Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.234/2005 /hum

Sitzung vom 29. Juni 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Thommen.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stephan A. Buchli,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Grobe Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 2 SVG), Strafzumessung (Art. 63 StGB)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 31. März 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ fuhr am 13. März 2001, um 13.22 Uhr, mit einem Personenwagen auf der Stampfenbachstrasse in Zürich stadteinwärts. Nach der Tramhaltestelle "Kronenstrasse" schloss er dicht zu dem von A._____ gelenkten Personenwagen auf. Durch mehrmaliges Betätigen der Lichthupe versuchte er, den Vordermann zu einer etwas schnelleren Fahrt zu bewegen. A._____, der Polizeibeamter von Beruf ist und zur fraglichen Zeit privat unterwegs war, kam dieser Aufforderung nicht nach, da er bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h mit einer seines Erachtens in jenem Bereich angemessenen Geschwindigkeit von 45 km/h fuhr. X._____ leitete vor der Tramhaltestelle "Beckenhof" ein Überholmanöver ein. Ab dem Zeitpunkt, da er zum Überholen ansetzte, bis zu dem Zeitpunkt, als er auf der gleichen Höhe mit A._____ war, gab Letzterer mehrere akustische Warnsignale ab, um X._____ zum Abbruch des Überholmanövers aufzufordern. Dieser setzte jedoch den Überholvorgang fort, wobei er mit einer Geschwindigkeit von 65 km/h fuhr. A._____ bremste hierauf stark ab, um X._____ zu ermöglichen, noch vor der Traminsel wieder nach rechts einzubiegen. X._____ schloss das Überholmanöver auf der Höhe der Einmündung der Georgengasse einige
Meter vor einem Fussgängerstreifen ab.

Durch die von A._____ abgegebenen Warnsignale wurde eine Fussgängerin, die auf dem rechtsseitigen Trottoir stand in der Absicht, auf dem Fussgängerstreifen zur Traminsel zu gelangen, auf die beiden herannahenden Fahrzeuge aufmerksam. Da die Fussgängerin erkannte, dass das überholende Fahrzeug sich dem Fussgängerstreifen mit relativ hoher Geschwindigkeit näherte, betrat sie den Streifen nicht und wich einige Schritte vom Trottoirrand zurück. A._____ folgte X._____ über eine kurze Strecke, um sich dessen Kontrollschildnummer zu notieren. X._____ zeigte A._____ in dieser Phase des Geschehens den ausgestreckten Mittelfinger.
B.

Der Einzelrichter in Strafsachen am Bezirksgericht Zürich sprach X._____ am 19. April 2002 schuldig der mehrfachen Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG begangen durch Geschwindigkeitsüberschreitung, vorschriftswidriges Überholen und unnötige Lichtsignale.
Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X._____ am 4. Oktober 2002 auf Berufung hin schuldig der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Bezug auf die Geschwindigkeitsübertretung, das Verhalten gegenüber der Fussgängerin und das Überholmanöver sowie der einfachen Verkehrsregelverletzung in Bezug auf die unnötigen Warnsignale. Es verurteilte ihn zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 7 Tagen und zu einer Busse von Fr. 2'500.–.
Eine gegen dieses Urteil erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hiess des Bundesgericht am 20. Februar 2004 (Urteil 6S.486/2002) teilweise gut, wobei einzig das Überholmanöver als grobe Verkehrsregelverletzung qualifiziert wurde.

In seinem neuerlichen Urteil vom 31. März 2005 stufte das Obergericht des Kantons Zürich das Überholmanöver als grobe Verkehrsregelverletzung ein und verurteilte X._____ zu Fr. 10'000.- Busse. Auf die übrigen, nunmehr lediglich als Übertretungen qualifizierten, Anklagevorwürfe trat es wegen Verjährung nicht mehr ein.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Stellungnahme. Im gleichen Sinne liess sich die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vernehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer rügt, dass sein Privatgutachten zum Überholmanöver im obergerichtlichen Urteil unberücksichtigt geblieben sei. Nach Art. 277ter Abs. 2 BStP sei die Vorinstanz im Falle einer Rückweisung an die rechtliche Begründung der Kassation gebunden. Den Erwägungen des Bundesgerichts läge jedoch ein anderer Sachverhalt zugrunde. Mit seiner Annahme, es bestehe in casu eine vollumfängliche Bindung an die Erwägungen des Bundesgerichts, welche die Berücksichtigung des Gutachtens verbiete, habe die Vorinstanz Art. 277ter Abs. 2 BStP viel zu eng ausgelegt und somit verletzt.
1.1 Bei einer Rückweisung muss die kantonale Behörde ihrer neuen Entscheidung die Begründung der Kassation zugrunde legen (Art. 277ter BStP). Das gilt im Entscheidpunkt und für weitere Fragen insoweit, als sich die bundesgerichtliche Kassation auf andere Punkte auswirkt und es der Sachzusammenhang erfordert. In diesem Umfang ist die neue Entscheidung vor Bundesgericht anfechtbar (BGE 123 IV 1 E. 1 mit Hinweisen). Bei der Rückweisung kann die kantonale Instanz auf ihre im ersten Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, sofern sie nicht oder erfolglos angefochten wurden, nicht mehr zurückkommen (BGE 104 IV 276 E. 2b und d). Im Falle eines Weiterzuges des neuen Entscheides der unteren Instanz ist das Bundesgericht an die Erwägungen gebunden, mit denen es die Rückweisung begründet hat.
1.2 Der Vorinstanz war es somit grundsätzlich verwehrt, auf ihre Tatsachenfeststellungen zurückkommen. Darüber hinaus weist sie zu Recht darauf hin, dass das Privatgutachten auf den ursprünglichen tatsächlichen Feststellungen beruhe. Von einem geänderten Sachverhalt kann keine Rede sein, vielmehr ist der bestehende Sachverhalt durch den Privatgutachter lediglich neu interpretiert worden (angefochtenes Urteil S. 14). Inwiefern Art. 277ter Abs. 2 BStP verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich. Soweit sich die Ausführungen des Beschwerdeführers im Übrigen gegen die rechtliche Beurteilung des Überholmanövers richten und damit gegen seine Verurteilung nach Art. 90 Ziff. 2 SVG (vgl. Beschwerde Ziff. 6.1 ff.), ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten. Diese Frage hat das Bundesgericht in seinem Urteil 20. Februar 2004 für den vorliegenden Fall bereits verbindlich entschieden.
2.
Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe das Verbot der reformatio in peius und damit Art. 277bis Abs. 1 BStP verletzt, indem sie ihn im ersten Urteil mit Fr. 2'500.– und 7 Tagen Gefängnis, im neuerlichen Entscheid dann aber mit Fr. 10'000.– gebüsst habe.
2.1

2.1.1 Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte bleibt vorbehalten (Art. 269 BStP).
2.1.2 Das Verbot, ein Urteil, das nur vom Verurteilten angefochten wird, zu dessen Nachteil abzuändern (Verschlechterungsverbot; Verbot der reformatio in peius), ergibt sich primär aus dem kantonalen Prozessrecht (Entscheid 6P.121/2001 vom 21. September 2001, E. 4), weshalb dessen Verletzung grundsätzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung des Willkürverbots zu rügen ist (BGE 129 III 417, E. 2.1.1, 110 II 113 E. 3c). Das Verschlechterungsverbot zählt jedoch nicht zu den verfassungsmässigen Rechten des Bundes oder der Kantone (unv. Entscheid vom 23. März 1973, in: Semjud 95 (1973) 401 ff.) und lässt sich auch nicht aus der EMRK herleiten. Die Rechtsprechung zur Frage, ob das Verschlechterungsverbot auch eine Grundlage im Gesetzesrecht des Bundes hat, ist nicht einheitlich. Sie wurde verschiedentlich verneint (vgl. BGE 80 IV 156, E. 8; Entscheid 6S.170/2000 vom 19. Juni 2000 E. 4b). In anderen Entscheiden wurde das Verschlechterungsverbot hingegen ausdrücklich aus dem Bundesrecht abgeleitet, so aus Art. 277bis Abs. 1 Satz 1 BStP, wonach der Kassationshof nicht über die Anträge des Beschwerdeführers hinausgehen darf (BGE 111 IV 51 E. 2; Bundesgerichtsentscheid 6S.217/2002 vom 3. April 2003 E. 4) und aus Art. 227 Abs. 2
BStP (in der Version von 15. Juni 1934; AS 50 685, 728; aufgehoben durch Anhang Ziff. 9 des Strafgerichtsgesetzes vom 4. Okt. 2002, SR 173.71; vgl. Botschaft, BBl 2001, 4202, 4367), der für Entscheide des Ausserordentlichen Kassationshofs ein Verschlechterungsverbot statuierte (BGE 110 IV 16; 70 IV 222). In den letztgenannten Entscheiden wurde das Verschlechterungsverbot ausgedehnt auf die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof gegen kantonale Entscheide. Dieses bundesrechtliche Verbot bindet auch die kantonalen Behörden im Falle einer Rückweisung (Gilbert Kolly, Zum Verschlechterungsverbot im schweizerischen Strafprozess, ZStrR 113 (1995) S. 294 ff., 303; Gérard Piquerez, L'interdiction de la reformatio in pejus en procédure civile et en procédure pénale, in: Mélanges Assista, Genève 1989, S. 510; Niklaus Schmid, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000, § 399 N. 7). Die Rüge der Schlechterstellung lässt sich nach dem Gesagten auch auf Bundesrecht stützen, weshalb darauf einzutreten ist.
2.1.3 In der Sache macht der Beschwerdeführer geltend, dass die im zweiten Urteil ausgesprochene Busse von Fr. 10'000.– gegenüber den ursprünglich ausgefällten 7 Tagen Gefängnis bedingt und Fr. 2'500.– Busse eine unzulässige Schlechterstellung sei. Die Argumentation, dass eine Freiheitsstrafe generell schwerer wöge als eine Busse sei allzu formalistisch und führe dazu, dass 3 Tage Gefängnis als härtere Strafe gelte als Fr. 40'000.– Busse. Für das Verhältnis zwischen Freiheitsstrafe und Busse sei die Vorschrift der Bussenumwandlung nach Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB relevant. Im vorliegenden Fall seien die 7 Tage Gefängnis aus dem ersten Urteil durch Fr. 7'500.– Busse "ersetzt" worden. Damit sei er unverhältnismässig hart und in Verletzung des Verschlechterungsverbots bestraft worden. Zusätzlich müsse berücksichtigt werden, dass im neuen Urteil nur noch ein Schuldspruch hinsichtlich einer einzigen Verkehrsregelverletzung ergangen sei.
2.1.4 Die Vorinstanz erwägt, dass die Bestrafung mit einer höheren Busse das Verbot der 'reformatio in peius' nicht verletze, da im ersten Berufungsverfahren die Busse mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 7 Tagen verbunden worden sei.
2.1.5 Eine reformatio in peius liegt vor, wenn die obere Instanz eine schwerere Strafe ("une peine plus sévère") ausspricht als die untere Instanz (Entscheide 6P.165/2001 vom 13. Dezember 2001; 6P.121/2001 vom 21. September 2001, E. 4). Ob die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung der Busse bei gleichzeitigem Verzicht auf Freiheitsstrafe als Schlechterstellung einzustufen ist, kann vorliegend offen bleiben, da sich die Strafe unter Gesichtspunkten der Strafzumessung ohnehin als nicht bundesrechtskonform erweist.
3.
Der Beschwerdeführer rügt die Strafzumessung als bundesrechtswidrig. Angesichts der ausgefällten Busse, welche einen Viertel der Höchstbusse betrage, müsse das Gericht von einem äusserst schweren Verschulden ausgegangen sein. Diesbezüglich erweise sich die Begründung als zu rudimentär, wenn man den guten automobilistischen Leumund und die Vorstrafenlosigkeit des Beschwerdeführers in Betracht ziehe. In Bezug auf das Tatverschulden habe die Vorinstanz einzig ausgeführt, dass das Manöver gefährlich gewesen sei und dafür kein Anlass bestanden habe. Die Ausführungen zum Verschulden erschöpften sich somit in jenen Elementen, welche überhaupt erst eine grobe Verkehrsregelverletzung begründeten. Nicht dargetan worden sei, weshalb den Beschwerdeführer innerhalb der Bandbreite möglicher grober Verkehrsregelverletzungen ein schweres Verschulden treffen sollte. Hinzu komme, dass er im neuen obergerichtlichen Urteil nur noch wegen einer einzigen groben Verkehrsregelverletzung verurteilt werden könne. Ausserdem seien bei der Bussenbemessung seine Un-

terhaltspflichten zu berücksichtigen.
3.1 Die Vorinstanz schätzt das Verschulden des Beschwerdeführers als nicht mehr leicht ein. Er habe ohne zwingenden Anlass ein gefährliches Verkehrsmanöver durchgeführt und damit krass gegen seine Pflichten als Verkehrsteilnehmer verstossen. Es habe ihm an Verantwortungsgefühl gefehlt. Sein jährliches Einkommen betrage Fr. 200'000.–. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsfaktoren, der persönlichen Verhältnisse und seines Verschuldens sei eine Strafe Busse von Fr. 10'000.– angemessen.
3.2 Nach Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen, wozu auch allfällige Unterhaltspflichten gehören. Der Umfang der Berücksichtigung verschiedener Strafzumessungsfaktoren liegt im Ermessen der kantonalen Behörde. Der Kassationshof kann im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde in die Strafzumessung nur eingreifen, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1; 127 IV 101 E. 2; 124 IV 286 E. 4a). Der Richter muss die Überlegungen, die er bei der Bemessung der Strafe vorgenommen hat, in den Grundzügen wiedergeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde ist (BGE 127 IV 101 E. 2c, 121 IV 49 E. 2a/aa, 120 IV 136 E. 3a; BGE 118 IV 337 E. 2a).
3.3 Der ausgefällten Strafe liegt lediglich noch der Vorwurf eines gefährlichen Überholmanövers zugrunde, welches die Vorinstanz als grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG einstuft. Auf die übrigen ursprünglichen Anklagevorwürfe konnte die Vorinstanz zufolge absoluter Verjährung nicht mehr eintreten. Fr. 10'000.- Busse für ein Überholmanöver ist eine auffallend hohe Strafe. Dieses war zwar unnötig und nicht ungefährlich, wurde aber auf einem breiten und übersichtlichen Strassenabschnitt vorgenommen. Die ausgefällte Busse lässt sich bei der vorliegenden Begründung nicht mit dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers in Einklang bringen. Mit Blick auf die auffallende Strafhöhe erweist sich die Begründung mithin als ungenügend. Weiter macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend, dass dem verjährungsbedingten Wegfall der Übertretungstatbestände und damit einem zumessungsrelevanten Umstand nicht in bundesrechtskonformer Weise Rechnung getragen wurde. Die Strafe ist insoweit zu reduzieren.
4.
Zusammenfassend wird die Beschwerde in Bezug auf die Strafzumessung gutgeheissen; im Übrigen wird sie abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Sache zur Ausfällung einer bundesrechtskonformen Strafe an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bei diesem Ausgang hat der Beschwerdeführer eine reduzierte Gerichtsgebühr von Fr. 500.– zu tragen und ist ihm eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.– aus der Bundesgerichtskasse zuzusprechen (Art. 278 BStP). Per Saldo ist ihm somit eine Entschädigung von Fr. 1'500.– aus der Bundesgerichtskasse auszurichten (vgl. Bundesgerichtsentscheid 6S.431/2004 vom 4. Juli 2005 E. 3).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2005 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen; im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Beschwerdeführer wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'500.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 29. Juni 2006
Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: