



Die (un-)gefestigte Rechtsprechung zur Wahl der Strafart

Kritische Gedanken zu BGE 147 IV 241

GIAN EGE*



MARTIN SEELMANN**

In BGE 147 IV 241 äussert sich das Bundesgericht sowohl zu den Kriterien als auch zum gerichtlichen Vorgehen bei der Wahl der Strafart. So sei bei deren Wahl auch das Verschulden des Täters zu berücksichtigen. Dabei wähle das Gericht zuerst die Art der Strafe und setze danach das Strafmass fest. Damit weicht das Bundesgericht massgeblich von seiner bisherigen Rechtsprechung und von der in der Literatur hauptsächlich vertretenen Auffassung ab. Die vorliegende Analyse des Entscheids zeigt auf, wie dieser weder in seiner Herleitung noch in seiner inhaltlichen Begründung überzeugt.

Dans l'ATF 147 IV 241, le Tribunal fédéral s'exprime à la fois sur les critères applicables au choix du genre de peine et sur la manière de procéder du juge. Selon le Tribunal fédéral, il convient aussi de tenir compte de la culpabilité de l'auteur lors du choix de la peine. Le juge choisit d'abord le genre de peine puis en fixe la mesure. Le Tribunal fédéral s'écarte ainsi de manière significative de sa précédente jurisprudence et de la position majoritaire de la doctrine. La présente analyse de l'arrêt montre en quoi celui-ci ne parvient pas à convaincre, que ce soit au niveau du raisonnement ou de la justification sur le fond.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausführungen des Bundesgerichts
- III. Analyse der bundesgerichtlichen Argumente
 - A. Berücksichtigung des Verschuldens bei der Wahl der Strafart
 1. Kriterien für die Wahl der Strafart nach Lehre und bisheriger Rechtsprechung
 2. Neue Praxis des Bundesgerichts?
 - B. Vorgehen des Gerichts bei der Wahl der Strafart
- IV. Fazit

I. Einleitung

In einem Entscheid vom 5. Mai 2021 (BGE 147 IV 241) äussert sich das Bundesgericht einerseits zur Frage, inwiefern die seit 1. Januar 2018 in Kraft stehende Fassung von Art. 34 StGB eine Verschärfung darstellt und welche Folgen sich diesbezüglich aus dem Grundsatz der «lex mitior» ergeben.¹ Im gleichen Entscheid lässt sich das Bundesgericht andererseits zum Vorgehen bei der Wahl der Strafart vernehmen und nimmt dabei gemäss Regeste eine «Bestätigung der Rechtsprechung» vor. An gleicher Stelle heisst es weiter, «[d]er Richter bestimmt bei der Aussprechung einer Strafe zuerst die Art der Strafe und setzt danach das Strafmass fest. Bei der Wahl der Strafart trägt er neben dem Verschulden des Täters, der Angemessenheit der Strafe, ihren Auswirkungen auf den Täter und

auf seine soziale Situation sowie ihrer Wirksamkeit unter dem Gesichtswinkel der Prävention Rechnung.»

Die Ausführungen des Bundesgerichts vermögen dabei hinsichtlich der Wahl der Strafart nicht zu überzeugen. Es ist einerseits bereits fraglich, ob es sich tatsächlich um eine Bestätigung der Rechtsprechung handelt, andererseits erscheinen die bundesgerichtlichen Argumente auch in dogmatischer Hinsicht nicht schlüssig. Im vorliegenden Beitrag wird vorab die relevante Erwägung wiedergegeben (II.), bevor deren Inhalt kritisch analysiert wird (III.).

II. Ausführungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht führt zunächst aus, dass nach der Rechtsprechung für die Wahl der Strafe dieselben Kriterien wie für die Strafzumessung gälten, da sich die Entscheidungen gegenseitig beeinflussen würden. Die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion spiele eine wichtige Rolle. Um die Art der Strafe zu bestimmen, müsse daher insbesondere auch die Schuld des Täters berücksichtigt werden.²

Das Bundesgericht anerkennt, dass in BGE 144 IV 313 darauf hingewiesen worden sei, dass die Schuld des Täters für die Wahl der Sanktion nicht entscheidend sei. Dies gelte, wenn verschiedene Arten von Strafen in Betracht kämen. In einem solchen Fall könne die Schuld des Täters nicht das entscheidende Kriterium sein, sondern es müsse auch die Angemessenheit der Strafe, ihre Auswir-

* GIAN EGE, Dr. iur., Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich.

** MARTIN SEELMANN, MLaw, LL.M., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Appellationsgericht Basel-Stadt.

¹ BGE 147 IV 241 E. 4.

² BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 IV 217 E. 3.3.1, wo es jedoch um die Bildung einer Gesamtstrafe ging.

kungen auf den Täter und seine soziale Situation sowie ihre präventive Wirksamkeit berücksichtigt werden.³ Daran erinnere BGE 144 IV 313 klar, indem darin präzisiert werde, dass, wenn sowohl eine Geldstrafe als auch eine Freiheitsstrafe infrage komme und beide verschuldensangemessen erschienen, gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Regel der Geldstrafe der Vorrang einzuräumen sei.⁴ Das System des Strafgesetzbuches bringe es mit sich, dass die Schuld des Täters einen Einfluss auf die Art der ausgesprochenen Strafe habe, da die schwersten Straftaten grundsätzlich mit einer Freiheitsstrafe und nicht mit einer Geldstrafe geahndet würden (s. z.B. Art. 111 bis 113 StGB).

Die Berücksichtigung der Schuld bei der Wahl der Strafe könne es jedoch nicht rechtfertigen, einfach ein Quantum an (Straf-)Einheiten («*un quantum, en unités pénales*») festzulegen, sodass der Richter dies nur noch in Tagessätzen Geldstrafe oder in Tagen Freiheitsstrafe umsetzen könne, je nach den Grenzen der jeweiligen Strafart.⁵ Vielmehr müsse der Richter die Art der Strafe, die eine Straftat sanktionieren solle, unter Berücksichtigung der verschiedenen genannten Kriterien – darunter auch die Schuld – bestimmen sowie das Strafmass festlegen. Dem Beschwerdeführer könne nicht gefolgt werden, soweit er behaupte, dass der Richter zuerst ein «Quantum an Strafeinheiten» festlegen und dann erst über die Art der Strafe entscheiden solle. Das würde bedeuten, dass die zuvor erwähnten Kriterien, die bei der Wahl der Strafart zu berücksichtigen seien, ausser Acht gelassen würden.⁶

In diesem Zusammenhang erinnert das Bundesgericht schliesslich daran, dass es für den Richter beim Zusammentreffen von Straftaten insbesondere ausgeschlossen sei, für jede Tat eine Anzahl von Strafeinheiten festzulegen und dann eine Verschärfung vorzunehmen, bevor er die Art der jeweiligen Strafe bestimmt habe.⁷ Die Anwendung von Art. 49 StGB setze nämlich voraus, dass die Strafen gleichartig seien, was bedeute, dass der Richter bei jeder begangenen Straftat die Art der zu verhängenden Strafe zu prüfen habe.⁸

III. Analyse der bundesgerichtlichen Argumente

A. Berücksichtigung des Verschuldens bei der Wahl der Strafart

1. Kriterien für die Wahl der Strafart nach Lehre und bisheriger Rechtsprechung

Soweit der Strafrahmen eines Delikts sowohl Geldstrafe als auch Freiheitsstrafe vorsieht, ist – sofern die verschuldensadäquate Strafe in diesem Bereich liegt – zwischen den beiden Strafarten zu wählen. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass beide Sanktionsarten in verschuldensrechtlicher Hinsicht prinzipiell gleichwertig erscheinen, da sie punkto Strafhöhe (Tagessätze Geldstrafe sowie Tage Freiheitsstrafe) austauschbar sind (vgl. Art. 36 Abs. 1 StGB).⁹

Was nun die Kriterien anbelangt, nach denen diese Wahl zu treffen ist, so geht die h.L. davon aus, dass das Verschulden – im Sinne von Art. 47 StGB – keinen Einfluss auf die Art der ausgesprochenen Strafe haben darf, sondern sich nur im Strafmass niederschlägt.¹⁰ Vereinzelt gibt es jedoch auch Stimmen, die – neben der Zweckmässigkeit der Sanktion, ihren Auswirkungen auf den Täter und ihrer präventiven Effizienz – das Verschulden als Bestimmungshilfe für die Wahl der Strafart heranziehen wollen.¹¹ Ebenso findet sich diese Auffassung mitunter in der kantonalen Praxis.¹² Zur Belegung dieser Betrachtung

⁹ BGE 137 II 297 E. 2.3.4 («Die drei Hauptstrafarten [Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit] sind somit, was das Verschulden anbelangt, austauschbar»).

¹⁰ BSK StGB I-DOLGE, Art. 34 N 25, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Verfasser); GIAN EGE, «Auf direktem Weg ins Gefängnis»? in: Gian Ege/Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli (Hrsg.), Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag, ContraLegem, Sondernummer, 2/2019, 39 ff., 43; StGB Kommentar-HEIMGARTNER, Art. 34 N 18, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB JStG Kommentar, 20. A., Zürich 2018 (zit. StGB Kommentar-Verfasser); HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. A., Basel 2019, N 466; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II, 3. A., Bern 2020, § 5 N 83; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER (FN 10), Art. 47 N 24.

¹¹ DANIEL JOSITSCH/GIAN EGE/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Strafrecht II, 9. A., Zürich 2018, 138; vgl. auch ANNETTE DOLGE, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen – Top oder Flop, ZStrR 2010, 58 ff., 75 («Die Schwere des Verschuldens, die Bedeutung der verletzten Rechtsgüter [...] können einer Geldstrafe im Einzelfall entgegenstehen»).

¹² OGer ZH, SB170073, 14.12.2017, E. 5.2 («Für die Wahl der Strafart gelten [...] dieselben Kriterien wie bei der Strafzumessung, namentlich das Gewicht der Tat[en] und das Verschulden des Täters»).

³ BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 IV 313 E. 1.1.1.; BGE 137 II 297 E. 2.3.4.; BGE 134 IV 97 E. 4.2.

⁴ BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 IV 313 E. 1.1.1.

⁵ BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 IV 217 E. 3.5.3.

⁶ BGE 147 IV 241 E. 3.2.

⁷ BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 142 IV 265 E. 2.4.3.

⁸ BGE 147 IV 241 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 IV 313 E. 1.1.1.; BGE 144 IV 217 E. 2.2.; BGE 142 IV 265 E. 2.3.2.

tungsweise wird teilweise auf einen bundesgerichtlichen Entscheid aus dem Jahre 1994 verwiesen. Dieser führt aus, dass das Gesetz zwar nicht ausdrücklich bestimme, auf welche Art und Weise die Wahl der angemessenen Strafart zu erfolgen habe, es würden hierfür aber dieselben Kriterien, die Art. 63 aStGB für die Strafzumessung aufstelle, gelten, «namentlich das Gewicht der Tat und das Verschulden des Täters».¹³ Das Bundesgericht nahm von dieser Auffassung jedoch in der Folge Abstand und hielt im Sinne einer gefestigten Rechtsprechung unmissverständlich fest, dass sich das Verschulden der betroffenen Person nicht in der Wahl der Strafart, sondern ausschliesslich im Strafmass niederschlägt.¹⁴

Was nun die effektiven Kriterien für die Wahl der Strafart anbelangt, so ergeben sich diese insbesondere aus dem gesetzlich umschriebenen Anwendungsbereich der jeweiligen Strafart selbst. Ausgangspunkt ist zunächst, dass deren sich überschneidender Anwendungsbereich spätestens seit der letzten Änderung des Sanktionenrechts sehr klein ist. Er beschränkt sich auf den Bereich von drei bis 180 Tagessätzen bzw. Tagen.¹⁵ Dabei stellt das Gesetz in Art. 41 StGB eine eigentliche Koordinationsnorm zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe zur Verfügung (Marginalie «Freiheitsstrafe anstelle von Geldstrafe»)¹⁶ Die Regelung statuiert grundsätzlich eine prioritäre Anwendung der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe innerhalb des sich überschneidenden Bereichs der beiden Strafarten.¹⁷ So kann das Gericht nur dann eine Freiheitsstrafe verhängen, wenn die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 lit. a oder b StGB vorliegen, d.h. entweder eine Freiheitsstrafe aus Gründen der individuellen Abschreckung geboten erscheint oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann.¹⁸

Sofern das Gericht auf eine Freiheitsstrafe erkennt, hat es diese Wahl zudem nach Art. 41 Abs. 2 StGB näher zu begründen. Bereits vor der Revision des Sanktionenrechts von 2015 führte das Bundesgericht aus, dass bei der Wahl der Sanktionsart als wichtigste Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und dessen soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen seien.¹⁹ Durch die nach der Revision ebenfalls – wenn auch leicht angepasst²⁰ – geltende Prioritätenregel behält die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach wie vor ihre Gültigkeit.²¹ Durch Art. 41 StGB wird dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf gesetzlicher Ebene Nachdruck verliehen, weshalb die Sanktion zu wählen ist, die am wenigsten in die persönliche Freiheit der betroffenen Person eingreift.²² Daraus folgt, dass der Geldstrafe als weniger eingriffsintensive und damit mildere (Vermögens-) Sanktion gestützt auf die genannten Kriterien – und *ohne Rückgriff auf das Verschulden* – gegenüber der Freiheitsstrafe grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist.²³

¹³ BGE 120 IV 67 E. 2b.

¹⁴ BGE 144 IV 313 E. 1.1.1 («*La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante*»); 137 II 297 E. 2.3.4 («*Nicht massgeblich ist dagegen namentlich das Verschulden des Delinquenten; dieses schlägt sich ausschliesslich im Strafmass nieder*»); BGER, 6B_420/2017, 15.11.2017, E. 2.1.

¹⁵ Art. 34 Abs. 1 StGB und Art. 40 Abs. 1 StGB.

¹⁶ YVAN JEANNERET, La réforme de la réforme du droit des sanctions: la peine à la peine?, ZStrR 2015, 345 ff., 355.

¹⁷ CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021, N 556; JEANNERET (FN 16), 357; DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs 2015, AJP 2016, 496 ff., 498; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER (FN 11), 139 f.; BSK StGB I-MAZZUCHELLI (FN 10), Art. 41 N 36a; vgl. auch FELIX BOMMER, Neuerungen im Sanktionenrecht: Geldstrafe und Freiheitsstrafe, ZStrR 2017, 365 ff., 372; EGE (FN 10), 41.

¹⁸ S. jedoch zum fehlenden empirischen Nachweis der Wirksamkeit der negativen Spezialprävention im «breiten Mittelfeld» der Kriminalität (Austauschbarkeitsthese) z.B. FELIX BOMMER/GÜNTER STRATENWERTH, Erneute Änderung des Sanktionenrechts?, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für

Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 15 ff., 20; ANNA CONINX, Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafans und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 2016, 157 ff., 164; BSK StGB I-DOLGE (FN 10), Art. 34 N 23d; ULRICH EISENBERG/RALF KÖLBEL, Kriminologie, 7. A., Tübingen 2017, § 42 N 11; BSK StGB I-MAZZUCHELLI (FN 10), Art. 41 N 10; FRANZ RIKLIN, Zur geplanten Sanktionenreform: Rechtsstaatlich problematisch, faktenblind, teuer und ohne präventiven Effekt, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 29 ff., 30; TOBIAS SINGELNSTEIN/KARL-LUDWIG KUNZ, Kriminologie, 8. A., Bern 2021, § 20 N 39, 49; vgl. auch Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979 ff. (zit. Botschaft StGB 1998), 2040 («*Empirische Untersuchungen belegen zudem, dass kurze Freiheitsstrafen weder spezial- noch generalpräventiv effizienter sind als alternative Sanktionen*»); krit. zu beiden Voraussetzungen GETH (FN 17), N 563 f.

¹⁹ BGE 137 II 297 E. 2.3.4; 134 IV 97 E. 4.2.2; 134 IV 82 E. 4.1; BGER, 6B_125/2018, 14.6.2018, E. 1.3.2.

²⁰ Vgl. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER (FN 11), 139 f.

²¹ BGE 144 IV 313 E. 1.1.1 («*Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention*»); BSK StGB I-MAZZUCHELLI (FN 10), Art. 41 N 36a.

²² BGE 134 IV 97 E. 4; 134 IV 82 E. 4.1; BGER, 6B_496/2020, 11.1.2021, E. 3.4.2; 6B_905/2018, 7.12.2018, E. 4.3.2; EGE (FN 10), 43; MATHYS (FN 10), N 466; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER (FN 10), Art. 47 N 32, 34.

²³ BGE 144 IV 217 E. 3.3.3; 137 IV 249 E. 3.1; 137 IV 249 E. 3.1; 134 IV 97 E. 4.2.2; 134 IV 82 E. 7.2.2; AK StGB-ACHERMANN, Art. 41 N 2, in: Damian Graf (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020 (zit. AK StGB-Verfasser); EGE (FN 10), 43; StGB Kommentar-HEIMGARTNER (FN 10), Art. 34 N 18; MATHYS (FN 10), N 469; BSK StGB I-MAZZUCHELLI (FN 10), Art. 41 N 36a.

2. Neue Praxis des Bundesgerichts?

Fraglich ist nun, ob das Bundesgericht mit dem vorliegend zu analysierenden Leitentscheid von diesen Kriterien bei der Wahl der Strafart abrückt und wie dies zu beurteilen ist.

Entscheidend ist zunächst, dass das Bundesgericht unter Verweis auf den bereits erwähnten Entscheid aus dem Jahre 1994²⁴ festhält, dass das Verschulden bei der Wahl der Strafart neben den übrigen Kriterien zu berücksichtigen sei.²⁵ Zwar habe es in der bisherigen Rechtsprechung teilweise darauf hingewiesen, dass die Schuld nicht entscheidend sei, dies sei aber nur insofern zu verstehen, als die Schuld nicht *das* entscheidende Kriterium darstelle. Damit weicht das Bundesgericht dezisiv von seiner bisherigen Praxis ab und nimmt gerade keine «Bestätigung der Rechtsprechung» vor, wie es dies in der Regeste vorgibt. So widerspricht der Entscheid klar der unmittelbar vorangehenden Rechtsprechung, wonach sich das Verschulden der betroffenen Person gerade nicht in der Wahl der Strafart, sondern *ausschliesslich* im Strafmass niederschlägt.²⁶ Sofern das Bundesgericht nun ausführt, dass damit nur gemeint gewesen sei, dass die Schuld des Täters nicht *das* entscheidende Kriterium sei, sondern eines von vielen, so überdehnt es den Wortlaut seiner eigenen unlängst publizierten Leitentscheide äusserst weit. Der vom Bundesgericht sodann nachgeschobene Satz, dass dies so zu verstehen sei, als verschiedene Arten von Strafen in Betracht kämen,²⁷ hält nur das ohnehin Offensichtliche fest: Klarerweise ist die Frage nach der Wahl der Strafart nur dann zu beantworten, wenn das (Einzeltat-)Verschulden nicht ohnehin eine Strafe jenseits von 180 Tagessätzen Geldstrafe vorsieht und somit nur eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden kann.

Insoweit hat das Bundesgericht also (möglicherweise)²⁸ eine – zumindest versteckte – Praxisänderung vorgenommen, die allerdings bereits in ihrer Deduktion wenig kohärent ist. Schon im hauptsächlichen Referenzfall BGE 120 IV 67 scheint die Herleitung spekulativ. So stützte es seine Annahme insbesondere auf den französischen Gesetzestext zum damaligen Art. 63 aStGB ab: «Le juge fixera la

peine ...), was nicht nur die Höhe, sondern auch die Art der Strafe zu umfassen *schein[e]*.»²⁹ Eine andere Begründung als dieser scheinbare Verweis der allgemeinen Norm zur Strafzumessung i.e.S. blieb das Bundesgericht schuldig. Zwar stimmt auch der heutige französische Gesetzestext damit überein (Art. 47 Abs. 1 StGB: «Le juge fixe la peine [...]»), jedoch ist schon rein systematisch zweifelhaft, ob die Frage der Wahl der Strafart unter Verweis auf die Regelung der Strafzumessung i.e.S. – abgesehen von der Strafhöhe selbst, wiederum die *Wahlmöglichkeiten* beeinflussen kann – beantwortet werden kann. So sind die Bestimmungen zur Geld- und Freiheitsstrafe im ersten Abschnitt des ersten Kapitels (Strafen) des dritten Titels (Strafen und Massnahmen) geregelt, während sich Art. 47 ff. StGB erst im dritten Abschnitt (Strafzumessung) befindet.

Weiter lässt das Bundesgericht – sofern man denn dessen Argumentation folgen wollte – die wohl entscheidendste Frage offen. Es finden sich im Entscheid kaum Hinweise darauf, *wie* das Verschulden im Rahmen der Wahl der Strafart berücksichtigt werden soll. Dies lässt daran zweifeln, ob die allgemein gehaltenen Ausführungen überhaupt zu einer Änderung der bisherigen Praxis führen. Soweit nämlich das Bundesgericht seine verschuldensbezogenen Ausführungen zur Sanktionswahl nur in Bezug auf den Umstand verstanden haben will, dass bei höherem Verschulden eine Geldstrafe gar nicht mehr ausgesprochen werden kann, ergibt sich daraus keinerlei Mehrwert für die Frage der Wahl der Strafart im Bereich von drei bis 180 «Strafeinheiten», da in diesem Bereich das Verschulden eben gerade noch nicht so hoch ist, dass nur die Verhängung einer Freiheitsstrafe in Betracht käme. Bei der Wahl der Sanktion ist gerade die Frage zu beantworten, welche Strafart zu wählen ist, die unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens gegenüber der anderen Strafart gleichwertig erscheint.³⁰

Wäre dem nicht so und würde etwa mit einer gleichen Anzahl Tage Freiheitsstrafe ein grösseres Verschulden abgegolten als durch die entsprechende Anzahl Tagessätze Geldstrafe, so würde dies einen elementaren Grundsatz des geltenden Sanktionensystems infrage stellen. Zunächst würde der «Umrechnungsschlüssel von 1:1»³¹ bei der Berechnung der Ersatzfreiheitsstrafe dahinfal-

²⁴ BGE 120 IV 67.

²⁵ So bisher einmal bestätigt in BGer, 6B_433/2021, 22.12.2021, E. 2.1 («Pour déterminer le genre de la peine, il doit tenir compte, à côté de la culpabilité de l'auteur, [...]»).

²⁶ BGE 144 IV 313 E. 1.1.1.; 137 II 297 E. 2.3.4.; BGer, 6B_420/2017, 15.11.2017, E. 2.1.

²⁷ BGE 147 IV 241 E. 3.2 («Cela s'entend dans la mesure où différents genres de peine entrent en considération»).

²⁸ S. zur Frage, ob damit im Ergebnis überhaupt eine Praxisänderung einhergeht, die sogleich folgenden Ausführungen.

²⁹ BGE 120 IV 67 E. 2b.

³⁰ STRATENWERTH/BOMMER (FN 10), § 5 N 83; vgl. auch Botschaft StGB 1998 (FN 18), 2023.

³¹ HK StGB-WOHLERS, Art. 36 N 2, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. A., Bern 2020; vgl. auch RENATE BINGGELI, Die Geldstrafe, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schwei-

len.³² Aus welchem Grund soll ein Tagessatz Geldstrafe mit einem Tag Freiheitsentzug abgegolten werden, wenn Letzterer ein grösseres Verschulden abgilt? Ausserdem müsste konsequenterweise jede Wahl einer kurzen Freiheitsstrafe nach Art. 41 Abs. 1 StGB eine gewisse Straf-minderung zur Folge haben.³³

Ohnehin ist zu berücksichtigen, dass die Wahl der Straftart in der Regel nur im unteren Verschuldensbereich zu treffen ist. Bei der tiefsten im Strafgesetzbuch anzutreffenden Höchststrafe für die Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr³⁴ ist die Wahl nur in der unteren Hälfte des Strafrahmens eröffnet. Was in diesem Bereich das Verschulden zur Wahl demnach der Straftart beitragen soll, bleibt völlig offen. Bei einem theoretisch denkbaren Strafrahmen von «Freiheitsstrafe bis sechs Monaten oder Geldstrafe» wäre die Wahl in der gesamten Bandbreite eröffnet. Selbst wenn die Wahl in einem solchen Fall bei einem sehr hohen Verschulden zu treffen wäre, lässt sich indessen ohne klare Abweichung der Verschuldensgleichheit von Freiheitsstrafe und Geldstrafe kein Einfluss des Verschuldens auf die Wahl der Straftart konstruieren.

Indem das Bundesgericht im aktuellen Leitentscheid betont, dass bei der Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe Ersterer gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Regel Vorrang einzuräumen ist, scheint es von dieser prinzipiellen Verschuldensgleichwertigkeit der beiden Straftarten nicht abweichen zu wollen. In diesem Sinne bleibt zu hoffen, dass es sich insoweit tatsächlich – wie von der Regeste nahegelegt – um eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung handelt.

B. Vorgehen des Gerichts bei der Wahl der Straftart

Neben den Kriterien für die Wahl der Straftart äussert sich das Bundesgericht auch zum diesbezüglichen Vorgehen. So sei es unzulässig – wie vom Beschwerdeführer gefordert –, in einem ersten Schritt das Strafmass im Sinne eines Quantum an (Straf-)Einheiten (*«un quantum, en unités pénales»*) festzulegen und in einem zweiten Schritt die Straftart nach den zuvor erwähnten Kriterien zu wählen. Vielmehr habe das Gericht die Art der Strafe

unter Berücksichtigung der verschiedenen oben genannten Kriterien – darunter auch des Verschuldens – zu bestimmen und das Strafmass festzulegen, wobei es auf das Vorgehen bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 StGB verweist. Diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht zu hinterfragen:

Zunächst ist zu widersprechen, dass bei Schuldspürchen zwingend jeweils zuerst die Straftart und erst dann das Strafmass festzusetzen ist. Ein solches Vorgehen erscheint systematisch sinnwidrig: Bevor nicht das Strafmass im Sinne der Einzeltatschuld bestimmt ist, kann noch gar keine Aussage über eine mögliche Straftart getroffen werden, da zu diesem Zeitpunkt des Strafzumessungsvorgangs nicht feststeht, ob überhaupt mehr als eine Sanktionsart infrage kommt bzw. eine Strafe oberhalb von 180 Tagessätzen Geldstrafe auszusprechen ist. Aus logischen Gesichtspunkten kann der Vorgang daher nur andersherum sein: Für die Bestrafung sind zunächst die Strafeinheiten nach dem Verschulden festzulegen und erst dann die Straftart zu wählen.³⁵

Ausserdem kann dem Urteil nicht entnommen werden, was gegen ein solches Vorgehen³⁶ spricht. So hat das Bundesgericht nur kurz vor dem infrage stehenden Entscheid noch eine solche Vorgehensweise des Obergerichts Bern nicht beanstandet bzw. dessen Vorgehen als «methodisch korrekt und überzeugend» gewertet.³⁷ Diesbezüglich überrascht die – zumindest dahingehend interpretierbare – Festsetzung einer zwingenden Vorgehensweise durch das Bundesgericht auch aufgrund seiner sonst äusserst zurückhaltenden Position beim Eingriff in vorinstanzliche

zerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. A., Bern 2006, 74; Botschaft StGB 1998 (FN 18), 2023.

³² Art. 36 Abs. 1 Satz 2 StGB: «Ein Tagessatz entspricht einem Tag Freiheitsstrafe»; anders etwa in Österreich: «Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe entspricht dabei zwei Tagessätzen» (§ 19 Abs. 3 StGB/AT).

³³ Vgl. dazu m.w.H. EGE (FN 10), 45.

³⁴ Z.B. Art. 135 Abs. 1^{bis}, Art. 148a, 179^{ter} StGB.

³⁵ So ausdrücklich EGE (FN 10), 43; ebenso bereits Botschaft StGB 1998 (FN 18), 1986; andeutungsweise ebenso JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER (FN 11), 64; vgl. indessen MATHYS (FN 10), N 405; STRATENWERTH/BOMMER (FN 10), § 5 N 84, die jeweils ausführen, dass die Wahl der Straftart auch *vorab* vorgenommen werden könne, wobei sie für das Bestehen der Wahlmöglichkeit dennoch auf die nach dem Verschulden zugemessene Strafhöhe abstellen.

³⁶ Z.B. Schritt 1: Das Verschulden (gestützt auf die relevanten Strafzumessungstatsachen) des A würde zu einer Strafhöhe von 150 Strafeinheiten führen. In diesem Bereich wäre eine Geld- als auch eine Freiheitsstrafe möglich. Schritt 2: Unter Berücksichtigung der Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihrer Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihrer präventiven Effizienz ist zu entscheiden, welche Straftart konkret zur Anwendung gelangt.

³⁷ BGer, 6B_918/2020, 19.1.2021, E. 6.2 («Die Vorinstanz geht im Rahmen der Strafzumessung von der Misswirtschaft als schwerstem Delikt aus und setzt dafür die Einsatzstrafe auf 150 Strafeinheiten fest. [...] Im Weiteren setzt die Vorinstanz für sämtliche übrigen Delikte aufgrund der Tatkomponenten verschuldensabhängige hypothetische Einzelstrafen zwischen 15 und 120 Strafeinheiten fest. Sie bestimmt für alle Einzelstrafen die Freiheitsstrafe als zweckmässige und adäquate Straftart [...]») sowie E. 6.4.1.

Zumessungsentscheide. So attestiert das Bundesgericht den unteren Instanzen – mit Ausnahme seiner in letzter Zeit gemachten Ausführungen zur Gesamtstrafenbildung (dazu sogleich) – einen erheblichen Ermessensspielraum und greift daher in die vorinstanzliche Strafzumessung nur bei Rechtsfehlern oder bei klarem Überschreiten oder gar Missbrauch des Ermessens ein.³⁸ Seit die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 63 aStGB und die damit einhergehenden bundesgerichtlichen Bemühungen für einen systematischeren Ansatz in der Strafzumessung in Art. 47 StGB kodifiziert wurden, gibt es kaum Entscheide, in denen ein klares Vorgehen bei der Strafzumessung im Rahmen von Art. 47 StGB festgeschrieben wurde³⁹ bzw. in denen vorinstanzliche Entscheide aufgrund eines falschen Vorgehens bei der Strafzumessung gerügt wurden. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass es dem Bundesgericht im vorliegenden Entscheid primär darum ging, das vorinstanzliche Vorgehen zu stützen und festzusetzen, dass die Vorinstanz nicht so vorgehen muss, wie es der Beschwerdeführer forderte. Dabei ist das Bundesgericht aber deutlich über das Ziel hinausgeschossen bzw. hat dieses gänzlich verfehlt. Gleichwohl ist es in einem kürzlich ergangenen unveröffentlichten Entscheid bereits auf diese Feststellung zurückgekommen und hält auch dort unter Verweis auf die «gefestigte Rechtsprechung» – bzw. unter Verweis auf den hier besprochenen BGE 147 IV 241 – fest, dass ein Gericht zuerst die Art der Strafe bestimmen und dann das Strafmass festlegen müsse.⁴⁰ Dass es sich dabei gerade nicht um eine «gefestigte Rechtsprechung» handelt, wurde bereits dargelegt.

Aufgrund der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung wäre es mithin einzig im Rahmen einer Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB unzutreffend, zunächst ein Quantum an (Gesamt-)Strafeinheiten festzusetzen und daraufhin erst die Strafart auszuwählen. So kann eine Gesamtstrafe nur ergehen, wenn gleichartige Strafen in Betracht kommen, was zwangsweise eine vorgängige Wahl der Strafart voraussetzt.⁴¹ Auf seine diesbezügliche Rechtsprechung scheint das Bundesgericht denn auch im vorliegenden Urteil Bezug nehmen zu wollen,

wenn es ausführt, dass es für das Gericht beim Zusammentreffen von Straftaten ausgeschlossen sei, für jede Tat eine Anzahl von Strafeinheiten festzulegen und dann die Verschärfung vorzunehmen, bevor die Art der jeweiligen Strafe gewählt worden sei.⁴² Jedoch hat das Bundesgericht bisher auch in diesem Zusammenhang nicht vorgebracht, dass zwecks Bemessung der Gesamtstrafe zuerst jeweils die Strafart und erst dann die Höhe der (hypothetischen) Einsatzstrafen zu bestimmen sei.⁴³ Es hat vielmehr dargelegt, dass zuerst für alle einzelnen Taten eine Verschuldensbewertung vorzunehmen sei, bevor die jeweiligen Einzelstrafen festgelegt werden könnten und schliesslich ersichtlich werde, ob diese gleichwertig seien.⁴⁴ Auch der vorliegende Entscheid ist folglich nicht dahingehend zu deuten, dass von diesem Vorgehen Abstand zu nehmen ist.

Insgesamt vermögen mithin die Ausführungen des Bundesgerichts zur Vorgehensweise bei der Wahl der Strafart nicht zu überzeugen. Aufgrund der Formulierung der entsprechenden Erwägung bleibt zudem unklar, ob das Bundesgericht tatsächlich eine einheitliche Vorgehensweise bei der Wahl der Strafart vorschreiben will. Die Regeste lässt daran allerdings kaum Zweifel offen: «Der Richter bestimmt bei der Aussprechung einer Strafe zuerst die Art der Strafe und setzt danach das Strafmass fest.»⁴⁵ Dies wiederum lässt sich wie gezeigt aus logischen Überlegungen kaum aufrechterhalten. Ebenso ist zu beachten, dass die Regeste nicht an der präjudiziellen Wirkung von Bundesgerichtsurteilen teilnimmt und ihre Tragweite insoweit eingeschränkt ist.⁴⁶ Insofern ist das Bundesgericht nach dem bisher Gesagten diesbezüglich so zu verstehen, dass den Gerichten nicht vorgeschrieben ist, zuerst eine Strafeinheit festzusetzen und erst dann die

³⁸ BGE 144 IV 313 E. 1.2; 134 IV 17 E. 2.1; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER (FN 10), § 5 N 89 f.

³⁹ Insofern existiert weiterhin «keine allgemein anerkannte, «gebräuchliche Systematik»; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER (FN 10), Art. 47 N 87; vgl. auch AK StGB-SIMMLER/SELMAN (FN 23), Art. 47 N 6 ff.

⁴⁰ BGer, 6B_433/2021, 22.12.2021, E. 2.1 («Selon une jurisprudence constante, le juge doit d'abord déterminer le genre de la peine devant sanctionner une infraction, puis en fixer la quotité»).

⁴¹ Vgl. BGE 144 IV 217 E. 5.3.5; BGer, 6B_986/2020, 6.1.2021, E. 4.3; 6B_712/2018, 18.12.2019, E. 3.1.

⁴² BGE 147 IV 241 E. 3.2 («On peut rappeler, à cet égard, qu'il est en particulier exclu [...] lors de concours d'infractions, de fixer un nombre d'unités pénales pour chaque acte, puis de procéder à l'aggravation avant de choisir le genre de chaque sanction»).

⁴³ Vgl. etwa BGE 144 IV 217 E. 4.1; 141 IV 61 E. 6.1.2; BGer, 6B_59/2020, 30.11.2020, E. 4.4.

⁴⁴ BGer, 6B_619/2019, 11.3.2020, E. 3.4 («Erst nachdem das Gericht für alle einzelnen Taten eine Verschuldensbewertung vorgenommen hat, kann es beurteilen, welche konkreten Einzelstrafen jeweils angemessen sind, ob diese gleichwertig sind und es damit einhergehend eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips im Sinne von Art. 49 StGB bilden kann»); die drei in diesem Entscheid mitwirkenden BundesrichterInnen waren übrigens auch Teil des Fünfergerichts in BGE 147 IV 241.

⁴⁵ Deckungsgleich ist auch die Regeste in (französischer) Urteilsprache, der gewisse zusätzliche Bedeutung beigemessen werden kann, vgl. BSK BGG-UEBERSAX, Art. 54 N 4b, in: Marcel Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-Verfasser).

⁴⁶ BSK BGG-UEBERSAX (FN 45), Art. 54 N 4b.

Strafart zu wählen. Dass ein umgekehrtes Vorgehen kaum überzeugen kann, wurde bereits dargelegt.

IV. Fazit

Im Ergebnis lässt einen der aktuelle Entscheid mit vielen Fragezeichen zurück, da die bundesgerichtliche Argumentation gewichtige Widersprüche und Inkohärenzen nicht aufzulösen vermag. Nach wie vor ist daher einerseits von einer prinzipiellen verschuldungsgemässen Gleichwertigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe auszugehen und andererseits hat die Wahl der Strafart gestützt auf die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu erfolgen. Die Höhe des Verschuldens hat dabei lediglich Einfluss auf die Strafhöhe, nicht jedoch auf die Art der ausgesprochenen Strafe (abgesehen von der Frage, ob aufgrund der konkreten Einzeltatschuld überhaupt noch eine Geldstrafe ausgesprochen werden kann). Was die Vorgehensweise bei der Wahl der Strafart betrifft, kann die bundesgerichtliche Feststellung nicht richtig sein. Ohne zunächst zu wissen, ob die Höhe der nach dem Verschulden zugemessenen Strafe überhaupt eine Wahl der Strafart eröffnet, lässt sich diese Wahl nicht treffen.

So ist an das Bundesgericht zu appellieren, seine Standpunkte zu klären bzw. auf diesen Entscheid zurückzukommen und die bisher geltende Rechtsprechung tatsächlich zu bestätigen. In der Zwischenzeit bleibt zu hoffen, dass das vorliegend besprochene Urteil aufgrund der aufgezeigten Bedenken kaum Auswirkungen haben wird.⁴⁷ Der Entscheid wäre dann zwar eine kaum nachvollziehbare und nicht überzeugende, verdeckte Praxisänderung, aber immerhin eine ohne tatsächliche Änderung der Praxis.

⁴⁷ So wurde bisher einzig die Erwägung zur *lex mitior* in der kantonalen Praxis übernommen; vgl. Cour de justice GE, AARP/400/2021, 13.12.2021, E. 10.1.2; KGer FR, 501 2018 40, 30.11.2021, E. 6.1.2; OGer ZH, SB190144, 6.7.2021, E. 6.2.1; OGer ZH, SB170441, 16.6.2021, E. III.1.2; ebenso vom Bundesstrafgericht BStGer, SK.2020.36, 22.6.2021, E. 2.5.1; BStGer, SK.2020.51, 22.4.2021, E. 8.1.1, und von der Lehre rezipiert JONATHAN COHEN/ILIR CENKO, *Jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de fixation de la peine: état des lieux et réflexions pratiques*, *Anwaltsrevue* 2021, 339 ff., 343; FABIAN TEICHMANN/MADELEINE CAMPRUBI, *Höchstmass für Geldstrafen im Lichte der lex mitior*, *AJP* 2021, 1157 ff., 1164 f.