Urteilskopf

124 II 39

5. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 19. November 1997 i.S. W. gegen Rekurskommission des Kantons St. Gallen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 17 SVG, Art. 68 Ziff. 2 StGB; Führerausweisentzug, retrospektive Konkurrenz.

Art. 68 Ziff. 2StGB kommt nicht zur Anwendung, wenn die neu zu beurteilende Tat begangen wurde, nachdem dem Täter die Verurteilung wegen einer andern Tat zu einer Freiheitsstrafe beziehungsweise einer Massnahme erstinstanzlich bereits eröffnet worden war (E. 3c).

Regeste (fr):
Art. 17 LCR, art. 68 ch. 2 CP; retrait de permis, concours rétrospectif.

Lorsque la nouvelle infraction à juger est commise après la notification du jugement de première instance condamnant l'auteur à une peine privative de liberté ou à une mesure pour une autre infraction, l'application de l'art. 68 ch. 2 CP est exclue (consid. 3c).

Regesto (it):
Art. 17 LCStr, art. 68 n. 2 CP; revoca della licenza di condurre, concorso retrospettivo.

L'applicazione dell'art. 68 n. 2 CP è esclusa allorché la nuova infrazione in esame è stata commessa dopo la notificazione all'agente della decisione con cui, a seguito di un'altra infrazione, egli è stato condannato in prima istanza a una pena privativa della libertà personale o una misura (consid. 3c).

Sachverhalt ab Seite 39

BGE 124 II 39 S. 39

A.- Am 29. Mai 1994 lenkte W. ein Motorfahrzeug in angetrunkenem Zustand, weshalb ihm das Strassenverkehrs- und Schiffahrtsamt des Kantons St. Gallen am 2. August 1994 den Führerausweis für die Dauer von sieben Monaten entzog. Die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen setzte die Entzugsdauer am 25. Oktober 1995 auf sechs Monate fest.

B.- Am 29. September 1995 verlor W. auf dem Autobahnzubringer N 3b in Tuggen wegen Aquaplanings die Herrschaft über

BGE 124 II 39 S. 40

sein Fahrzeug und verursachte einen Unfall mit erheblichem Sachschaden. Das Strassenverkehrs- und Schif-

fahrtsamt entzog W. am 9. Juli 1996 den Führerausweis wegen Nichtanpassens der Geschwindigkeit sowie Verursachens eines Selbstunfalls für die Dauer von sechs Monaten. Auf einen Rekurs des Betroffenen bestätigte die Verwaltungsrekurskommission am 26. Februar 1997 den erstinstanzlichen Entscheid im wesentlichen, setzte jedoch die Entzugsdauer auf fünf Monate fest.

C.- W. führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt, der Entscheid vom 26. Februar 1997 sei aufzuheben und es sei bloss eine Verwarnung auszusprechen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen

Erwägungen

aus folgender Erwägung:

3. a) Der Selbstunfall des Beschwerdeführers wegen Aquaplanings ereignete sich am 29. September 1995. Am 25. Oktober 1995 beurteilte die Vorinstanz einen Führerausweisentzug wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand, wobei sie die erstinstanzliche Entzugsdauer von sieben auf sechs Monate herabsetzte. Deshalb wirft sie im angefochtenen Entscheid die Frage auf, ob für den zweiten Vorfall eine Zusatzmassnahme auszusprechen wäre und führt dazu aus: "Das Bundesgericht verneint das Bestehen der Voraussetzungen für eine Zusatzmassnahme, wenn die neue Tat begangen wurde, nachdem die erste durch einen Entscheid abgeurteilt war, aber noch bevor dieser rechtskräftig wurde, weil die zweite Tat bei der Beurteilung der ersten gar nicht hätte mitbeurteilt werden können, da sie ja noch gar nicht begangen worden war (vgl. BGE vom 5. April 1995 in Sachen F. St., S. 4 mit Hinweisen). Dem entspricht auch die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach eine Zusatzstrafe beim Zweiturteil nicht in Frage kommt, wenn ein Täter delinquiert, nachdem das Ersturteil in erster Instanz eröffnet wurde, und zwar ganz unabhängig davon, ob das Ersturteil schon in Rechtskraft erwuchs oder nicht, weil z.B. dagegen Berufung eingelegt wurde (vgl. MARCEL NIGGLI, Retrospektive Konkurrenz - Zusatzstrafe bei Kassation des Ersturteils? SJZ 91/1995 S. 379). Ein Täter soll dann als verurteilt im Sinn von Art. 68 Ziff. 2 StGB gelten, wenn er strafbare Handlungen begeht vor Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils, sofern er für die Straftaten, die in diesem erstinstanzlichen Urteil Prozessthema bilden, später rechtskräftig verurteilt wird. Ein Täter kommt genau dann in den Genuss von Art. 68 Ziff. 2 StGB, wenn im Zweiturteil Straftaten zu beurteilen sind, die er begangen hatte, bevor ihm ein Ersturteil eröffnet wurde, in dem er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Unwesentlich ist dabei, ob das Ersturteil

selbst in erster Instanz in Rechtskraft erwächst oder erst das Urteil der Rechtsmittelinstanz oder gar ob diese (nach Kassation) neu entscheiden muss. Kein Raum für die Anwendung von Art. 68 Ziff. 2 StGB besteht, wenn eine Vereinigung der im Zweiturteil behandelten Taten mit jenen des Ersturteils in einem Verfahren ausgeschlossen war (NIGGLI, a.a.O., S. 382). Diese überzeugenden Überlegungen führen dazu, dass im vorliegenden Fall, wo die die Ersttat betreffende teilweise Rekursgutheissung im übrigen lediglich auf einen relativ untergeordneten Punkt der Massnahmebemessung zurückzuführen war, offensichtlich kein Anspruch auf Ausfällung einer Zusatzmassnahme besteht, da die heute zu beurteilende Zweittat, d.h. der Aquaplaning-Fall, nach Erlass der im wesentlichen bestätigten, die Ersttat betreffenden erstinstanzlichen Entzugsverfügung von der ersten Instanz keinesfalls hätte gemeinsam mit der Ersttat beurteilt werden können".
b) In einem unveröffentlichten Entscheid vom 5. April 1995 hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in welchem eine zweite Tat nach Aufhebung durch das Bundesgericht von der Vorinstanz gleichzeitig mit einer dritten Tat zu beurteilen war, wobei das erstinstanzliche Urteil für die zweite Tat nicht in Rechtskraft erwuchs, sondern die Entzugsdauer zweitinstanzlich von sechs auf zwei Monate herabgesetzt wurde. Das Bundesgericht

erwog unter anderem: "Bei Verwirklichung mehrerer Entzugsgründe durch eine Handlung ist nach der Rechtsprechung Art. 68 StGB sinngemäss anzuwenden; dasselbe gilt für den Fall, wo durch mehrere Handlungen mehrere Entzugsgründe gesetzt werden bzw. die zu beurteilenden Handlungen noch vor Erlass einer früheren Entzugsverfügung begangen wurden. Hat die Behörde eine Handlung zu beurteilen, die vor Erlass einer früheren Administrativmassnahme begangen wurde, so ist in Anwendung von Art. 68 Ziff. 2 StGB eine Zusatzmassnahme dafür auszusprechen; der Täter soll durch die Ausfällung der Sanktion in mehreren Verfahren nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden (BGE 120 Ib 54 E. 2a, BGE 116 IV 14 E. 2a je mit Hinweisen). Zu einer Zusatzstrafe bzw. -massnahme ist der Täter nur zu verurteilen, wenn er die neue Tat vor der früheren Urteilsfällung begangen hat, unter der Voraussetzung, dass das Urteil später - beispielsweise nach durchgeführtem Rechtsmittelverfahren - rechtskräftig wird (BGE 113 Ib 53 E. 3, 109 IV 87 E. 2a, 102 IV 242 S. 244). Ist die neue Tat begangen worden, nachdem die erste durch einen Entscheid abgeurteilt war, aber noch bevor dieser rechtskräftig wurde, fehlt es an der Voraussetzung einer Gesamtstrafe und damit auch -massnahme für beide Taten, weil die zweite Tat bei der Beurteilung der ersten gar nicht hätte mitbeurteilt werden können, da sie ja noch gar nicht begangen worden war. Daher besteht aber in einem solchen Fall auch nicht Anspruch auf eine Zusatzsanktion zur ersten ausgefällten Strafe bzw. Massnahme (BGE 109 IV 87 E. 2a, BGE 102 IV 242 S. 244). Nur wenn die Rechtskraft der ersten Verurteilung nicht eintritt, weil

das Urteil in einem Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird, können nachträglich, d.h. beim zur ersten Tat neu zu fällenden Entscheid die Voraussetzungen für eine Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB oder allenfalls jene der nachträglichen Festlegung einer Gesamtstrafe nach Art. 350 Ziff. 2 StGB erfüllt sein (vgl. BGE 102 IV 242 S. 244 f.). Wie die Vorinstanz und das BAP zutreffend bemerken, beging der Beschwerdeführer die dritte Verfehlung erst, nachdem der erstinstanzliche Entscheid bezüglich der zweiten Tat ergangen war. Sie übersehen aber, dass dieser Entscheid nicht in Rechtskraft erwuchs. Denn der erstinstanzliche Entscheid (sechs Monate) wurde durch die Vorinstanz aufgehoben und durch einen neuen (zwei Monate) ersetzt. Nachdem das Bundesgericht auch diesen Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen hatte, befand sich diese in der Lage eines erstinstanzlichen Sachrichters, der den 2. Vorfall in allen Teilen neu zu beurteilen hatte und deshalb gleichzeitig auch den 3. Vorfall nicht nur hätte mitbeurteilen können, sondern tatsächlich auch mitbeurteilte. Deshalb hätte die Vorinstanz am 30. August 1994 für den 2. und 3. Vorfall eine Gesamtstrafe aussprechen müssen. Sie beruft sich zu Unrecht auf BGE 102 IV 242 E. 4 in fine, wonach der Täter, der sich erneut strafbar macht, nachdem er für eine andere Tat verurteilt worden ist, auch die Rücksicht des Art. 68 StGB nicht verdiene. Diese Überlegung ist im Zusammenhang zu sehen und setzt, wie bereits zitiert, voraus, dass der erstinstanzliche Entscheid später rechtskräftig wird. Da der Entscheid vom 15. Januar 1993 nicht in Rechtskraft erwuchs, ist der vorinstanzliche Hinweis unbehelflich. Dem Umstand, dass sich der Täter von einem hängigen Verfahren nicht hat beeindrucken lassen, kann der Richter jedoch im Rahmen des Verschuldens bei der Ausfällung einer Gesamt- beziehungsweise Zusatzstrafe Rechnung tragen." c) Vergleicht man die von Niggli vorgeschlagene Lösung (E. a) mit derjenigen des Bundesgerichts (E. b), so fällt zunächst auf, dass im Ergebnis beide in etwa übereinstimmen: Im Gegensatz zur ersten Lösung kommt der Täter bei der zweiten zwar in den Genuss von Art. 68 Ziff. 2 StGB, doch gleicht sich dieser Vorteil dadurch wieder aus, dass dem Täter sein deliktisches Verhalten während eines hängigen Verfahrens erschwerend angelastet wird (E. b am Ende). Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass Niggli in seinem Aufsatz die strafrechtlichen Sanktionen im Auge hat, die sich in erster Linie an der Schuldangemessenheit auszurichten haben, während die Administrativsanktionen vor allem die Erziehung und Besserung des Betroffenen erreichen wollen. Letzterem Ziel ist wohl eher dienlich, parallele Verfahren wenn immer möglich zu vereinigen, um so der aktuellen Situation des Betroffenen in einer Gesamtbetrachtung besser gerecht werden zu können. Demgegenüber sollten - nachdem Art. 68 StGB analog auf Administrativmassnahmen anwendbar ist

(BGE 120 Ib 54 E. 2a mit Hinweisen) - für die strafrechtliche und administrative Sanktion nicht ohne Not unterschiedliche Lösungen getroffen werden.
Nach übereinstimmender Rechtsprechung und Lehre bezweckt Art. 68 StGB, dass ein Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden soll (Ziff. 1), unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht (Ziff. 2; NIGGLI, a.a.O., S. 381 f.). In den Genuss dieser in der Regel vorteilhaften Zusatzstrafe soll derjenige kommen, bei dem der erstinstanzliche Richter die mehreren Straftaten gleichzeitig hätte aburteilen können, nicht aber derjenige, der erneut delinquiert, nachdem er wegen anderer Delikte (zu Freiheitsstrafe oder Administrativmassnahmen) erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden ist. Diese klare und einfache Lösung entspricht am besten dem Zweckgedanken des Art. 68 StGB. Dem Richter stellt sich somit bloss die Frage, ob die im zweiten Verfahren zu beurteilenden Straftaten vor Eröffnung des Ersturteils begangen wurden. Trifft dies zu, ist Art. 68 Ziff. 2 StGB anwendbar, andernfalls nicht. Diese Lösung führt - im Gegensatz zu derjenigen in E. b - auch nicht zu einer Verwässerung der Begriffe der Gesamt- und Zusatzstrafe, weil sie nur gebraucht werden, wenn der Täter durch die faktische (Art. 68 Ziff. 1 StGB) oder hypothetische (Ziff. 2) einheitliche Beurteilung seiner mehreren Straftaten in der Regel günstiger fährt als bei einer unabhängigen Beurteilung derselben Taten. Den vorerwähnten Bedenken hinsichtlich der wünschenswerten Gesamtbetrachtung bei den Administrativmassnahmen (E. c, Abs. 1) kann der Massnahmerichter auch in einem zweiten unabhängigen Verfahren im Rahmen der Verhältnismässigkeit gebührend Rechnung tragen. Schliesslich garantiert die neue Lösung sowohl im strafrechtlichen als auch im Administrativverfahren eine einheitliche Anwendung des Art. 68 StGB.
Entgegen der Ansicht NIGGLI (a.a.O., S. 382 f. lit. b Ziff. 2) entfällt auch der Vorbehalt, dass das Ersturteil später rechtskräftig wird; denn im Zeitpunkt des Zweiturteils ist diese Frage ohne Bedeutung. Ist das Ersturteil (noch) nicht rechtskräftig, so muss für den zweiten Vorfall ein selbständiges Urteil ausgefällt werden. Wird das Ersturteil schliesslich nicht rechtskräftig, hat es mit dem selbständigen Zweiturteil sein Bewenden; tritt das Ersturteil jedoch in Rechtskraft, so kann der Verurteilte - wenn die Voraussetzungen des Art. 68

StGB gegeben sind - gemäss Art. 350 Ziff. 2 StGB ein Gesuch stellen, damit für beide Taten eine Gesamtstrafe beziehungsweise massnahme festgesetzt wird. d) Dem Beschwerdeführer wurde der Führerausweis wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand erstinstanzlich am 2. August 1994 entzogen. Der Aquaplaning-Vorfall ereignete sich am 29. September 1995 und mithin nach dem Entscheid der ersten Instanz, weshalb diese gar nie in der Lage war, beide Vorfälle gleichzeitig zu beurteilen. Unter diesen Umständen sprach die Vorinstanz für den zweiten Vorfall zu Recht keine Zusatzmassnahme, sondern eine selbständige Massnahme aus (E. c).