten. Inbesondere gilt auch hier, dass sich das Verschulden auf beide Strafen beziehen, die Geldstrafe also unter Einschluss der akzessorischen Busse schuldangemessen sein muss. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als der Bussenbetrag die Komponenten des Verschuldens und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aufschlüsselt. Die im Gesamtsummensystem gebildete Verbindungsbusse

erschwert die Quantifizierung des Verschuldens, weil es am gemeinsamen Nenner der Tagessätze fehlt (BOMMER, a.a.O., S. 35). Zudem hat das Gericht für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen (Art. 106 Abs. 2 StGB). Busse und Ersatzfreiheitsstrafe sind, je nach den Verhältnissen des Täters, so zu bemessen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Die Bestimmung stellt klar, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters (”je nach den Verhältnissen”) auch für die Bemessung der Busse eine zentrale Rolle spielt, wenngleich hier das Gericht über ein grösseres Ermessen verfügt als im Tagessatzsystem. Das Gesamtsummensystem erweist sich daher im Allgemeinen als weniger aufwändig, doch wird dies durch die Notwendigkeit, im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe festzulegen, erheblich relativiert. Das frühere Recht sah für die Umwandlung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe einen festen Umwandlungssatz vor (vgl. Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 aStGB, wonach 30 Franken einem Tag Haft entsprachen). Das konnte zu rechtsungleichen Resultaten führen, weil der Bussenbetrag das für die Ersatzfreiheitsstrafe massgebende Verschulden nicht direkt und vollständig widerspiegelte. Die problematische Vorschrift wurde für das geltende Recht ersatzlos gestrichen (Botschaft 1998 S. 2023 und 2146). Ist nunmehr das Verschulden allein massgebend, hat das Gericht sich zunächst Klarheit darüber zu verschaffen, inwiefern die finanziellen Verhältnisse den Bussenbetrag beeinflusst haben. Es hat - in einem quasi entgegengesetzten Vorgang zur Geldstrafenberechnung - die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von der Schuld zu abstrahieren und hernach eine täter- und tatangemessene Ersatzfreiheitsstrafe zu bestimmen (STEFAN HEIMGARTNER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 106 StGB N. 10 f.).

Dem Gericht steht bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe ein weiter Ermessensspielraum zu. Ist eine solche für eine Verbindungsbusse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB festzulegen, besteht allerdings die Besonderheit, dass das Gericht die Höhe des Tagessatzes für die bedingte Geldstrafe und damit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters bereits ermittelt hat. Das lässt es als sachgerecht erscheinen, die Tagessatzhöhe als Umrechnungsschlüssel zu verwenden, indem der Betrag der Verbindungsbusse durch jene dividiert wird (vgl. HEIMGARTNER, a.a.O., Art. 106 StGB N. 16). Dabei muss in jedem Fall auf mindestens einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe erkannt werden (Art. 106 Abs. 2 StGB), also auch, wenn die Höhe des Tagessatzes den Bussenbetrag übersteigt. Denn zum einen schreibt das Gesetz - anders als bisher (BGE 108 IV 1) - ein Minimum ausdrücklich vor und zum anderen wäre nicht einzusehen, weshalb die schuldhafte Nichtbezahlung einer Verbindungsbusse sanktionslos bleiben sollte, während das gleiche Verhalten bei einer Verbindungsgeldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe nach sich zieht (siehe RENATE BINGGELI, Die Geldstrafe, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/ Jürg Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 84; a.M. wohl STRATENWERTH, StGB AT II, § 2 Rz. 35 S. 66). Es bleibt die Frage, wie die Strafenkombination von der teilbedingten Geldstrafe abzugrenzen ist.

7.4 Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Die Gewährung des teilbedingten Geldstrafenvollzugs setzt wie jene des vollbedingten Geldstrafenvollzugs voraus, dass eine ungünstige Prognose ausgeschlossen werden kann. Ergeben sich aber - insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen - ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht den Vollzug der Geldstrafe teilweise aufschieben. Voraussetzung für den Teilaufschub ist mit anderen Worten, dass der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Teil unbedingt ausgesprochen wird (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.5.2). Gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Geldstrafe nicht überschreiten. Bei der Bemessung des

aufgeschobenen bzw. zu vollziehenden Strafteils ist das Verschulden zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld anderseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6). Die Gewährung des teilbedingten Geldstrafenvollzugs im Sinne von Art. 43 StGB kann zu ähnlichen Ergebnissen führen wie die Kombination einer bedingten mit einer unbedingten Geldstrafe. Der Teilvollzug kommt aber erst im Bereich höchst ungewisser Prognose in Betracht. Nur hier ist es zulässig, die Geldstrafe bis zur Hälfte für vollziehbar zu erklären und unter anderem das Verschulden als Bemessungsregel anzuwenden. Dadurch grenzt sich die teilbedingte Geldstrafe von der Kombinationsmöglichkeit nach Art. 42 Abs. 4 StGB ab und reicht über sie hinaus.

7.5 Wenn dagegen eine ungünstige Prognose gestellt werden muss, weil keinerlei Aussicht besteht, der Verurteilte werde sich durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, ist die Geldstrafe unbedingt auszufällen und in voller Höhe zu vollziehen (Art. 35 StGB).

8.

8.1 Wie oben ausgeführt, wurde dem Beschwerdeführer zu Recht eine ungünstige Legalprognose gestellt (E. 3.2). Die Anordnung gemeinnütziger Arbeit scheidet aus, weil rechtskräftig feststeht, dass er die Schweiz verlassen muss (E. 3.3). Als Sanktion kommt daher noch eine unbedingte Geldstrafe oder subsidiär eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe in Betracht. Auf eine kurze Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn der Vollzug der Geldstrafe voraussichtlich nicht möglich ist (sog. negative Vollstreckungsprognose; Art. 41 Abs. 1 StGB). Das Gericht hat dies näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2 StGB).

8.2 Um eine Vollstreckungsprognose stellen zu können, muss vorab die voraussichtliche Geldstrafe in den Grundzügen feststehen. Die Anzahl und die Höhe der Tagessätze sind nach den erläuterten Grundsätzen von Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB festzusetzen. Erst aufgrund der so festgelegten Geldstrafe kann eine konkrete

Vollstreckungsprognose gestellt werden. Wenn sie ungünstig ausfällt, muss auf eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe erkannt werden. Denn das Gesetz behält die Freiheitsstrafe für diesen Fall ausdrücklich vor, damit "der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann" (Botschaft 1998 S. 2044).

8.3 Bei der Abschätzung der Vollzugschancen sind an erster Stelle die Vollzugsmodalitäten zu berücksichtigen. Zwar sind für die Festlegung und Erstreckung von Zahlungsfristen (Art. 35 Abs. 1 StGB) sowie die Anordnung der sofortigen Zahlung oder Sicherheitsleistung (Art. 35 Abs. 2 StGB) die Vollzugsbehörden zuständig. Gleichwohl müssen die Gerichte im Rahmen des Prognoseurteils auf den zu erwartenden Vollzug vorausblicken, um die Vollzugschancen abschätzen zu können. Dabei ist zu beachten, dass der Vollzug der Geldstrafe in erster Linie durch freiwillige Zahlung erfolgen soll. Erst bei Nichtbezahlung innert Frist wird die Geldstrafe auf dem Weg der Betreibung vollstreckt, wenn davon ein Ergebnis zu erwarten ist (vgl. Art. 35 Abs. 3

und Art. 36 Abs. 1 StGB). Das Gesetz stellt zudem durch Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe sicher, dass die Geldstrafe geleistet wird. Dadurch soll auf den Verurteilten der nötige Druck ausgeübt werden. Weiter ist die Aufenthaltsberechtigung des Betroffenen in die Prognose zu integrieren. Eine im Urteilszeitpunkt rechtskräftige Wegweisung kann den Vollzug einer Geldstrafe fraglich erscheinen lassen. Allerdings darf selbst von einer sicher bevorstehenden Ausschaffung nicht unbesehen auf die Unvollziehbarkeit der Geldstrafe geschlossen werden. Wenn die Geldstrafe sofort bzw. bis zum Ablauf der Ausreisefrist vollständig vollzogen werden kann, ist eine Gefährdung des Geldstrafenvollzugs ausgeschlossen. Das Gericht hat daher zu prüfen, ob der Verurteilte die Geldstrafe innert dieser Zeitspanne - mit seinem Einkommen oder allenfalls unter Rückgriff auf das Vermögen - bezahlen oder dafür entsprechende Sicherheiten leisten kann. Es kann die Geldstrafe selbst im Laufe der Verhandlung entgegennehmen. Gemäss Art. 35 Abs. 2 StGB kann zwar nur die Vollzugsbehörde die sofortige Bezahlung oder eine Sicherheitsleistung verlangen, wenn der begründete Verdacht besteht, der Verurteilte werde sich der Vollstreckung der Geldstrafe entziehen. Doch schliesst diese Bestimmung nicht aus, dass das Gericht die Zahlung oder Sicherheit für die Vollzugsbehörde entgegennimmt. In die Vollzugsprognose miteinzubeziehen ist schliesslich noch die Frage, ob internationale Vollzugsübereinkommen den stellvertretenden Vollzug der Geldstrafe im Ausland allenfalls erlauben. Die

Überlegungen zur umgehenden Vollziehung von Geldstrafen sind jedoch nur anzustellen, wenn im Urteilszeitpunkt mit Sicherheit feststeht, dass der Täter zum Aufenthalt in der Schweiz nicht (mehr) berechtigt ist. Solange darüber nicht rechtskräftig entschieden ist, fehlen genügende Anhaltspunkte für die Prognose, ob dem Vollzug der Geldstrafe allenfalls eine Wegweisung aus der Schweiz entgegenstehen könnte. In solchen Fällen ist auf die Regelsanktionen der Geldstrafe zu erkennen, auch wenn letztlich eine Gefährdung ihres Vollzugs nicht ganz ausgeschlossen werden kann (vgl. BGE 134 IV 97 E. 7.4.2 S. 118).

8.4 Die vorinstanzliche Strafbegründung verletzt Bundesrecht. Wegen der Subsidiarität von Freiheitsstrafen im Bereich unter sechs Monaten hat das Gericht die Bestrafung in Form von gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafe vorab zu prüfen (Art. 41 Abs. 1 StGB). Soll dennoch eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen werden, ist zu begründen, weshalb der Vollzug der Geld- und Arbeitsstrafe nicht zu erwarten ist (Art. 41 Abs. 2 StGB). Diese Begründungsanforderungen verletzt die Vorinstanz in Bezug auf die Geldstrafe, indem sie deren Vollstreckbarkeit mit ungenügender Begründung verneint. Eine voraussichtliche Geldstrafe wurde nicht bestimmt. Entsprechend der von der Vorinstanz ausgefällten Freiheitsstrafe von fünf Monaten läge die Anzahl Tagessätze bei 150, die Höhe des Tagessatzes ist nach den erläuterten Grundsätzen zu bestimmen. Mangels Festlegung einer Geldstrafe konnte auch keine konkrete Vollstreckungsprognose im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB gestellt werden. Soweit die Vorinstanz bei der Beurteilung der Vollstreckungsaussichten direkt von der Erwerbslosigkeit des Beschwerdeführers auf die Unvollziehbarkeit der Geldstrafe schliesst, verletzt sie Art. 34 Abs. 2 StGB. Wie aufgezeigt, soll es nicht bezahlbare Geldstrafen nicht geben. Die Geldstrafe steht daher auch für Mittellose zur Verfügung (E. 5.4). Feste Untergrenzen für Geldstrafen sind bundesrechtswidrig (E. 6.5.2). Nach vorinstanzlicher Feststellung besorgt der Beschwerdeführer den Haushalt und betreut die Kinder, während der Familienunterhalt durch seine Ehefrau bestritten wird. Er ist nicht erwerbstätig und erzielt kein eigenes Einkommen. Davon ist bei der Bemessung der Tagessatzhöhe auszugehen. Dem erwerbslosen Beschwerdeführer sind diejenigen Zuwendungen als Einkommen anzurechnen, auf die er einen familienrechtlichen Anspruch hat (z.B. Art. 164 ZGB). Angesichts der dokumentierten Bedürftigkeit des haushaltsführenden Beschwerdeführers und der voraussichtlichen Ausfällung von über 90 Tagessätzen ist das für die Tagessatzhöhe

relevante Nettoeinkommen zunächst um mindestens 50 % und alsdann um weitere 10-30 % herabzusetzen (E. 6.5.2). Es darf daher zusammenfassend auch bei einem sehr geringen Einkommen nicht ohne Weiteres die Unvollziehbarkeit einer Geldstrafe angenommen werden. Der Mittellosigkeit ist vielmehr mit einem entsprechend tiefen Tagessatz Rechnung zu tragen. Ebenso wenig wie die Mittellosigkeit spricht die drohende Wegweisung per se für eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe. Es bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die nach den genannten Grundsätzen festgelegte Geldstrafe unmittelbar zu begleichen oder abzusichern im Stande ist. Bundesrechtswidrig ist die ausgefällte Freiheitsstrafe ferner insoweit, als damit das rechtswidrige Verweilen in der Schweiz abgegolten wird. Bis Ende 2006 drohte das Ausländerstrafrecht bei illegalem Aufenthalt eine Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten an (Art. 23 Abs. 1 ANAG in der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 8. Oktober 1948 [AS 1949 I 225]). Diese Strafe wurde bei der Einführung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007 durch 180 Tagessätze Geldstrafe ersetzt (AS 2006 S. 3536). Diese Strafandrohung ist milder als die frühere und daher auch auf das rechtswidrige Verweilen vor dem 1. Januar 2007 anwendbar (Art. 2 Abs. 2 StGB). Soweit die kurze Freiheitsstrafe für das ausländerrechtliche Delikt ausgefällt wurde, fehlt es an einer expliziten Gesetzesgrundlage in Art. 23 Abs. 1 ANAG (in der Fassung des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 [AS 2006 S. 3459, 3536]), weshalb der Entscheid bundesrechtswidrig ist (Art. 1 und Art. 41 Abs. 1 StGB).