

Unterschiedliche Massstäbe für Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft

Jasmine Stössel

Seit dem 1. Januar 2018 ist die elektronische Überwachung als alternative Vollzugsform für kurze Freiheitsstrafen (sog. Front Door-Variante) sowie als Vollzugslockerungsstufe (sog. Back Door-Variante) in Art. 79b StGB bundesrechtlich verankert. Im Front Door-Bereich sieht Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB einen zeitlichen Anwendungsbereich von 20 Tagen bis zu 12 Monaten vor. Auf den ersten Blick entspricht die Obergrenze derjenigen der Halbgefängenschaft. Auf den zweiten Blick wird jedoch klar, dass sowohl beim Vollzug von Reststrafen von nicht mehr als sechs Monaten nach Anrechnung der Untersuchungshaft als auch des unbedingten Teils teilbedingter Freiheitsstrafen mit zweierlei Mass gemessen wird.

Dass sich der vorliegende Beitrag mit dem Thema der elektronischen Überwachung auseinandersetzt, ist kein Zufall – bereits während des Studiums und anschliessend mit der Betreuung meiner Dissertation zum Electronic Monitoring gab mir mein Doktorvater, **Christian Schwarzenegger**, die Möglichkeit, mich mit der Thematik eingehend zu beschäftigen und damit das kritische Denken zu fördern. Mein Beitrag ist deshalb dem Jubilar mit grösstem Dank und herzlicher Gratulation zum 60. Geburtstag gewidmet.

I. Das Argument des Ausschlusses «schwerer Delikte»

Während sowohl der Wortlaut von Art. 77b StGB (Halbgefängenschaft) als auch Art. 79a StGB (gemeinnützige Arbeit) explizit statuiert,

dass eine nach Anrechnung der Untersuchungshaft verbleibende Reststrafe von nicht mehr als sechs Monaten in Form der Halbgefängenschaft bzw. der gemeinnützigen Arbeit vollzogen werden kann, fehlt eine solche Formulierung in Art. 79b StGB für die elektronische Überwachung. Dem sog. **Nettostrafenprinzip** wird damit in Bezug auf die Anwendung von Electronic Monitoring für Strafen, welche nach Abzug der Untersuchungshaft weniger als sechs Monate betragen, eine Absage erteilt. Bezweckt werden soll damit gemäss Botschaft, dass diese Vollzugsform für «schwere Delikte» nicht offensteht (BB1 2012, 4721 ff., 4748).

Ähnliches ergibt sich in Bezug auf die Frage, ob beim Vollzug teilbedingter Freiheitsstrafen der unbedingt zu vollziehende Teil oder die gesamthaft ausgesprochene Freiheitsstrafe für die von Art. 79b StGB statuierte Obergrenze von 12 Monaten Freiheitsstrafe massgebend sein soll. Während bei der Halbgefängenschaft auf den unbedingt zu vollziehenden Teil abgestellt wird (statt vieler BGer vom 03.06.2016, 6B_51/2016, E. 5.4; BGer vom 27.10.2014, 6B_607/2014, E. 1.5; vgl. auch Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz, Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen vom 24. März 2017, 1.2, Abschnitt c), ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Electronic Monitoring auf die Strafe «ab initio» abzustellen (BGer vom 03.10.2016, 6B_1204/2015, E. 1.4; BGer vom 03.06.2016, 6B_51/2016, E. 5.4; BGer vom 17.03.2016, 6B_1253/2015, E. 2.6). Dies hat im Ergebnis zur

Folge, dass nur noch teilbedingte Strafen von genau einem Jahr für einen Vollzug mit Electronic Monitoring in Frage kommen, woraus unter Berücksichtigung von Art. 43 Abs. 3 StGB eine Vollzugsdauer von sechs Monaten resultiert.

Als Begründung für die Differenzierung wird zunächst angeführt, dass andernfalls der Vollzug mit Electronic Monitoring sogar für schwere Delikte offen stünde, was dem Willen des Gesetzgebers widerspräche (BGer vom 17.03.2016, 6B_1253/2015, E. 2.6). Dabei ist unklar, nach welchen Kriterien die bundesgerichtliche Rechtsprechung «schwere» und in der logischen Folge «weniger schwere» Delikte unterscheidet, um das Abstellen auf die **Bruttostrafe** bei der elektronischen Überwachung zu begründen. Es ist davon auszugehen, dass diese Unterscheidung auf der Einteilung in Vergehen und Verbrechen gemäss Art. 10 StGB, d.h. auf der angedrohten Höchststrafe basiert. Die im Einzelfall verhängte Strafe, welche sich gemäss Art. 47 StGB nach dem Verschulden des Täters bemisst, sagt nichts über die tatsächliche Schwere des Deliktes per se oder die Deliktskategorie aus. So kann etwa bei leichtem Verschulden die konkrete Strafe bei einem Verbrechen unter 12 Monaten, umgekehrt bei einem Vergehen und schwerem Verschulden bei über 12 Monaten liegen. Die Herleitung eines Ausschlusses «schwerer Delikte» von der Vollzugsform Electronic Monitoring über das konkrete Strafmass ist damit per se ungeeignet.

II. Das Argument der «öffentlichen Sicherheit»

An den obengenannten Versuch eines Ausschlusses «schwerer Delikte» schliesst das Argument der öffentlichen Sicherheit nahtlos an. So begründen die Erläuterungen zur Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen des Nordwest- und Innerschweizer Strafvollzugskonkordats die unterschiedliche Behandlung von Electronic Monitoring und der Halbfangenschaft damit, dass die Kontrollmöglichkeiten der Behörden und die Eingriffsintensität bei der Halbfangenschaft grösser

seien, da der Verurteilte während der Ruhe- und Freizeit in einer Institution eingeschlossen sei. Es rechtfertigt sich deshalb, Freiheitsstrafen mit einem grösseren Unrechtsgehalt zur Halbfangenschaft zuzulassen, weshalb auf den unbedingten Teil der Strafe abzustellen sei (Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz, Erläuterungen zur Richtlinie betreffend die besonderen Vollzugsformen vom 24. März 2017, SSED 12.1, 3, 1.2.1). **Brägger** schlägt gar vor, die Praxis und Rechtsprechung bezüglich der Halbfangenschaft zu überdenken, zumal es sich bei teilbedingten Strafen um Fälle von mittlerer bis schwerer Kriminalität – etwa auch um Sexualstraftaten – handle und aus dem Blickwinkel der öffentlichen Sicherheit anzuzweifeln sei, ob diese Täterkategorie automatisch in den Genuss der privilegierten Vollzugsform der Halbfangenschaft kommen soll (**Brägger**, Vollzugsrechtliche Auswirkungen der jüngsten Revision des Schweizerischen Sanktionenrechts, SZK 2/2017, 18 ff., 25 f.).

Aufgrund des Erfordernisses des Gesuchs des Verurteilten, welches für sämtliche Vollzugsformen gilt – so explizit Art. 77b Abs. 1 StGB, Art. 79a Abs. 1 sowie Art. 79b Abs. 1 StGB – ergibt sich bereits als logische Konsequenz, dass sich die drei Vollzugsformen gleichgestellt sind (so offenbar auch **Koller**, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 77b N 1 und Art. 79b N 9). Erfüllt der Verurteilte sowohl die Voraussetzungen für Electronic Monitoring als auch für die Halbfangenschaft, ist ersterem aufgrund der geringeren Eingriffsschwere in die Rechte des Verurteilten im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips Vorrang einzuräumen. Die Argumentation, die geringere Eingriffsschwere und Kontrollmöglichkeit der elektronischen Überwachung spreche gegen eine Anwendung des Nettostrafenprinzips, widerspricht damit nicht nur Sinn und Zweck der gesetzlichen Konzeption, sondern insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Es geht nicht an, die strengere Handhabung bezüglich der Strafobergrenze von Electronic Monitoring mit den weniger

weitgehenden Kontrollmöglichkeiten im Vergleich zur Halbgefängenschaft zu begründen, da damit der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes systemwidrig entgegenwirkt wird (a.M. BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 8).

Auch der prinzipielle Ausschluss bestimmter Deliktskategorien wie Sexualstraftaten von einem Vollzug mit Electronic Monitoring entspricht offensichtlich nicht dem Willen des Gesetzgebers, zumal sich solche Kriterien nicht in den Voraussetzungen von Art. 79b Abs. 2 StGB wiederfinden. Ob eine verurteilte Person für die Verbüssung der Strafe mittels Electronic Monitoring in Frage kommt, hat sich einzig und allein nach den von Art. 79b StGB statuierten Voraussetzungen zu richten. Insbesondere mit dem Erfordernis der fehlenden Rückfallgefahr wird – analog zur Halbgefängenschaft – unabhängig von der Strafdauer und der Deliktsart dem öffentlichen Sicherheitsinteresse entsprechend Rechnung getragen (gl.M. BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 8; Werninger, Die elektronische Überwachung [Art. 79b StGB], ZStrR 2018, 214 ff., 223 und 226).

III. Das Argument der «Schwere des Verschuldens»

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Thema wird zudem angeführt, dass gegen einen Vollzug mit Electronic Monitoring der Zweck der mit dem teilbedingten Vollzug angestrebten Spezialprävention sprechen würde, «der seine Schranke im gesetzlichen Erfordernis findet, dass angesichts der Schwere des Verschuldens wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird» (BGer vom 03.10.2016, 6B_1204/2015, E. 1.4 [Freiheitsstrafe von 36 Monaten, davon 18 Monate mit unbedingtem Vollzug, wobei eine Reduktion auf 12 Monate beantragt wurde]; BGer vom 17.03.2016, 6B_1253/2015, E. 2.6 [Freiheitsstrafe von 27 Monaten, davon neun Monate mit unbedingtem Vollzug];). Dieser sog. **Verschuldensklausel** kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur Bedeutung zu, wenn eine Strafe von mehr als zwei Jahren auszufallen

ist und bei der Frage, welcher Teil der ausgesprochenen Freiheitsstrafe vollzogen werden soll (Schenker, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe – im geltenden Recht und im Hinblick auf erneute StGB-Revisionen, ZStrR 2012, 229 ff., 235). Die Verschuldensklausel als Bemessungsfaktor im Rahmen der teilbedingten Freiheitsstrafe steht in der Kritik, zumal das Verschulden bereits für die Strafzumessung nach Art. 47 StGB massgebend ist, womit im Ergebnis eine *zweite Strafzumessung* vorgenommen wird (vgl. dazu ausführlich Schenker, ZStrR 2012, 236 ff.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Electronic Monitoring geht offenbar noch einen Schritt weiter, indem das Verschulden nicht nur gleichzeitig Strafzumessungskriterium und Bemessungsfaktor im Rahmen der teilbedingten Freiheitsstrafe darstellen, sondern zudem auch für die Wahl der Vollzugsform des mit ebendiesem Faktor bemessenen unbedingten Teils einer teilbedingten Freiheitsstrafe massgebend sein soll. Damit wird dem Betroffenen dasselbe Verschuldenselement nicht nur doppelt (vgl. Schenker, ZStrR 2012, 237), sondern dreifach zur Last gelegt, womit es sich im Ergebnis – pointiert ausgedrückt – nicht nur um eine unzulässige Doppel-, sondern Dreifachbestrafung handelt.

Des Weiteren ist die spezialpräventive Zielsetzung sowohl der elektronischen Überwachung als auch der Halbgefängenschaft in Erinnerung zu rufen, welche gemäss gesetzlicher Konzeption ausdrücklich darin liegt, die negativen Auswirkungen eines vollumfänglichen Freiheitsentzuges für kürzere Freiheitsstrafen einzuschränken, indem mit der Halbgefängenschaft eine Desintegration des Verurteilten aus der Arbeitswelt (vgl. dazu BSK StGB I-Koller, Art. 77b N 2) und mit Electronic Monitoring zusätzlich aus dem engeren sozialen Netz vermieden wird (vgl. dazu m.w.H. Stössel, Electronic Monitoring im Schweizer Erwachsenenstrafrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Änderungen des Sanktionenrechts, Diss., Zürich 2018,

370 f.). Die Berücksichtigung des Verschuldenselements bei der Zulassung zu einer alternativen Vollzugsform widerspricht dieser spezialpräventiven Ausrichtung diametral. Ob Electronic Monitoring im konkreten Fall zur Anwendung gelangen kann, hat sich deshalb einzig nach den in Art. 79b StGB statuierten Voraussetzungen zu richten und ist insbesondere losgelöst von einer Bewertung des Verschuldens, welches punitive Aspekte miteinbezieht, zu beurteilen.

Hinzu kommt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach gegen einen Vollzug mit Electronic Monitoring spreche, dass angesichts der Schwere des Verschuldens «wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird», offenbar verkennt, dass es sich bei Electronic Monitoring um eine alternative *Strafvollzugsform* handelt, die Strafe somit ja gerade vollzogen wird – nur eben in der Form von Electronic Monitoring. Bei dieser Argumentation ist denn auch umso weniger einzusehen, weshalb ein Vollzug in Form der Halbgefangenschaft das Kriterium der «zumindest teilweise vollzogenen Strafe» erfüllen soll, wenn sich doch gemäss der Systematik des neuen Sanktionenrechts die Halbgefangenschaft sowie Electronic Monitoring gleichgestellt sind. Electronic Monitoring aufgrund der geringeren Eingriffsintensität in die Rechte des Verurteilten als dem Kriterium der «zumindest teilweise vollzogenen Strafe» nicht genügend zu beurteilen, ist ein Zirkelschluss, zumal gerade dies für eine Anwendung der elektronischen Überwachung vor der Halbgefangenschaft spricht – dies gilt selbstverständlich unter der Prämisse, dass die entsprechenden Voraussetzungen von Art. 79b StGB erfüllt sind.

Da in beiden bundesgerichtlichen Urteilen über teilbedingte Freiheitsstrafen von über 24 Monaten zu befinden war, erschiene es überdies interessant, wie die Anwendung der elektronischen Überwachung bei teilbedingten Freiheitsstrafen im Überschneidungsbereich mit der bedingten Strafe höchstrichterlich beurteilt würde, zumal in diesem Strafbereich der

Verschuldensklausel nur bei der Berechnung der Strafteile Bedeutung zukommt (vgl. dazu ausführlich [Schenker](#), ZStrR 2012, 234 f. und 240). An dieser Stelle sei zudem erwähnt, dass im Strafbereich von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe auch gemäss neuem Sanktionenrecht der bedingte Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB für Freiheitsstrafen ab drei Tagen die Regel ist, sofern eine unbedingte Freiheitsstrafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass etwa bei Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten eine ungünstige Prognose vorliegt, der Vollzug mit Electronic Monitoring jedoch möglich ist, während bei einer teilbedingten Freiheitsstrafe im Überschneidungsbereich von bedingter und teilbedingter Strafe die Prognose an sich besser (BGE 134 IV 1 E. 5.5.2), der Vollzug mittels Electronic Monitoring jedoch nicht zulässig ist. Dies ist in Anbetracht der spezialpräventiven Zielsetzung von Electronic Monitoring zumindest widersprüchlich.

IV. Gleiche Massstäbe für gleiche Konzeptionen als logische Konsequenz

Im Ergebnis vermögen sowohl die Argumente des Ausschlusses schwerer Delikte, der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit als auch der Schwere des Verschuldens die Anwendung des Bruttostrafenprinzips für Electronic Monitoring nicht zu begründen. Was die diesbezügliche Ungleichbehandlung der elektronischen Überwachung und der Halbgefangenschaft im Rahmen teilbedingter Freiheitsstrafen betrifft, obwohl beide Vollzugsformen gemäss des jeweils klaren Wortlautes für Freiheitsstrafen von nicht mehr als 12 Monaten vorgesehen sind, so scheint diese von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offenbar als selbstverständlich hingenommen zu werden (BGer vom 03.06.2016, 6B_51/2016, E. 5.4; BGer vom 05.11.2008, 6B_582/2008 2008, E. 2.5), ohne die Unterscheidung konkret zu begründen. Die Rechtsprechung ist denn auch nicht ohne weiteres auf die gegenwärtige rechtliche Situation übertragbar, zumal sämtliche Rechtsprechung

Soll das Ziel der Einschränkung negativer Auswirkungen kurzer unbedingter Freiheitsstrafen konsequent verfolgt werden, muss auch für Electronic Monitoring das Nettostrafenprinzip gelten.

zum Thema aus der Zeit vor Inkrafttreten von Art. 79b StGB stammt. Die Rechtslage ist insofern neu zu beurteilen, als sich seit dem 1. Januar 2018 die alternativen Vollzugsformen gleichgestellt sind, während vor diesem Zeitpunkt die Halbgefängenschaft die Regelvollzugsform darstellte und sich Electronic Monitoring lediglich auf Bewilligungen des Bundesrates stützte. Fragwürdig bleibt unter denselben Gesichtspunkten auch die fehlende Möglichkeit, Reststrafen von nicht mehr als sechs Monaten nach Abzug der Untersuchungshaft in der Form von Electronic Monitoring zu vollziehen.

Insgesamt erweckt die rigide Eingrenzung des Anwendungsbereichs von Electronic Monitoring im Vergleich zur Halbgefängenschaft den Anschein, dass diffuse Ängste etwa in Bezug auf die Verlässlichkeit der Überwachungstechnologie sowie betreffend eine Strafverbüßung integriert in die Gesellschaft statt isoliert hinter Gefängnismauern bestehen, weshalb man Altbewährtem – i.c. der Halbgefängenschaft – den Vorzug lässt. Soll das Ziel der Einschränkung negativer Auswirkungen kurzer unbedingter Freiheitsstrafen aber konsequent verfolgt werden, muss auch für Electronic Monitoring das Nettostrafenprinzip gelten (a.A. **Werninger**, ZStrR 2018, 227, welche zwar eine Gleichbehandlung der Vollzugsformen fordert, jedoch die Bruttostrafe als massgebend erachtet). Hinzu kommt, dass eine Ausschöpfung der Obergrenze von 12 Monaten für einen Vollzug mit Electronic Monitoring überhaupt nur bei teilbedingten Freiheitsstrafen (vgl. Art. 43 Abs. 2 StGB) möglich ist, zumal ansonsten die effektive Vollzugsdauer aufgrund der bedingten Entlassung lediglich acht Monate beträgt.

Mit vorliegendem Beitrag ist deshalb nicht zuletzt Anstoss zu einer aktuellen und eingehenden höchstrichterliche Auseinandersetzung mit der Thematik zu geben. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Anwendung einer besonders sozialverträglichen Vollzugsform und damit der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips ohne rechtsdogmatische Begründung systemwidrig entgegengewirkt werden soll.

