

strafen 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 trägt 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, BGE 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/Wohlens], 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 SB210 144 vom 7.3.2022, E.2.6, und SB190 144 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 Straftat gebunden sei.

Diese Erwägungen zeigen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Höchstmass einer Straftat auch bei der Gesamtstra-

## Luxemburg aktuell

### Ungarn verstösst mit Asylregel gegen EU-Recht

Infolge der Ausbreitung von Covid-19 erliess Ungarn 2020 ein Gesetz zur Pandemiebewältigung. Danach mussten Asylsuchende, die sich bereits in Ungarn befanden oder an den Landesgrenzen vorstellig wurden, grundsätzlich ein Vorverfahren durchlaufen, um in Ungarn internationalen Schutz in Anspruch nehmen zu können.

Dieses sah vor, dass sich die Betroffenen zunächst zur ungarischen Botschaft in Belgrad oder in Kiew zu begeben hatten – über diese Staaten kamen damals am meisten Geflüchtete ins Land. Nach Abgabe einer Absichtserklärung erteilten die ungarischen Vertretungen gegebenenfalls eine Einreiseerlaubnis nach Ungarn, wo die Geflüchteten schliesslich einen Asylantrag stellen konnten.

Die Europäische Kommission sah in dieser Regelung eine Verletzung der Richtlinie zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Richtlinie 2013/32/EU) und strengte ein Vertragsverletzungsverfahren an.

Nun gab der Europäische Gerichtshof (EuGH) der Kommission recht. Der EuGH hält fest, dass die Schutzsuchenden unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen (Artikel 3 Absatz 1 Richtlinie 2013/32/EU). Das Vorbringen Ungarns, wonach es sich bei den betroffenen Personen um Drittstaatsangehörige handle, welche die Grenze eines EU-Mitgliedstaats noch nicht erreicht hätten. Damit wären die EU-Asylvorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 2 Richtlinie 2013/32/EU nicht anwendbar. Der EuGH wies das Argument Ungarns zurück.

Ein Vorverfahren ist laut EuGH in Artikel 6 Richtlinie 2013/32/EU nicht vorgesehen und liefe deren Ziel zuwider, einen einfachen und schnellen Zugang zum Asylverfahren zu gewährleisten. Ausserdem werde mit dieser Regelung den betroffenen Geflüchteten die effektive Wahrnehmung ihres Rechts, in Ungarn Asyl zu bean-

tragen, verunmöglicht (Artikel 18 Grundrechtscharta).

Weiter befand der EuGH, das fragliche Vorverfahren sei nicht mit dem von Ungarn genannten Ziel, der Pandemie-Eindämmung, zu rechtfertigen. Im Gegenteil: Gemäss dem EuGH erhöht das in Frage stehende Vorverfahren aufgrund der obligatorischen Aus- und Wiedereinreise gar die Gefahr, sich mit Covid-19 anzustecken. Zudem stelle das Vorverfahren einen offensichtlich unverhältnismässigen Eingriff in das Recht von Asylsuchenden dar, ab ihrer Ankunft an der Grenze eines Mitgliedstaates einen Asylantrag zu stellen und während des Asylverfahrens im Mitgliedstaat zu verbleiben (Artikel 6 und 9 Absatz 1 Richtlinie 2013/32/EU).

Urteil C-823/21 vom 22.6.2023, Kommission c. Ungarn, EU:C:2023:504

### Die polnische Justizreform verstösst gegen EU-Recht

Das Urteil geht auf ein 2018 erlassenes Gesetz zurück, mit dem die PiS-Regierung am Obersten Gerichtshof eine umstrittene Disziplinarkammer einrichtete. Diese war für die Durchführung von Disziplinarverfahren gegen Richterinnen und Richter der ordentlichen Gerichte sowie des Obersten Gerichtshofs zuständig.

2019 verabschiedete das polnische Parlament ein weiteres Gesetz, das die Möglichkeiten der Disziplinierung von Richterinnen und Richtern noch erweiterte («Maulkorb-Gesetz»). Die Kommission erhob hiergegen eine Vertragsverletzungsklage und erhielt vom EuGH recht.

### **Publikation der Entscheide**

Die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) finden sich im Internet auf folgender Webseite:

[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

Der EuGH bestätigt zunächst, uneingeschränkt für die Überprüfung zuständig zu sein, ob ein Mitgliedstaat Grundsätze wie Rechtsstaatlichkeit, wirksamen Rechtsschutz und Unabhängigkeit der Justiz beachte. Die Vorschrift, welche allen polnischen Gerichten die Überprüfung der Einhaltung der EU-rechtlichen Anforderungen an ein unabhängiges, unparteiisches und gesetzliches Gericht untersagt, ist daher unionsrechtswidrig (Artikel 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV).

Die vorgesehene Disziplinarkammer erfülle sodann die EU-rechtlichen Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht. Die «blosse Aussicht», dass eine solche Instanz über etwaige straf-, arbeits-, und sozialversicherungsrechtliche Massnahmen (inklusive Zwangsversetzung oder die Verabschiedung in den vorzeitigen Ruhestand) entscheidet, beeinträchtigt die Unabhängigkeit des Gerichts (Artikel 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV).

Weiter verweist der EuGH auf den weiten und ungenauen Charakter der neuen Disziplinarordnung sowie den politischen Hintergrund ihres Erlasses. Diese könne zusammen mit den darin vorgesehenen Sanktionen dazu eingesetzt werden, die nationalen Gerichte bei der Beurteilung, ob ein Gericht den EU-rechtlichen Anforderungen in Bezug auf einen wirksamen Rechtsschutz genüge, hindern (Artikel 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV, Artikel 47 Grundrechtscharta).

Ferner rügt der EuGH, mit der vorgesehenen Disziplinarkammer werde eine einzige nationale Instanz eingesetzt, welche für die Überprüfung der wesentlichen Anforderungen an einen wirksamen Rechtsschutz zuständig sei. Die fehlende Rechtsmittelmöglichkeit verunmögliche einen wirksamen Rechtsschutz im «gesamten sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts und vor allen nationalen Gerichten» (Artikel 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV, Artikel 47 Grundrechtscharta, Artikel 267 AEUV, Grundsatz

des Vorrangs des Unionsrechts). Schliesslich verstosse die Verpflichtung zur Bekanntgabe etwaiger Mitgliedschaften in Vereinen, gemeinnützigen Stiftungen oder einer politischen Partei sowie der Veröffentlichung dieser Angaben im Internet gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Artikel 7 und Artikel 8 Grundrechtscharta, Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 litera c und e sowie Absatz 3 und Artikel 9 Absatz 1 DSGVO).

Während des Verfahrens wurde Polen 2021 zu einem Zwangsgeld von einer Million Euro pro Tag verpflichtet. Dieser Betrag wurde im Frühjahr 2023 auf 500 000 Euro pro Tag herabgesetzt. Die Erhebung dieses Zwangsgelds von insgesamt 556 Millionen Euro endet mit dem vorliegenden Urteil. Da Polen sich bis anhin weigerte, den Betrag zu begleichen, wird dieser von den Europäischen Förder- und Wiederaufbaumitteln für Polen abgezogen – gestützt auf die Konditionalitätsverordnung, Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092, sind diese Gelder vorläufig ohnehin blockiert.

Im Februar 2023 hat die Kommission eine weitere Vertragsverletzungsklage gegen Polen eingereicht. Anlass dazu gaben zwei Urteile des polnischen Verfassungsgerichtshofes von 2021, in welchen dieser den Vorrang des EU-Rechts ausdrücklich in Frage gestellt hatte. Der EuGH wird sich hier voraussichtlich erneut für die Achtung der Rechtsstaatlichkeit einsetzen müssen.

Urteil C-204/21 vom 5.6.2023,  
Kommission c. Polen,  
EU:C:2023:442

David Campi

fenbildung 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 zugrunde liegen, nach Inkrafttreten des neuen Rechts 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 wider-

rufenen 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 BGE 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 Grosseil oder gar vollständig von der für die Probezeitdelikte ausgesprochenen Strafe absorbiert wird. Die klare Gesetzeslage lässt keinen Spielraum für abweichende Lösungen und ist zu respektie-