Urteilskopf

144 IV 217

29. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau (Beschwerde in Strafsachen) 6B_483/2016 vom 30. April 2018

Regeste (de):
Art. 49 Abs. 1 StGB; Konkurrenzen (Gesamtstrafenbildung).

Die Bildung einer Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur möglich, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen (teilweise) abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht. Geld- und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (sog. "konkrete Methode"; Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.2, 3.3 und 3.4).

Eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips setzt in Abgrenzung zum Absorptions- und Kumulationsprinzip voraus, dass das Gericht die (hypothetischen) Einzelstrafen sämtlicher Delikte (zumindest gedanklich) gebildet hat. Die Ausfällung einer Einheitsstrafe im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller zu beurteilenden Delikte ist nicht möglich (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3.5).

Der Gesetzgeber hat die Konkurrenzen in Art. 49 StGB abschliessend geregelt. De lege lata ist es weder möglich, eine Gesamtfreiheitsstrafe aus Geld- und Freiheitsstrafen noch aus mehreren Geldstrafen zu bilden (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3.6).

Regeste (fr):
Art. 49 al. 1 CP; concours (prononcé d'une peine d'ensemble).

Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe d'aggravation selon l'art. 49 al. 1 CP n'est possible que lorsque le tribunal prononce concrètement des peines du même genre pour chaque norme violée. Que les dispositions pénales applicables prévoient, (en partie) de manière abstraite, des peines d'un même genre ne suffit pas. La peine pécuniaire et la peine privative de liberté ne sont pas des peines d'un même genre au sens de l'art. 49 al. 1 CP (méthode concrète; confirmation de la jurisprudence; consid. 2.2, 3.3 et 3.4).

Une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation suppose, à la différence de l'absorption et du cumul des peines, que le tribunal ait fixé (au moins de manière théorique) les peines (hypothétiques) de tous les délits. Le prononcé d'une peine unique dans le sens d'un examen global de tous les délits à juger n'est pas possible (précision de la jurisprudence; consid. 3.5).

Le législateur a réglé de manière exhaustive les concours à l'art. 49 CP. De lege lata, il n'est pas possible de prononcer une peine privative de liberté d'ensemble qui serait composée d'une peine pécuniaire et d'une peine privative de liberté ni de plusieurs peines pécuniaires (précision de la jurisprudence; consid. 3.6).

Regesto (it):
Art. 49 cpv. 1 CP; concorso (pronuncia di una pena unica).

La pronuncia di una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena di cui all'art. 49 cpv. 1 CP è possibile unicamente ove il giudice irroghi, nel caso concreto, pene dello stesso genere per ognuna delle norme violate. Non basta che le disposizioni penali applicabili comminino (parzialmente) pene dello stesso genere. La pena pecuniaria e quella detentiva non costituiscono delle pene dello stesso genere ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 CP (cosiddetto "metodo concreto"; conferma della giurisprudenza; consid. 2.2, 3.3 e 3.4).

Una pena unica in applicazione del principio dell'inasprimento della pena presuppone, diversamente dal principio dell'assorbimento e da quello del cumulo materiale delle pene, che il giudice abbia (almeno mentalmente) commisurato una (ipotetica) pena per ciascuno dei reati. La pronuncia di una pena unitaria, intesa come considerazione complessiva di tutte le infrazioni da giudicare, non è possibile (precisazione della giurisprudenza; consid. 3.5).

Il legislatore ha disciplinato in modo esaustivo il concorso di reati nell'art. 49 CP. De lege lata non è possibile infliggere una pena detentiva unica partendo da pene pecuniarie e pene detentive né da più pene pecuniarie (precisazione della giurisprudenza; consid. 3.6).

Sachverhalt ab Seite 218

BGE 144 IV 217 S. 218

A. Das Obergericht des Kantons Aargau verurteilte X. am 7. Mai 2015 wegen mehrfacher versuchter schwerer Körperverletzung, mehrfacher einfacher Körperverletzung und mehrfacher Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren und ordnete eine ambulante vollzugsbegleitende Massnahme an. Die dagegen von X. erhobene Beschwerde in Strafsachen hiess das Bundesgericht am 12. Januar 2016 wegen Verletzung des Anklageprinzips teilweise gut, hob das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung zurück. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (Verfahren 6B_633/2015).

B. Das Obergericht verurteilte X. im Rückweisungsverfahren am 3. März 2016 wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung und

BGE 144 IV 217 S. 219

mehrfacher Nötigung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 2 Jahren und ordnete eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme an.

C. X. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei mit einer bedingten Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 130.- zu bestrafen. Auf die Anordnung einer ambulanten Massnahme sei zu verzichten, eventualiter sei die Freiheitsstrafe zu Gunsten einer allfälligen ambulanten Massnahme aufzuschieben. Subeventualiter sei die Sache zu neuer Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau verzichtet auf eine Vernehmlassung. Das Obergericht hat sich innert Frist nicht geäussert. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, es hebt das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 3. März 2016 auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...)

1.2 Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung i.S.v. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 5 StGB und mehrfacher Nötigung gemäss Art. 181 StGB zu verurteilen. Entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht sei eine Gesamtfreiheitsstrafe für die mehrfache einfache Körperverletzung und die mehrfache Nötigung auszusprechen, da nur eine 360 Einheiten übersteigende Sanktion verschuldensangemessen sei.
(...)

2.

2.1 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen und ist an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

2.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Bildung einer Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 49 Abs. 1 StGB nur möglich, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt (sog. "konkrete Methode"). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen

abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht. Geldstrafe und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (BGE 142 IV 265 E. 2.3.2; BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122; BGE 137 IV 57 E. 4.3.1 S. 58; vgl. zu Ausnahmen von der konkreten Methode nachfolgend E. 2.4).

2.3

2.3.1 Während die herrschende Lehre wie das Bundesgericht der Ansicht ist, dass Busse, Freiheits- und Geldstrafe verschiedene Strafenarten sind und demnach die Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode bejaht (JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 36 zu Art. 49 StGB; TRECHSEL/THOMMEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 7 zu Art. 49 StGB; FINGERHUTH/LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO],2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 34 StPO; FELIX BÄNZIGER, in: Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], 2008, zu Art. 34 StPO, S. 30;HANS MAYTHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2016, § 11 N. 316; ders., Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100/2004 S. 173 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, forumpoenale 6/2008 S. 356 ff.; ders. , Erneut zur Gesamtstrafenbildung, forumpoenale 6/2011 S. 349 f.; ders. , Allgemeiner Teil [nachfolgend: AT I], Bd. I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 19 N. 21 f.;GEORGES GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2006, S. 130;ACKERMANN/EGLI, Die Strafartschärfung - eine gesetzesgelöste Figur, forumpoenale 3/2015 S. 156 ff.; MARKO CESAROV, Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode, forum-

poenale 2/2016 S. 97 ff.; ohne [eindeutige]Positionierung mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung:STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 49 StGB; kritisch: STEFAN HEIMGARTNER, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch [...], Andreas Donatsch undandere [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 5 f. zu Art. 49 StGB), wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Voraussetzungen undzum systematischen Vorgehen der Gesamtstrafenbildung von Teilen der Lehre kritisiert und von den kantonalen Instanzen nicht einheitlich umgesetzt.

BGE 144 IV 217 S. 221

2.3.2 Einige Autoren erachten mit unterschiedlicher Begründung Geld- und Freiheitsstrafe (zumindest) im Rahmen von Art. 49 Abs. 1 StGB als gleichartig (KURT BALMER, Die Gesamtstrafe im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in: Das revidierte StGB, Allgemeiner Teil, Erste Erfahrungen, Tag/Hauri [Hrsg.], 2008, S. 17 f.; ANDREAS J. KELLER, Kommentar zu Art. 49 StGB, in: Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, Hansjakob/Schmitt/Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2006, S. 46; in diesem Sinne auch: DANIEL STOLL, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. I, 2009, N. 81 zu Art. 49 StGB; ANNETTE DOLGE, Geldstrafe als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop [nachfolgend: Geldstrafe], ZStrR 128/2010 S. 77, hält entweder eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder des Gesetzestextes für erforderlich). Nach Ansicht von KELLER (a.a.O., S. 46) sind Freiheitsstrafe, Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit nach der gesetzlichen Konzeption austauschbar und somit gleichartig, soweit es die Höhe der Strafart zulasse. BALMER spricht sich im Ergebnis ebenfalls für die Gleichartigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe aus. Zwar ergebe sich aus Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB, dass der Gesetzgeber Geld- und Freiheitsstrafe nicht als gleichartige Sanktionen betrachte, jedoch habe dieser die sich daraus im Rahmen der Konkurrenzen ergebenen Folgen nicht bedacht. Zur Vermeidung nicht nachvollziehbarer Ergebnisse sei im Wege einer teleologischen Auslegung auf Gleichartigkeit beider Sanktionen zu schliessen. Geld- und Freiheitsstrafe seien aufgrund des Umrechnungsmodus von Art. 36 Abs. 1 StGB letztlich materiell gleichartig und -wertig, zumal beide Strafen durch gemeinnützige Arbeit ersetzt werden könnten (BALMER, a.a.O., S. 16 ff.).

2.3.3 Nach der auf SCHWARZENEGGER zurückgehenden sog. abstrakten Methode ist die Gleichartigkeit von Strafen anhand eines Vergleichs der ordentlichen Strafrahmen der erfüllten Tatbestände zu bestimmen und "bei teilweiser Deckungsgleichheit im oberen Strafrahmenbereich" gegeben (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz [Art. 49 Abs. 1 StGB], in: Festschrift für Hans Wiprächtiger, 2011, S. 48; SONJA KOCH, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, 2013, S. 121 f.; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 49 StGB; DOLGE, Geldstrafe, a.a.O., S. 77 f.; KATHRIN GIOVANNONE-HOFMANN, Bemerkungen zu BGE 137 IV 57 , forumpoenale 1/2012 S. 3 ff.; so auch noch: Urteil 6B_65/2009

BGE 144 IV 217 S. 222

vom 13. Juli 2009 E. 1.4.1 und 1.4.2; ohne eindeutige Stellungnahme: JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl. 2018, § 5 S. 96 ff.). Art. 49 Abs. 1 StGB knüpfe nicht wie zuvor aArt. 68 Ziff. 1 StGB an die verwirkten und damit konkreten Strafen an. Die Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip Schweizer Prägung verlange keine Strafzumessung für jede einzelne Straftat, sondern begnüge sich mit einem Vergleich der abstrakten Strafandrohungen (SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 46 f.). Mit Blick auf die abstrakte Natur des Vergleichs, die Vereinfachungsfunktion des schweizerischen Einheitsstrafensystems und die für den Täter grundsätzlich ungünstige Strafenkumulation sei bei teilweiser Deckungsgleichheit im obe-

ren Strafrahmenbereich (Freiheitsstrafe [Straftatbestand 1]und Freiheitsstrafe oder Geldstrafe [Straftatbestand 2]) von Gleichartigkeit der Strafen auszugehen. Bei teilweiser Deckungsgleichheit im unteren Strafrahmenbereich (Freiheitsstrafe oder Geldstrafe [Straftatbestand 1]und Geldstrafe [Straftatbestand 2]), lägen hingegen keine gleichartigen Strafen vor, da ansonsten die minderschwere Tat als strafschärfendes Element innerhalb der falschen Strafart in Rechnung gestellt werde (SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 51; KOCH, a.a.O., S. 119; so im Ergebnis auch: GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 4).

2.4 Auch das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung trotz Verweises auf seine Leitentscheide wiederholt Ausnahmen von der konkreten Methode gebilligt, weshalb nicht mehr von Einzelfallentscheidungen gesprochen werden kann (vgl. Urteile 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.1; 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.8; 6B_521/2012 vom 7. Mai 2013 E. 6; 6B_446/2011 vom 27. Juli 2012 E. 9.4). Die Voraussetzungen von Regel und Ausnahme bei der Gesamtstrafe sind nicht immer klar und erscheinen mehr und mehr fliessend. Das Bundesgericht verneinte zunächst eine Verletzung von Art. 49 Abs. 1 StGB, wenn sich die einzelnen Delikte nicht wesentlich voneinander unterscheiden, sie nach denselben Bestimmungen zu beurteilen sind und sich nicht ohne Weiteres eine schwerste Tat für die Einsatzstrafe bestimmen lässt (Urteil 6B_446/2011 vom 27. Juli 2012 E. 9.4). Sodann erachtete es - wenn auch im Rahmen von Art. 41 StGB unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit - ein Abweichen von der konkreten Methode ebenfalls als zulässig, wenn bei der Bildung einer Gesamtstrafe als Einsatzstrafe für die schwerste Straftat eine Freiheitsstrafe festgesetzt und deren Dauer für die

weiteren Delikte angemessen erhöht wird (Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.3). Im Folgenden erklärte es eine Gesamtbetrachtung aller verwirklichten Tatbestände, ohne für jeden Normverstoss eine (hypothetische) Strafe zu bilden, als ausnahmsweise angebracht und mit Art. 49 Abs. 1 StGB für vereinbar, wenn nicht ein deutlich schwereres Delikt zusammen mit einer oder wenigen weiteren, leichter wiegenden Nebentat(en) zu sanktionieren ist (Urteil 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.8). Eine weitere Ausnahme von der konkreten Methode in Form einer Gesamtbetrachtung ist - anders noch als im Verfahren 6B_446/2011 - unabhängig von den anzuwendenden Bestimmungen und der Art der Delikte auch dann zulässig, wenn verschiedene Straftaten zeitlich und sachlich derart eng miteinander verknüpft sind, dass sie sich nicht sinnvoll auftrennen und für sich allein beurteilen lassen (Urteil 6B_1011/ 2014 vom 16. März 2015 E. 4.4).

2.5 Vordergründig reduziert sich die Diskussion bei der Gesamtstrafenbildung (ausschliesslich) auf die Frage, wann "die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen" im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind (vgl. statt vieler: STRATENWERTH, forumpoenale 6/2011 S. 349 mit Hinweisen). Der Regelungsgehalt und Anwendungsbereich von Art. 49 Abs. 1 StGB lassen sich jedoch nicht losgelöst respektive nur im Zusammenhang mit der vom Gesetzgeber getroffenen Methodik der Konkurrenzlösung nach dem Asperationsprinzip beantworten, weshalb es angezeigt ist, die zur Gesamtstrafenbildung entwickelten Grundsätze nochmals aufzuzeigen und unter Berücksichtigung der dagegen vorgebrachten Kritik sowie der ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf eine einheitliche und nachvollziehbare Rechtsanwendung vertieft zu überprüfen.

3.

3.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text unklar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht wer-

den. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich

richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (sog. Methodenpluralismus). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 142 IV 401 E. 3.3, BGE 142 IV 105 E. 5.2, 1 E. 2.4.1; je mit Hinweisen).

3.2 Die Strafrahmen der Tatbestände des Besonderen Teils des StGB und des Nebenstrafrechts sind auf Fälle zugeschnitten, in denen ein Täter einen Straftatbestand einmal erfüllt. Die Tatbestände enthalten hingegen keine Regelung für die Sanktionierung mehrfacher Tatbestandsverwirklichung oder für das Zusammentreffen mit anderen Gesetzesverstössen (Konkurrenz). Das Recht der Konkurrenzen entscheidet, ob von mehreren verletzten Straftatbeständen alle oder nur bestimmte zur Anwendung gelangen und wie sich ein Zusammentreffen auf die Bestrafung des Täters auswirkt, d.h., welchen verwirklichten Straftatbeständen der Richter die Unrechtsfolge entnimmt (vgl. zum Ganzen: ACKERMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 49 StGB; KOCH, a.a.O., S. 45, 65, 71; Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, Reform des Sanktionenrechts, Michael Hettinger [Hrsg.], Bd. II: Einführung der Einheitsstrafe, Baden-Baden 2001, S. 33). Art. 49 Abs. 1 StGB legt unter der Marginale "Konkurrenzen" die Rechtsfolgen fest, die einen Täter treffen, der denselben Straftatbestand mehrfach oder mehrere verschiedene Straftatbestände verletzt hat. Die Vorschrift regelt das methodische Vorgehen der Strafzumessung im Konkurrenzfall nur rudimentär (vgl. ACKERMANN, a.a.O., N. 116 zu Art. 49 StGB); ihr selbst lässt sich nicht entnehmen, wann die Voraussetzungen gleichartiger Strafen erfüllt sind, was die schwerste Straftat ist und wie diese zu ermitteln und erhöhen ist.

3.3 Art. 49 Abs. 1 StGB ersetzte im Rahmen der zum 1. Januar 2007 in Kraft getretenen (mittlerweile in Teilen bereits wieder revidierten) Revision des Sanktionenrechts aArt. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Der Gesetzeswortlaut wurde geändert. Die bisherige Formulierung, dass eine Gesamtstrafe nur dann gebildet werden kann, wenn der Täter "mehrere Freiheitsstrafen verwirkt" hat, wurde durch "die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt" ersetzt.

3.3.1 Entgegen der Ansicht von SCHWARZENEGGER (a.a.O., S. 46) spricht der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB nicht für die Gleichartigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe im Rahmen der Gesamtstrafenbildung. KOCH, die ebenfalls die abstrakte Methode favorisiert, weist zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber das Wort "gleichartig" hätte weglassen respektive durch das Adjektiv "beliebig" ersetzen können, wenn Geld- und Freiheitsstrafe gleiche Strafarten wären (a.a.O., S. 106 f.; so auch: STRATENWERTH, forumpoenale 6/ 2008 S. 357). Auch bezeichnet "Strafe" in Art. 1 und Art. 3-9 StGB die konkret zugemessene Strafe und nicht den abstrakten Strafrahmen. Entgegen KOCH lässt sich aus Art. 10 StGB keine uneinheitliche Verwendung des Begriffs Strafe ableiten. Im Gegensatz zu Art. 1 und Art. 3-9 StGB verwendet der Gesetzgeber den Begriff "Strafe" in Art. 10 StGB nicht alleine und im Singular, sondern spricht von "der Schwere der Strafen, mit der die Taten bedroht sind". Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Geld- und Freiheitsstrafe im Rahmen der Gesamtstrafenbildung gleichartig seien, hätte es im Rahmen der Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht der Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der ausgesprochenen Strafe zur Bildung einer

Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB bedurft (vgl. BALMER, a.a.O., S. 16). Auch dass für die Gesamtstrafenbildung nicht mehr auf die "verwirkten Freiheitsstrafen", sondern die "Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen" abgestellt wird, spricht nicht dafür, dass die Gleichartigkeit von Strafen sich anhand der ordentlichen Strafrahmen der erfüllten Tatbestände ergibt (a.A.: SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 46 f.; KOCH, a.a.O., S. 107). Tatbestandsmässiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Täters ist zwar Voraussetzung für die Ausfällung einer Sanktion; ob im zu beurteilenden Einzelfall eine Geld- oder Freiheitsstrafe auszusprechen ist, ergibt sich jedoch nicht aus den abstrakten Strafandrohungen der jeweiligen Tatbestände, sondern beurteilt sich gemäss Art. 47 StGB nach dem Ausmass des (Einzeltat-)Verschuldens. Zudem übersieht SCHWARZENEGGER, dass nach dem Willen des Gesetzgebers trotz des geänderten Wortlautes für die Bildung einer (Gesamt-)Strafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB wie unter altem Recht auf die "verwirkten" (Einzel-)Strafen abzustellen ist (Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999 2062 Ziff. 213.25).

3.3.2 In Rechtsprechung und Lehre besteht - soweit ersichtlich - Einigkeit, dass der Gesetzgeber mit Art. 49 Abs. 1 StGB keine Änderung der zu aArt. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB entwickelten konkurrenzrechtlichen Strafzumessungsgrundsätze bezweckte. Die redaktionellen und strukturellen Anpassungen von Art. 49 StGB gegenüber aArt. 68 StGB tragen der grundlegenden Neuordnung des Sanktionensystems Rechnung, deren zentrales Anliegen die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe, die Einführung der Geldstrafe und der gemeinnützigen Arbeit als Alternativsanktionen zur Freiheitsstrafe sowie allgemein die Erhöhung der Flexibilität des Richters bei der Auswahl und Individualisierung der Sanktion war (BBl 1999 1984 ff. Ziff. 1.2, 2017 f. Ziff. 213.11., 2024 ff. Ziff. 213.12 ff.; vgl. auch: BGE 134 IV 82 E. 3). Die zuvor nur im Rahmen von Freiheitsstrafen anwendbare Gesamtstrafenbildung nach dem Asperationsprinzip gilt auch für andere Strafen , d.h. für die neu eingeführte Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit (die mittlerweile eine Vollzugsform ist) sowie i.V.m. Art. 104 StGB für die Busse (zum Ganzen: BBl 1999 2062 Ziff. 213.24; BGE 137 IV 57 E. 4.3.1; ACKERMANN, a.a.O., N. 8 ff. und 101 zu Art. 49 StGB; SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 48; KOCH, a.a.O., S. 60 f., 108; DOLGE, Geldstrafe, a.a.O., S. 77 f.). Wollte der Gesetzgeber jedoch die unter aArt. 68 StGB zur Gesamtstrafe entwickelten Grundsätze mit der Einführung von Art. 49 StGB nach übereinstimmender Ansicht nicht ändern, spricht dies gegen die Gleichartigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe. Eine Gesamtstrafe aus altrechtlicher Freiheitsstrafe und Busse war nicht möglich. aArt. 68 StGB sah lediglich für Freiheitsstrafen (wobei die damalige Unterscheidung zwischen Zuchthaus und Gefängnis seit der Teilrevision von 1971 keine praktische Bedeutung mehr hatte; vgl. BBl 1999 2000 Ziff. 212.11) eine Gesamtstrafenbildung nach dem Asperationsprinzip vor (Ziff. 1 Abs. 2). Freiheitsstrafen und Bussen als geldwerte Sanktionen konnten nach altem Recht nur kumulativ ausgesprochen werden (vgl. aArt. 68 StGB; BGE 102 IV 242 E. II/5; BGE 86 IV 226 E. 3 S. 233; 75 IV 2 E. 1). Die Busse wurde im Rahmen der Revision des AT-StGB, soweit sie nicht der Sanktionierung von Übertretungen dient, durch die Geldstrafe ersetzt (BBl 1999 2017 Ziff. 213.11). Nicht ersichtlich ist, inwieweit das Argument, der Gesetzgeber habe die Asperation von Vergehens- und Verbrechensstrafen beibehalten wollen (vgl. SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 51; KOCH, a.a.O., S. 110; DOLGE, Geldstrafe, a.a.O., S. 77),

für die abstrakte Methode sprechen soll. Sowohl nach geltendem als auch nach altem Recht unterscheiden sich Vergehen und Verbrechen in erster Linie in der Schwere der angedrohten Strafe (sowie der davon abhängenden Verjährungsfrist und dem Umstand, dass die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar, jene zu einem Vergehen hingegen straflos ist; vgl. Art. 10 StGB respektive aArt. 9 i.V.m. aArt. 35 und 36 StGB; BBl 1999 2000 f. Ziff. 212.11); unerheblich ist und war, ob die Vergehens- und Verbrechenstatbestände neben

Freiheitsstrafe alternativ mit einer geldwerten Sanktion in Form von Geldstrafe oder Busse bedroht sind respektive waren. Auch gemäss aArt. 68 StGB kam das Asperationsprinzips zur Anwendung, wenn bei Vergehen, die neben Freiheitsstrafe mit Busse bedroht waren, im konkreten Fall auf mehrere Freiheitsstrafen zu entscheiden war (vgl. zum Ganzen auch: STRATENWERTH, forumpoenale 6/2008 S. 356 f.).

3.3.3 Die systematische Auslegung von Art. 49 Abs. 1 StGB spricht ebenfalls eindeutig gegen die Gleichartigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe. Die Mehrzahl der Tatbestände des Kernstrafrechts sieht als Sanktion nicht nur eine einzige Strafe, sondern Geld- und Freiheitsstrafe alternativ oder kumulativ vor (vgl. MATHYS, a.a.O., S. 153 N. 350; GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 4; BALMER, a.a.O., S. 15). Soweit lediglich ein Gesetzesverstoss zu sanktionieren ist, besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit, dass Geld- und Freiheitsstrafe sich in Intensität und Art ihres Eingriffs unterscheiden und es sich um verschiedene Strafarten handelt. Die Geldstrafe ist eine Vermögensstrafe und bezweckt im Unterschied zur Freiheitsstrafe eine Beschränkung des Lebensstandards sowie Konsumverzicht des Täters (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3 S. 104 f.; SANDRO CIMICHELLA, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, 2006, S. 10, 67; ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I [nachfolgend: Basler Kommentar], 3. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 34 StGB; STRATENWERTH, forumpoenale 6/2008 S. 357; GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 3; je mit Nachweisen). Sie ist im Bereich leichter Kriminalität die Regelsanktion und geht gemäss Art. 41 StGB bei Strafen bis zu sechs Monaten freiheitsentziehenden Sanktionen vor (BBl 1999 2017 f. Ziff. 213.11, 2029 Ziff. 213.13, 2043 f. ab Fn. 142; sog. gesetzliche Prioritätenordnung: BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2, BGE 134 IV 82 E. 4.1, 60 E. 3.1; Urteil 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.2.1; GORAN MAZZUCCHELLI, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 11 und 42 zu Art. 41 StGB; MOREILLON/BICHOVSKY, Fixation de la peine -

Peine pécuniaire, travail d'intérêt général, sursis et sursis partiel: 3 ans de jurisprudence, ZStrR 2010 S. 239 f.). Die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivste Sanktion ist nach der gesetzlichen Konzeption ultima ratio und kann nur verhängt werden, wenn keine andere, mildere Strafe (oder Massnahme) in Betracht kommt (BBl 1999 2043 f. ab Fn. 142; BGE 138 IV 120 E. 5.2. S. 123; Urteil 6B_652/2016 vom 28. März 2017 E. 2.6; BENJAMIN F. BRÄGGER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 40 StGB; TRECHSEL/KELLER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 40 StGB). Warum Geld- und Freiheitsstrafe hingegen im Rahmen der Strafzumessung bei mehrfacher Deliktsverwirklichung als gleichartig gelten sollen, erschliesst sich nicht. Auch die Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 49 StGB unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip (BGE 137 IV 249 E. 3.4.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2.2; je mit Hinweisen). Der Täter soll und kann aufgrund des Umstandes, dass mehrere Delikte gleichzeitig zur Beurteilung stehen, für die einzelnen Taten nicht schwerer bestraft werden als bei separater Beurteilung (Art. 49 Abs. 2 StGB e contrario; BBl 1999 2062 Ziff. 213.24). Wären Geld- und Freiheitsstrafe im Rahmen von Art. 49 Abs. 1 StGB als gleichartig anzusehen, würde die dem Einzeltatverschulden angemessene Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe und somit in eine schwerere Sanktion umgewandelt. Eine solche Strafartschärfung ist gesetzlich nicht vorgesehen respektive gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 3 StGB ausgeschlossen, denn das Gericht ist bei der Gesamtstrafenbildung an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (vgl. STRATENWERTH, forumpoenale 6/2008 S. 357; ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 160 ff.; CESAROV, a.a.O., S. 99). Auch die durch den unzulässigen Wechsel der Strafart mögliche Asperation kann die Strafschärfung nicht ausgleichen, denn der Eingriff in die persönliche Freiheit wiegt unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages stets schwerer als eine Vermögenssanktion (vgl. BGE 137 IV 249 E. 3.1; BGE 134 IV 82 E. 7.2.2 S. 90). Wären Geld- und Freiheitsstrafe gleichartig, wäre deren kumulative Anordnung (vgl. Art. 135 Abs. 3, Art. 172 bis , Art. 182 Abs. 2, Art. 197 Abs. 7, Art. 226 bis Abs. 1 und 2, Art. 226 ter Abs. 1-3, Art. 229 Abs. 1, Art. 230 Ziff. 1 Abs. 4, Art. 235 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 273 Abs. 3, Art. 282 Abs. 2, Art. 305 bis Ziff. 2 und Art. 314 StGB) überflüssig respektive systemwidrig, denn aus den kumulativ angedrohten Strafen müsste beim Zusammentreffen mit weiteren Delikten gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zwingend eine Gesamtfrei-

heitsstrafe gebildet werden.

BGE 144 IV 217 S. 229

Entgegen BALMER (a.a.O, S. 16) spricht Art. 36 Abs. 1 StGB nicht für, sondern (eher) gegen die Gleichartigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe. Der gesetzlich vorgegebene Umrechnungsmodus von Geld- in Freiheitsstrafe für den Fall, dass die Geldstrafe nicht bezahlt wird und auf dem Betreibungsweg uneinbringlich ist, betrifft nicht die Strafzumessung, sondern ist ihrer Natur nach (in erster Linie) lediglich Geldstrafenvollzug. Die Ersatzfreiheitsstrafe tritt nur vollzugsweise an die Stelle der ausgesprochenen Geldstrafe und entfällt ihrerseits durch Bezahlung als Vollzug der Geldstrafe. Sie ist mit andern Worten nur Behelf zur Durchsetzung des primär auf Geldleistung gerichteten Strafanspruchs des Staates (BGE 141 IV 203 E. 3.2.3; vgl. auch: DOLGE, Basler Kommentar, a.a.O., N. 5 und 16 zu Art. 36 StGB; CIMICHELLA, a.a.O., S. 250; YVAN JEANNERET, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. I, 2009, N. 1 zu Art. 36 StGB). STRATENWERTH (forumpoenale 6/2008 S. 357) spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von einer "(problematischen) Gleichstellung von Freiheits- und Geldstrafe", die aber keine Gleichartigkeit der Sanktionen bedeutet.

3.3.4 Dass der Gesetzgeber ausdrücklich an der gesetzlichen Konzeption, dass eine Gesamtstrafenbildung nur bei gleichartigen Strafen i.S. der konkreten Methode möglich ist, festhält, belegen die redaktionellen Anpassungen von Art. 46 Abs. 1 StGB im Rahmen der letzten Revision des Sanktionenrechts. Die zuvor mögliche, aber stark kritisierte Strafartänderung zur nachträglichen Gesamtstrafenbildung bei Nichtbewährung wurde abgeschafft. Eine Gesamtstrafe kann nach Art. 46 Abs. 1 StGB ebenfalls nur noch gebildet werden, wenn die widerrufene und die neue Strafe, bei denen es sich ausschliesslich um die konkret ausgesprochenen Sanktionen und nicht die abstrakten Strafrahmen handeln kann, gleicher Art sind. Hingegen hat der Gesetzgeber in Kenntnis der zu Art. 49 Abs. 1 StGB ergangenen und gefestigten bundesgerichtlichen sowie der sich aus dem Wortlaut der Norm ergebenden Konsequenzen auf eine Änderung/Anpassung der Konkurrenzregelung verzichtet.

3.4 Die von SCHWARZENEGGER und BALMER angeführten Kritikpunkte, die konkrete Methode führe zu nicht nachvollziehbaren Lösungen und sei unpraktikabel, bestanden schon nach altem Recht (vgl. STRATENWERTH, forumpoenale 6/2008 S. 356 f.) und beruhen nicht auf einer neuen Gesetzesauslegung. Die sich aufgrund des Wortlautes von Art. 49 Abs. 1 StGB ergebenden Probleme lassen sich durch eine Gleichsetzung von Geld- und Freiheitsstrafe im Rahmen der

BGE 144 IV 217 S. 230

Gesamtstrafenbildung nicht beseitigen, die ihrerseits nicht auflösbare Wertungswidersprüche und Anwendungsprobleme nach sich ziehen würde (vgl. zu Problemen bei der Gesamtstrafenbildung nach der abstrakten und konkreten Methode: KOCH, a.a.O., S. 117 ff. Ziff. 2.7.6).

3.4.1 Nicht zutreffend ist, der Täter würde durch kumulativ auszusprechende Geld- und Freiheitsstrafen, schlechtergestellt, da das Asperationsprinzip ausgeschaltet wäre. Zum einen wiegt Freiheitsstrafe immer schwerer als Geldstrafe und zum anderen darf auch bei einem Nebeneinander verschiedener Strafen nur eine verschuldensangemessene Strafe ausgesprochen werden (vgl. BGE 134 IV 53 E. 5.2 S. 55 f.; Urteil 6B_220/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.1; KOCH, a.a.O., S. 117). Zudem wird übersehen, dass nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB beim Vorliegen der Voraussetzungen gleichartiger Strafen zwingend eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Dem Gericht steht insoweit kein Ermessensspielraum zu (anders bei der Gesamtstrafenbildung aus Geld-

und Freiheitsstrafen: § 53 Abs. 2 D-StGB). Dies hätte für den Verurteilten die nachteilige Konsequenz, dass die Frage des Vollzugs nicht mehr wie bisher für die kumulativ ausgesprochenen Geld- und Freiheitsstrafen jeweils separat beurteilt würde (vgl. BGE 138 IV 120 E. 6; Urteile 6B_681/ 2011 vom 12. März 2012 E. 3.4; 6B_165/2011 vom 19. Juli 2011 E. 2.3.4).

3.4.2 Nach der abstrakten Methode liegen gleichartige Strafen nur bei teilweise übereinstimmendem Strafrahmen im oberen (Freiheitsstrafe[Straftatbestand 1]und Freiheits- oder Geldstrafe[Straftatbestand 2]), jedoch nicht im unteren Bereich (Freiheits- oder Geldstrafe[Straftatbestand 1]und Geldstrafe[Straftatbestand 2]) vor.Deren Vertreter räumen selbst ein, die Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe würde in der zweiten Konstellation dazu führen, dass die ausschliesslich mit Geldstrafe bedrohte Tat "strafschärfend innerhalb der falschen Strafart " berücksichtigt würde, was mit dem Grundsatz keine Strafe ohne Gesetz (Art. 1 StGB) nicht vereinbar ist (vgl. KOCH, a.a.O., S. 119, 121; SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 51). Dass der Gesetzgeber zur Bestimmung der Gleichartigkeit darauf abstellt, ob die Strafrahmen sich im oberen oder unteren Bereich überschneiden, mithin bei sich teilweise überschneidenden Strafrahmen nicht immer von Gleichartigkeit ausgehen würde, lässt sich Art. 49 Abs. 1 StGB nicht entnehmen. Bei teilweiser Überschneidung im unteren Strafrahmen müsste das Gericht mangels Gleichartigkeit

der Sanktionen zwei kumulative Geldstrafen aussprechen, wenn es für das alternativ mit beiden Strafen bedrohte Delikt im konkreten Fall nur eine Geldstrafe für angemessen erachtet. Kumulativ angedrohte Geld- und Freiheitsstrafen würden beim Zusammentreffen mit weiteren Delikten ihre Bedeutung verlieren, wenn von der Gleichartigkeit bei ihnen nicht eine (nicht zu rechtfertigende) Ausnahme gemacht würde.

3.4.3 Bei der Zusatzstrafenbildung gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB wäre die abstrakte Methode bei unterschiedlichen Strafarten von Grundstrafe und neu zu beurteilenden Delikten nur beschränkt anwendbar. Eine Zusatzstrafe liesse sich nur bilden, wenn die rechtskräftige Grundstrafe auf Freiheitsstrafe lautet und die noch zu beurteilenden Delikte mindestens Geld- oder/und Freiheitsstrafe vorsehen. Würde umgekehrt die Grundstrafe auf Geldstrafe lauten, müsste konsequenterweise aufgrund deren Rechtskraft und Unabänderlichkeit (vgl. hierzu: BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 269 f.) auch für die neu zu beurteilenden Delikte selbst dann eine Geldstrafe ausgesprochen werden, wenn eine hypothetische Gesamtstrafe (Grundstrafe + Zusatzstrafe) von höchstens 360 respektive seit 1. Januar 2018 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB) wegen der Schwere der weiteren Tat völlig unangemessen wäre (STRATENWERTH, forumpoenale 6/2011 S. 350). Nach TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN (a.a.O., N. 12a zu Art. 49 StGB), die grundsätzlich die abstrakte Methode vertreten, soll in Fällen retrospektiver Konkurrenz aufgrund der gezeigten Probleme ausnahmsweise die konkrete und nicht die abstrakte Methode Anwendung finden. Dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche oder nur eingeschränkte Anwendung des Asperationsprinzips bei der Zusatzstrafe in Abweichung zur Gesamtstrafe beabsichtigt, lässt sich hingegen weder dem Wortlaut noch den Gesetzesmaterialien entnehmen.

3.5 Die abstrakte Methode widerspricht zudem der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung echter Konkurrenzen. Auch wenn der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB eine andere Auslegung nicht ausschliesst, besteht in Rechtsprechung und Lehre aufgrund der Gesetzesmaterialien (grundsätzlich) Einigkeit, dass das Gericht bei gleichzeitiger Beurteilung mehrfacher Deliktsbegehung eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips zu bilden hat (BBl 1999 2062 Ziff. 213.24 sowie die Nachweise in E. 3.3.2 und 3.3.3; zu den unterschiedlichen Arten der Strafschärfung: KOCH, a.a.O, S. 28-44; a.A. hingegen die überwiegende deutsche und

österreichische Lehre, wonach gemäss Art. 49 StGB/aArt. 68 StGB eine Einheitsstrafe zu bilden ist: HETTINGER, a.a.O., S. 90 f.; JESCHECK/ WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 67 S. 725; KURT REEBMANN, Überlegungen zur Einheitsstrafe im Erwachsenenstrafrecht, in: Festschrift für Karl Bengl, 1984, S. 112; OTTO TRIFFTERER, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1994, S. 442 f.). Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Gesamtstrafe in Art. 49 Abs. 1 StGB nicht; auch enthält das StGB keine Definition der Gesamtstrafe, aus der sich das methodische Vorgehen bei der Gesamtstrafenbildung ableiten lässt (vgl. vorstehend E. 3.2; Art. 49 Abs. 3 StGB enthält allenfalls eine ableitbare Definition zur Gesamtstrafenbildung). Jedoch verweisen andere Vorschriften des StGB zur Bildung der Gesamtstrafe explizit auf Art. 49 StGB (Art. 46 Abs. 1 Satz 2, Art. 49 Abs. 3, Art. 89 Abs. 6 Satz 1 StGB); zudem enthält Art. 34 des Jugendstrafgesetzes vom 20. Juni 2003 (JStG; SR 311.1) eine Art "Legaldefinition" der Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationprinzips. Art. 34 JStG entspricht inhaltlich weitgehend Art. 49 Abs. 1 StGB. Auch gemäss Art. 34 JStG kann die urteilende Behörde eine Gesamtstrafe nur bilden, wenn die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt sind, und hat die Strafe der schwersten Tat angemessen zu erhöhen; andernfalls sind die Strafen nach Art. 33 JStG zu verbinden. Die einzelnen Straftaten dürfen nicht schwerer gewichtet werden, als wenn sie allein beurteilt würden, und das gesetzliche Höchstmass einer Strafart darf nicht überschritten werden (Art. 34 Abs. 1 und 2 JStG; BBl 1999 2258 Ziff. 423.318). Dass das Jugendstrafrecht durch das Erziehungsprinzip geprägt ist und sich in seinen auf den Entwicklungs- und Reifeprozess des straffälligen Jugendlichen ausgerichteten Rechtsfolgen deutlich von denjenigen des StGB unterscheidet, ist im Hinblick auf die Methodik der Gesamtstrafenbildung ohne Bedeutung (vgl. BALMER, a.a.O., S. 12 f.). So verweist auch der Gesetzgeber in den Materialien zum JStG auf die Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 49 E-StGB.

3.5.1 Nach Rechtsprechung und Lehre, soweit sie sich überhaupt zum methodischen Vorgehen der Gesamtstrafenbildung inhaltlich äussern, ist die Gesamtstrafe in mehreren Schritten unter Berücksichtigung der Strafrahmen der in die Strafzumessung einfliessenden einzelnen Tatbestände zu ermitteln. Vorab ist der Strafrahmen der schwersten Straftat zu bestimmen, die die Einsatzstrafe bildet.

Der Täter soll aufgrund mehrfacher Tatbegehung nicht von einer Strafrahmenreduzierung profitieren, weshalb der Strafrahmen für die schwerste Straftat anhand der abstrakten Strafandrohung und nicht der konkret höchsten (verwirkten) Strafe zu bestimmen ist; die Einsatzstrafe für die schwerste Tat kann demnach durchaus niedriger sein als andere im Rahmen der Gesamtstrafenbildung zu berücksichtigende (verwirkte) Einzelstrafen. Die Einsatzstrafe ist innerhalb ihres ordentlichen Strafrahmens festzusetzen und anschliessend unter Einbezug gleichartiger Strafen der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.4; Urteil 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.4.4, nicht publ. in: BGE 137 IV 57 : ACKERMANN, a.a.O., N. 116 zu Art. 49 StGB; STRATENWERTH, AT I, a.a.O., § 19 N. 21; vgl. auch die Nachweise bei KOCh, a.a.O., S. 123 Fn. 470; widersprüchlich SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 48 für die konkret höchste Strafe, hingegen S. 52 für die abstrakte Strafandrohung). Hierbei ist zu beachten, dass die einzelnen Straftaten wie bei separater Beurteilung nur innerhalb ihres eigenen Strafrahmens straferhöhend berücksichtigt werden können (vgl. BGE 143 IV 145 E. 8.2.3 S. 148 f.; BGE 142 IV 265 E. 2.4.3; BGE 136 IV 55 E. 5.8), da der Täter im Rahmen der Gesamtstrafenbildung für das einzelne Delikt nicht schwerer bestraft werden soll, als wenn die Taten einzeln beurteilt worden wären (BBl 1999 2258 Ziff. 423.318; ACKERMANN, a.a.O., N. 118 zu Art. 49 StGB). Umgekehrt beschränkt die höchste gesetzliche Mindeststrafe sämtlicher zu berücksichtigender Tatbestände - soweit nicht ausnahmsweise Strafmilderungsgründe deren ordentlichen Strafrahmen nach

unten öffnen - den Strafrahmen bei der Gesamtstrafenbildung nach unten (vgl. zur sog. Sperrwirkung der milderen Norm: [sinngemäss]BGE 143 IV 145 E. 8.2.3 S. 148; BGE 142 IV 265 E. 2.4.5; BGE 134 IV 82 E. 8.2 S. 96; ACKERMANN, a.a.O., N. 118 zu Art. 49 StGB; STRATENWERTH, AT I, a.a.O., S. 485 f.; SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 52; MATHYS, a.a.O., S. 159 N. 365; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 86).

3.5.2 Die ratio legis des Asperationsprinzips besteht in der Vermeidung der Kumulation verwirkter Einzelstrafen. Die Deliktsmehrheit wirkt sich nur unproportional straferhöhend aus. Die Gesamtstrafe darf die Summe der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen (BGE 143 IV 145 E. 8.2.3 S. 148; BGE 138 IV 113 E. 3.4; ACKERMANN, a.a.O., N. 116, 118 und 169 zu Art. 49 StGB, spricht in diesem Zusammenhang von der "Sperrwirkung der Unterkumulation"; PETER POPP, An den Grenzlinien der Konkurrenz, in: Festschrift für Franz

Riklin, Niggli/Pozo/Queloz [Hrsg.], 2007, S. 188; SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 45). Mehrfache Delinquenz soll zu einer höheren Strafe führen, wobei das Mass der Erhöhung in Abhängigkeit zu den begangenen Delikten festzusetzen ist, um der Art der Taten Rechnung zu tragen. Bei Art. 49 StGB handelt es sich um eine spezialpräventiv motivierte Norm. Der Täter soll so wenig Strafe als möglich, aber so viel wie nötig erfahren. Dass die Gesamtstrafenbildung auf gleichartige Strafen beschränkt ist und somit den unterschiedlichen Strafarten Rechnung trägt, ist Ausdruck der gesetzgeberischen Prämisse, die Grundrechte des Täters nur so weit einzuschränken, als dies für die Erreichung des Strafzwecks erforderlich ist (vgl. BBl 1999 1984 Ziff. 1.2).

3.5.3 Die Vertreter der abstrakten Methode favorisieren demgegenüber im Ergebnis eine "Einheitsstrafe" (SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 51 und 54; GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 5), die das StGB jedoch nicht vorsieht (vgl. BBl 1999 2062 Ziff. 213.24 und 213.25; ACKERMANN, a.a.O., N. 10 zu Art. 49 StGB). Dass die "Strafschärfung nach dem Asperationsprinzip Schweizer Prägung [...]keine konkrete Einzelstrafenbestimmung voraussetzt, sondern sich mit einem Vergleich der generell-abstrakten Strafandrohungen begnügt" (SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 46; vgl. auch GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 4; DOLGE, Geldstrafe, a.a.O., S. 77), widerspricht dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers und zeugt von einem falschen Verständnis der Systematik und des Begriffs der Gesamtstrafe. Nach der gesetzlichen Definition und Konzeption basiert eine Gesamtstrafe schon begrifflich auf mehreren (selbstständigen) Einzelstrafen, denn sie muss in Abgrenzung zum Absorptions- und Kumulationsprinzip höher sein als die Einzelstrafe für das schwerste Delikt (sog. Einsatzstrafe) und niedriger als die Summe der Einzelstrafen (KOCH, a.a.O., S. 37; siehe auch ACKERMANN, a.a.O., N. 10 f. und N. 121 f. zu Art. 49 StGB; MATHYS, a.a.O., S. 158 N. 362). Dies setzt voraus, dass das Gericht die (hypothetischen) Einzelstrafen sämtlicher Delikte (zumindest gedanklich) gebildet hat (ACKERMANN, a.a.O., N. 122 zu Art. 49 StGB; MATHYS, a.a.O., S. 158 N. 362; STRATENWERTH, forumpoenale 6/2011 S. 350; KOCH, a.a.O., S. 37; so auch zu Art. 49 Abs. 2 StGB: BGE 142 IV 265 E. 2.4.3 S. 270 f.), andernfalls liesse sich die Einsatzstrafe weder bestimmen, noch in Anwendung des Asperationsprinzip schärfen, weshalb das Gewicht, das den verwirkten Straftaten im Rahmen der Gesamtstrafe zukommt, im Urteil auszuweisen ist (BBl 1999 2062 Ziff. 213.25).

Nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB beginnt die Gesamtstrafenbildung zwingend mit der Festsetzung der (konkreten) Einsatzstrafe. Entgegen der Ansicht von GIOVANNONE-HOFMANN (a.a.O., S. 4) ist es unzulässig, bei der Beurteilung mehrerer Delikte, die alternativ Geld- oder Freiheitsstrafe vorsehen, zuerst

mittels Bildung einer Einheitsstrafe die Strafhöhe zu ermitteln und dann die Strafart festzulegen (vgl. MARK DEITERS, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, Baden-Baden 1999, S. 83). Auch ist von den vorgängig festgelegten Strafen nicht wieder Abstand zu nehmen und die Gesamtstrafe zweimal nach einem grundlegend unterschiedlichen Denkmuster zu ermitteln (so aber: GIOVANNONE-HOFMANN, a.a.O., S. 4 Ziff. III. 1.; SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 48 f.). Dass die Einzelstrafen sich in der Gesamtstrafe nicht eins zu eins niederschlagen, ist Ausfluss des Asperationsprinzips, das die Vermeidung der Kumulation der (verwirkten) Einzelstrafen bezweckt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihnen keinerlei Bedeutung für die Gesamtstrafenbildung zukommt.

3.5.4 Die vom Bundesgericht in letzter Zeit vermehrt geschaffenen und tolerierten Ausnahmen von der konkreten Methode der Gesamtstrafenbildung, namentlich bei Seriendelikten und einer mehrfachen Verwirklichung desselben Tatbestands (vgl. vorstehend E. 2.4), wurde von Teilen der Lehre wiederholt kritisiert. Die bundesgerichtliche Praxis sei weder klar noch überzeugend und erwecke den Eindruck, die zur Gesamtstrafenbildung entwickelten Grundsätze ergebnisorientiert nicht anzuwenden. Es lasse sich nicht begründen, warum im Einzelfall für ein mit Geldstrafe verschuldensangemessen zu ahndendes Delikt eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werde. Unklar sei, ob das Bundesgericht in diesen Fällen die abstrakte Methode anwende. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei mit dem gesetzlichen Vorrang der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe nicht vereinbar (MATHYS, a.a.O., S. 180 N. 412 ff.; CESAROV, a.a.O., S. 101) und stelle eine gesetzlich nicht vorgesehene Strafartschärfung dar (ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 158 ff.). Die Kritik ist nicht von der Hand zu weisen. Die zahlreichen Ausnahmen vom Grundsatz der "konkreten Methode" tragen nicht zur Rechtssicherheit und einer einheitlichen Rechtsanwendung bei. Art. 49 Abs. 1 StGB sieht keine Ausnahmen für bestimmte Konstellationen mehrfacher Deliktsbegehung vor (vgl. ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 160) und schliesst die Anwendung des Asperationsprinzips bei mehrfacher Begehung desselben Delikts gerade nicht aus.

BGE 144 IV 217 S. 236

Eine Gesamtbetrachtung aller Taten oder die Bildung von Deliktsgruppen zur Strafartbestimmung läuft im Ergebnis auf eine (selektive) Aufgabe der Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip zugunsten der gesetzlich nicht vorgesehenen "Einheitsstrafe" hinaus. Ein derartiges Vorgehen bedeutet gleichzeitig die Wiedereinführung der aufgegebenen Rechtsfiguren des fortgesetzten Delikts (BGE 109 IV 84 E. 1) und der verjährungsrechtlichen Einheit (BGE 117 IV 408 E. 2f.; jeweils bestätigt in: BGE 132 IV 49 E. 3.1.1.1; BGE 131 IV 83 E. 2.4.1; zuletzt: Urteil 6B_149/2017 vom 16. Februar 2018 E. 10.3) auf der Strafzumessungsebene (so auch: ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 161 f.; CESAROV, a.a.O., S. 101 f.), was das Bundesgericht explizit für unzulässig erklärt hat (BGE 131 IV 83 E. 2.4.1). Zudem hat der Gesetzgeber aufgrund der Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Tat durch das Bundesgericht im Rahmen der Konkurrenzen explizit auf eine Regelung des Fortsetzungszusammenhangs verzichtet (BBl 1999 2062 Ziff. 213.24). Die Gesamtbetrachtung mehrerer Delikte führt häufig zu einer künstlichen Aufsplittung der zu beurteilenden Lebenssachverhalte. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung werden von den Sachgerichten immer häufiger Tat(handlungs)gruppen aufgelöst und stattdessen Delikts- respektive Tatbestandsgruppen gebildet. Tateinheitlich begangene Delikte werden unabhängig voneinander wie selbstständige Taten gewürdigt mit der Folge, dass dem Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit als Strafzumessungsfaktor immer weniger Rechnung getragen wird. Auch kommt es bereits innerhalb der gebildeten Deliktsgruppen zu einer Asperation (vgl. MATHYS, a.a.O., S. 163 N. 373, nach dem die "jeweilige 'Gesamtstrafe' als Erhöhungsstrafe zu verwenden" ist) mit einer zweiten Strafrahmenbegrenzung (vgl. BGE 143 IV 145 E. 8.2.3, wo der Strafrahmen auf 6 ½ anstatt knapp 7 Jahre [5+1+1 minus 2x ein Tag]begrenzt wurde und SCHWARZENEGGER, a.a.O., S. 53, der im genannten Bsp. einen Strafrahmen von 14 ½ anstatt knapp 15 Jahren annimmt). Ein derartiges Vorgehen findet in Art. 49 Abs. 1 StGB keine Stütze (so auch: HEIMGARTNER, a.a.O., N. 5b zu Art. 49 StGB). Die Kriterien und Voraussetzungen für eine (ausnahmsweise) von der konkreten Methode abweichende Gesamtbetrachtung mehrerer Delikte und die Schaffung von Deliktsgruppen sind unklar. CESAROV (a.a.O., S. 100) weist zutreffend darauf hin, dass es nicht nachvoll-

ziehbar ist, die Beurteilung einer Vielzahl von Tatbestandsverletzungen, die in der Praxis den Regelfall darstellt, zur Ausnahme

zu erklären. Zudem lässt sich erst nach einer Einzelstrafzumessung beurteilen, ob und welche Delikte gleich schwer wiegen. Auch ist im Rahmen der Gesamtstrafenbildung dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbstständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehensweisen Rechnung zu tragen (zuletzt: Urteil 6B_330/2016 vom 10. November 2017 E. 4.2). Der Grundsatz, dass der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts geringer zu veranschlagen ist, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (vgl. Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4), wird hingegen bei einer Gesamtbetrachtung zum Nachteil des Täters durch einen Strafartwechsel strafschärfend gewichtet, anstatt geringer veranschlagt zu werden (vgl. ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 163).

3.6 Der Gesetzgeber hat die Konkurrenzen in Art. 49 StGB ausdrücklich und abschliessend geregelt und sich für eine auf Strafen gleicher Art beschränkte Gesamtstrafenbildung in Anwendung des Asperationsprinzip entschieden. De lege lata ist es weder möglich, eine Gesamtfreiheitsstrafe aus Geld- und Freiheitsstrafen noch aus mehreren Geldstrafen zu bilden (vgl. statt vieler: KOCH, a.a.O., S. 122; ACKERMANN/EGLI, a.a.O., S. 163; CESAROV, a.a.O., S. 102). Dass die vom Gesetzgeber getroffene Konkurrenzregelung nicht in allen Konstellationen mehrfacher Deliktsverwirklichung befriedigt und insbesondere im Hinblick auf das seit dem 1. Januar 2018 reduzierte Höchstmass der Geldstrafe auf 180 Tagessätze, das auch im Rahmen der Gesamtstrafe zur Anwendung kommt, bei mehrfach begangener leichter Kriminalität zu unbilligen Ergebnissen führen wird, ist hinzunehmen und rechtfertigt kein systemwidriges und ergebnisorientiertes Abweichen vom Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Norm. Der Gesetzgeber hat - aus guten Gründen - im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung am Vorrang der Geldstrafe festgehalten (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. März 2016, www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-29.html ; Entwurf Schweizerisches Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz [Änderungen des Sanktionenrechts], BBl 2012 4757 ff.; Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches unddes Militärstrafgesetzes [Änderungen des Sanktionenrechts], BBl2012 4731 ff. Ziff. 1.1.5-1.3, 4744 Ziff. 2.1; JOSITSCH/VON ROTZ, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs 2015,

Aktuelle Juristische Praxis [AJP]2016 S. 496 ff.) Trotz Kenntnis der zu Art. 49 Abs. 1 StGB ergangenen und gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie der sich aus dem Wortlaut der Normergebenden Konsequenzen hat er auf eine Änderung/Anpassung der Konkurrenzregelung verzichtet. Er hat weder eine gesetzliche Grundlage zur Bildung einer Gesamtstrafe aus Geld- und Freiheitsstrafe geschaffen (vgl. demgegenüber bspw. § 53 Abs. 2 D-StGB, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das D-StGB - soweit ersichtlich - keine Straftatbestände kennt, die ausschliesslich mit Geldstrafe bedroht sind; vgl. auch: CESAROV, a.a.O., S. 102), noch einen Wechsel von der Gesamtstrafe aus mehreren Einzelstrafen zu einer Einheitsstrafe im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller zu beurteilenden Delikte in Erwägung gezogen (vgl. BBl 2012 4757 ff. und 4721 ff.; instruktiv zur Einheitsstrafe und deren Unterschied zur Gesamtstrafe: VOLKER ERB, Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZStW]117/2005 S. 37 ff.;HETTINGER, a.a.O.). Dass sich angesichts des weiterhin geltenden Vorrangs der Geld- gegenüber der Freiheitsstrafe im Be-

reich von sechs Monaten und der unveränderten Regelung der Konkurrenzen gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB eine Erhöhung und nicht die Herabsetzung des gesetzlichen Höchstmasses der Geldstrafe aufgedrängt hätte, was der " Lockerung der Voraussetzungen für die Aussprechung einer kurzen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten" nicht entgegengestanden hätte, erlaubt es den Gerichten nicht, eine dem Gesetzgeber vorenthaltene Gesetzesänderung durch eine nicht gesetzeskonforme Auslegung von Art. 49 StGB vorzunehmen.

4.

4.1 Nach dem Gesagten widerspricht die vorinstanzliche Strafzumessung der oben aufgezeigten Methodik zur Gesamtstrafenbildung. Ob die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafe vorliegen, lässt sich den Erwägungen des angefochtenen Entscheids nicht entnehmen. Die Vorinstanz äussert sich nicht zur Wahl der jeweiligen Strafart für die konkreten Delikte und begründet insbesondere im Hinblick auf das Gebot der Verhältnismässigkeit (vgl. vorstehend E. 3.3.3) nicht, warum sie abgesehen von der Tat vom 29. Juli 2011 auch für die weiteren Taten jeweils eine Freiheitsstrafe für erforderlich hält. Aus dem Umstand, dass sie für alle Delikte infolge einer summarischen Vorabprüfung gesamthaft betrachtet nur eine "360 Strafeinheiten" und somit das gesetzliche Maximum der Geldstrafe (Art. 34

Abs. 1 StGB) übersteigende Sanktion für verschuldensangemessen erachtet, folgt nicht, dass für sämtliche Delikte (zwingend) auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.3.2 S. 267; Urteil 6B_207/2013 vom 10. September 2013 E. 1.5). Indem die Vorinstanz zunächst die Strafart aufgrund einer Gesamtprüfung aller Delikte bestimmt, stellt sie (zumindest) in Teilen das Ergebnis der Strafzumessung an deren Anfang. Die auszusprechende Gesamtstrafe basiert jedoch auf den verschuldensangemessenen Einzelstrafen und nicht umgekehrt. Erst nachdem es sämtliche Einzelstrafen (gedanklich) festgesetzt hat, kann das Gericht beurteilen, ob und welche Einzelstrafen gleichartig sind (vgl. BGE 141 IV 61 E. 6.1.2 S. 67; BGE 138 IV 120 E. 5.2; instruktiv auch: 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.2; je mit Hinweisen; ACKERMANN, a.a.O., N. 114 zu Art. 49 StGB).

4.2 Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass die Strafzumessungserwägungen nicht kohärent sind. Die Vorinstanz überschreitet zwar das ihr zustehende Ermessen nicht, wenn sie eine "leichte einfache" Körperverletzung verneint und das Verschulden des Beschwerdeführers als mittelschwer einstuft. Auch dass die Folgen angesichts der Spannbreite der unter den Tatbestand fallenden möglichen Verletzungen (Brüche, Gehirnerschütterungen etc.) eher leicht ausfielen, begründet vorliegend keine Ermessensüberschreitung. Hingegen lässt sich selbst unter Berücksichtigung des Tatmotivs und der körperlichen Überlegenheit des Beschwerdeführers kein schweres Tatverschulden hinsichtlich der konkreten Tat mit einer Einsatzstrafe von 2 Jahren begründen. Der Beschwerdeführer weist insoweit zutreffend darauf hin, dass die Einsatzstrafe insbesondere im Vergleich zum ähnlich gelagerten Vorfall vom 1. Juli 2013, aufgrund dessen die Vorinstanz zusammen mit der hohen Anzahl weiterer Körperverletzungsdelikte während mehr als drei Jahren die Einsatzstrafe um 12 Monate erhöht, nicht nachvollziehbar ist und unverhältnismässig erscheint.

4.3 Die Vorinstanz wird im Rahmen der neu vorzunehmenden Strafzumessung in einem ersten Schritt die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festlegen und anschliessend prüfen müssen, aus welchen Einzelstrafen Gesamtstrafen zu bilden sind. Hält die Vorinstanz für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, hindert Art. 41 Abs. 1 StGB sie nicht daran, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs

Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Sie hat jedoch die Wahl der Sanktionsart zu begründen (s. vorstehend E. 3.3.3).