Urteilskopf

132 IV 102

14. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. X. gegen Ober-staatsanwaltschaft sowie Kassationsgericht des Kantons Zürich (Staatsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeitsbeschwerde) 6P.62/2006 / 6S.146/2005 vom 14. November 2006

Regeste (de):
Art. 68 Ziff. 2 StGB; Strafzumessung bei retrospektiver Realkonkurrenz.

Die Annahme einer hypothetischen lebenslänglichen Gesamtstrafe setzt voraus, dass entweder die Grundstrafe oder die Zusatzstrafe auf lebenslängliches Zuchthaus lauten (E. 9.2.3).

Regeste (fr):
Art. 68 ch. 2 CP; fixation de la peine en cas de concours réel rétrospectif.

La prise en compte d'une peine d'ensemble hypothétique de réclusion à vie suppose que soit la peine de base soit la peine complémentaire correspondent à une condamnation à vie (consid. 9.2.3).

Regesto (it):
Art. 68 n. 2 CP; commisurazione della pena in caso di concorso reale retrospettivo.

Una pena complessiva ipotetica della reclusione perpetua presuppone che o la pena di base o la pena complementare corrispondano alla reclusione a vita (consid. 9.2.3).

Erwägungen ab Seite 102

Aus den Erwägungen:
II. Nichtigkeitsbeschwerde

7.

7.1 Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen die Bemessung der Zusatzstrafe. In dieser Hinsicht ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Das Kantonsgericht von Graubünden verurteilte den Beschwerdeführer mit Urteil vom 26./29. Januar 1981 im Wesentlichen wegen Sprengstoff- und Vermögensdelikten zu 10 Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 388 Tagen Untersuchungshaft. Am 17. Dezember 1981 entwich dieser aus der Kantonalen Strafanstalt Regensdorf/ ZH, in welcher er die Strafe verbüsste. Am 5. November 1991 wurde der Beschwerdeführer in Montignoso/I nach einer bewaffneten Auseinandersetzung mit zwei italienischen Polizeibeamten verhaftet. Am 2. April 1993 verurteilte ihn das Tribunale Massa Carrara wegen Sprengstoffdelikten sowie vollendeter und versuchter Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren. Dieses Urteil wurde vom Berufungsgericht Corte di Appello di Genova mit Urteil vom 26. November 1993 bestätigt. Nach

Verbüssung der Strafe in Italien (12 Jahre abzüglich eines Straferlasses von 11 /2 Jahren) wurde der Beschwerdeführer am 18. April 2002 an die Schweiz ausgeliefert.

BGE 132 IV 102 S. 103

Am 4. Juni 2004 erklärte die Vorinstanz den Beschwerdeführer des Mordes am Grenzwächter A., begangen am 3. Dezember 1989 in Brusio/GR, mithin vor den in Italien verübten Delikten, schuldig und verurteilte ihn zu 17 Jahren Zuchthaus unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Sie sprach diese Strafe als Zusatzstrafe zum Urteil des Tribunale Massa Carrara/I vom 2. April 1993 bzw. des Corte di Appello di Genova/I vom 26. November 1993 aus.

7.2 Die Vorinstanz gelangt bei der Strafzumessung nach sorgfältiger Abwägung sämtlicher Zumessungsgründe zum Schluss, dass für die Mordtat von Brusio, sofern sie für sich allein zu beurteilen gewesen wäre, unter Würdigung aller Umstände eine Freiheitsstrafe von 17 Jahren Zuchthaus angemessen wäre. Im Weiteren nimmt die Vorinstanz an, unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer im Jahre 1991 in Italien begangenen Straftaten, welche Gegenstand des Urteils des Tribunale di Massa Carrara/I vom 2. April 1993 bzw. des Corte di Appello di Genova/I vom 26. November 1993 bildeten, wäre als Gesamtstrafe eine lebenslängliche Zuchthausstrafe auszusprechen gewesen. Bei der Festsetzung der massgeblichen Zusatzstrafe nimmt die Vorinstanz zunächst an, bei einer Gesamtstrafe von 20 Jahren Zuchthaus wäre die Zusatzstrafe auf 8 Jahre festzusetzen (20 - 12 = 8). Bei einer lebenslänglichen Gesamtstrafe sei das erkennende Gericht demgegenüber hinsichtlich der Ausfällung einer Zusatzstrafe gänzlich frei, da es rein rechnerisch gesehen unmöglich sei, eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren von einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe abzuziehen. Damit sei im vorliegenden Fall die Ausfällung einer Zusatzstrafe zwischen 8 und 20 Jahren Zuchthaus zulässig. In Anbetracht aller Umstände erachtet es die Vorinstanz schliesslich für gerechtfertigt, das Strafmass der Zusatzstrafe auf 17 Jahre Zuchthaus festzusetzen.

7.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, zähle man zu der in Italien ausgefällten Grundstrafe von 12 Jahren die von der Vorinstanz ausgefällte Zusatzstrafe von 17 Jahren hinzu, gelange man zu einer zeitlich begrenzten Gesamtstrafe von 29 Jahren. Dies widerspreche Art. 35 StGB, welcher für die Zuchthausstrafe eine längste Dauer von 20 Jahren oder lebenslänglich vorsehe. Eine zeitlich beschränkte Strafe von mehr als 20 Jahren dürfe nicht ausgesprochen werden. Ausserdem habe die Vorinstanz die Zusatzstrafe

BGE 132 IV 102 S. 104

ungeschmälert zur Strafe der italienischen Gerichte hinzugezählt, womit sie in Verletzung von Art. 68 Ziff. 1 StGB nicht nach dem Asperationsprinzip, sondern nach dem Kumulationsprinzip vorgegangen sei. Die Vorinstanz sei an den gesetzlichen Strafrahmen gebunden und könne entweder eine Zusatzstrafe von bis zu höchstens 8 Jahren (ohne Anrechnung der bereits verbüssten Strafe in Italien) oder eine lebenslängliche Strafe (unter Anrechnung der bereits verbüssten Strafe in Italien) ausfällen. Wenn sie eine lebenslängliche Zusatzstrafe aussprechen würde, ginge die Grundstrafe gewissermassen in der Zusatzstrafe auf, da im Gegensatz zu einer zeitlich begrenzten Zusatzstrafe eine lebenslängliche Zusatzstrafe nicht getrennt von der Grundstrafe berechnet werden könne. In diesem Fall müsste der frühest mögliche Zeitpunkt einer bedingten Entlassung unter Berücksichtigung der bereits verbüssten Strafe im Urteilsdispositiv vermerkt werden, da die Vollzugsbehörden nicht an Art. 68 Ziff. 2 StGB gebunden seien.

8.

8.1 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter gemäss Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Tat (sog. Einsatzstrafe) und erhöht deren Dauer unter Berücksichtigung aller entsprechenden Strafzumessungsgründe angemessen (sog. Asperationsprinzip). Der Richter ist verpflichtet, diesen Strafschärfungsgrund mindestens straferhöhend zu berücksichtigen. Er kann jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Ausserdem ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (BGE 127 IV 101 E. 2b; BGE 116 IV 300 E. 2b/aa).

8.2 Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt er nach Art. 68 Ziff. 2 StGB die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Art. 68 Ziff. 2 StGB will im Wesentlichen das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Die Zusatzstrafe gleicht dementsprechend die Differenz zwischen der ersten Einsatz- oder Grundstrafe und der hypothetischen

Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre. Der Täter soll damit trotz Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden und der von dem für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung nach Art. 68 Ziff. 1 StGB profitierte, nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden (BGE 129 IV 113 E. 1.1; BGE 121 IV 97 E. d/cc; BGE 118 IV 119 E. 2c; BGE 116 IV 14 E. 2). Eine Zusatzstrafe kann auch zu einem ausländischen Urteil ausgefällt werden, welches Taten betrifft, die nicht in den räumlichen Geltungsbereich des StGB fallen (BGE 115 IV 17 E. II/5a/cc; BGE 109 IV 90 E. 2b). Bei der Bemessung der gedanklich zu bestimmenden Zusatzstrafe ist der Richter sowohl in Bezug auf die Strafart als auch hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheid gebunden (vgl. BGE 116 IV 14 E. 2a und b; BGE 109 IV 90 E. 2d, mit Hinweisen).

8.3 Bei der Festsetzung der Zusatzstrafe zu einer - ob in der Schweiz oder im Ausland - ergangenen Grundstrafe hat sich der Richter vorerst zu fragen, welche Strafe er im Falle einer gleichzeitigen Verurteilung in Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 StGB ausgesprochen hätte. Ausgehend von dieser hypothetischen Gesamtbewertung bemisst er anschliessend unter Beachtung der rechtskräftigen Grundstrafe die Zusatzstrafe (BGE 109 IV 90 E. 2d). Dabei ergibt sich die für die neu zu beurteilende Straftat auszufällende Zusatzstrafe aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der Grundstrafe. Bei der retrospektiven Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offen zu legen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 118 IV 119 E. 2; BGE 116 IV 14 E. 2b und c).

9. Die Vorinstanz erachtet für das Tötungsdelikt vom 3. Dezember 1989 eine Strafe von 17 Jahren Zuchthaus für angemessen. Unter Berücksichtigung der in Italien begangenen Straftaten gelangt sie unter Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 StGB zu einer Gesamtstrafe von lebenslänglichem Zuchthaus. Die Zusatzstrafe setzt sie ebenfalls auf 17 Jahre Zuchthaus fest, mithin auf dieselbe Dauer, wie wenn sie das Tötungsdelikt allein beurteilt hätte.

9.1 Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Strafschärfung auf lebenslängliches Zuchthaus vor Bundesrecht

standhält, wenn der Täter mehrere Straftaten begangen hat, davon aber nur eine mit

BGE 132 IV 102 S. 106

lebenslänglichem Zuchthaus bedroht ist und der Richter für diese Tat allein lediglich eine zeitige Strafe ausgesprochen hätte. Dies ist zu verneinen. Eine Strafschärfung auf lebenslängliches Zuchthaus gemäss Art. 68 Ziff. 1 i.V.m. Art. 35 StGB ist nur möglich, wenn der Täter mehrere mit dieser Höchststrafe bedrohte Delikte begangen hat. Treffen indessen mehrere Straftaten zusammen, von denen nur eine mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht wird, verstösst eine Strafschärfung auf lebenslängliches Zuchthaus gegen das Art. 68 Ziff. 1 StGB zugrundeliegende Asperationsprinzip. Denn bei dieser Konstellation wirkt sich die Schärfung auf lebenslängliche Freiheitsstrafe oft noch stärker zu Ungunsten des Täters aus, als wenn die einzelnen zeitigen Strafen kumuliert würden. Lebenslängliches Zuchthaus als Höchststrafe wird im Schweizerischen Recht angedroht beim Tatbestand des Mordes gemäss Art. 112 StGB, beim besonders schweren Fall der Geiselnahme gemäss Art. 185 Ziff. 3 StGB, beim Völkermord im Sinne von Art. 264 Abs. 1 StGB sowie beim schweren Fall der landesverräterischen Friedensgefährdung nach Art. 266 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. Im zu beurteilenden Fall wird dem Beschwerdeführer lediglich eine Tat, die mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht wird, nämlich der Mord am Grenzwächter von Brusio, angelastet. Für diese hält die Vorinstanz indes, hätte sie sie für sich allein beurteilt, eine zeitige Strafe für angemessen. Die Straftaten, die dem italienischen Urteil zugrunde liegen - Sprengstoffdelikte sowie versuchte und vollendete Körperverletzung - sind auch nach schweizerischem Recht nur mit zeitigen Strafen bedroht. Bei dieser Sachlage verletzt daher die Strafschärfung zu einer hypothetischen Gesamtstrafe von lebenslänglichem Zuchthaus Bundesrecht. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nichts anderes ableiten. Im BGE 116 IV 300 zugrunde liegenden Fall, in welchem der Täter in verminderter Zurechnungsfähigkeit zwei Morde und zwei Vergewaltigungen begangen hatte, erfolgte die Strafschärfung auf lebenslängliches Zuchthaus jedenfalls wegen der Mehrheit der verübten Mordtaten und nicht wegen des Zusammentreffens der Mordtaten mit den Sexualdelikten.

9.2 Im Weiteren verletzt auch die Annahme der Vorinstanz Bundesrecht, das erkennende Gericht sei bei der Festsetzung einer hypothetischen Gesamtstrafe von lebenslänglichem Zuchthaus

BGE 132 IV 102 S. 107

hinsichtlich der Ausfällung der Zusatzstrafe gänzlich frei. Es sei mithin ohne Weiteres eine Strafe zwischen 8 bis 20 Jahren Zuchthaus zulässig.

9.2.1 Hier fällt zunächst auf, dass eine Zusatzstrafe von mehr als 17 Jahren als Differenz zwischen hypothetischer Gesamtstrafe und Grundstrafe diejenige Strafe übersteigen würde, welche die Vorinstanz für die Mordtat in Brusio, würde sie für sich allein beurteilt, als angemessen erachtet. Dies liesse sich mit den von ihr im Rahmen der Strafzumessung angestellten Erwägungen indes nicht in Einklang bringen.

9.2.2 Im Weiteren verletzt die Vorinstanz, indem sie als Zusatzstrafe dieselbe Strafe ausspricht, welche sie als angemessen erachtet, wenn sie die Mordtat für sich allein beurteilt hätte, Art. 68 Ziff. 1 StGB. Denn nach dem Asperationsprinzip, nach welchem die Strafe ausgehend von der für die schwerste Tat auszusprechenden Strafe angemessen zu schärfen ist, dürfen Grund- und Zusatzstrafe nicht einfach addiert werden. Dies ist aber der Fall, wenn die Zusatzstrafe gleich hoch ausfällt, wie wenn die frühere Tat für sich allein beurteilt worden wäre.

9.2.3 Sodann ist der Vorinstanz zwar zuzugeben, dass es rechnerisch nicht möglich ist, von einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe eine solche von 12 Jahren zu subtrahieren. Doch zieht sie hieraus die falschen Schlüsse. Denn eine lebenslängliche Gesamtstrafe kann sich nicht aus zwei zeitigen (Einsatz- und Zusatz)Strafen zusammensetzen. Voraussetzung für eine hypothetische lebenslängliche Gesamtstrafe ist mithin, dass entweder die Grundstrafe oder die Zusatzstrafe auf lebenslängliches Zuchthaus lautet, wobei die jeweils andere Strafe durch diese absorbiert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.56/2004 vom 7. Juni 2004, E. 3.4). Im vorliegenden Fall stellen aber sowohl die Grundstrafe wie die Zusatzstrafe zeitige Strafen dar. Da die Zusatzstrafe die Differenz aus hypothetischer Gesamtstrafe und Grundstrafe bildet, jene sich mithin aus der Summe von Grundstrafe und Zusatzstrafe errechnet, ergibt sich aus der von der italienischen Justiz ausgesprochenen Grundstrafe von 12 Jahren und der von der Vorinstanz ausgefällten Zusatzstrafe von 17 Jahren eine zeitige Gesamtstrafe von 29 Jahren Zuchthaus, was Art. 35 StGB widerspricht.

9.2.4 Aus den obstehenden Erwägungen ergibt sich, dass in der vorliegenden Konstellation bei der Festsetzung einer hypothetischen lebenslänglichen Gesamtstrafe auch die Zusatzstrafe auf

lebenslänglich lauten müsste, durch welche freilich die Grundstrafe abgegolten wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.56/2004 vom 7. Juni 2004, E. 3.4; REHBERG, Strafrecht II, 7. Aufl., Zürich 2001, S. 64). Da die Vorinstanz indes für die Mordtat von Brusio für sich genommen eine zeitige Strafe für angemessen hielt (E. 9.2.1), hätte sie richtigerweise auch für die hypothetische Gesamtstrafe eine zeitige Strafe zugrunde legen müssen (vgl. E. 9.2.3). Hiefür wäre sie aber an die Höchstgrenze von 20 Jahren gemäss Art. 35 StGB gebunden gewesen. Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall eine auszufällende zeitige Zusatzstrafe höchstens auf 8 Jahre Zuchthaus (20 Jahre abzgl. 12 Jahre der italienischen Grundstrafe) lauten könnte. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich somit als begründet.