Urteilskopf

138 IV 113

16. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X.A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Y. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_180/2011 vom 5. April 2012

Regeste (de):
Art. 49 Abs. 2 StGB; retrospektive Konkurrenz; Kassation des Ersturteils.

Für die Frage, ob und in welchem Umfang (d.h. ganz oder teilweise) das Gericht eine Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB aussprechen muss, ist auf das Datum der ersten Verurteilung im ersten Verfahren (sog. Ersturteil) abzustellen. Demgegenüber ist für die Bemessung bzw. die Höhe der Zusatzstrafe das rechtskräftige Urteil im ersten Verfahren massgebend (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 3.4.2). Für die Beantwortung der ersten Frage (Anwendbarkeit des Asperationsprinzips) ist unerheblich, ob das Ersturteil oder ein Urteil der Rechtsmittelinstanz in Rechtskraft erwächst oder ob nach einer Kassation neu entschieden werden muss. Dies gilt auch, wenn im Rahmen der Neubeurteilung zuungunsten des Verurteilten für die gleiche Tat eine härtere Strafe verhängt wird als im Ersturteil (E. 3.4.3). Eine Gesamtstrafe gestützt auf Art. 46 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB kommt nicht in Betracht, wenn aufgrund einer erneuten Delinquenz in der Zeit zwischen dem Ersturteil und dem Vollzug der ersten Strafe zwei Freiheitsstrafen zum Vollzug anstehen (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 49 al. 2 CP; concours rétrospectif; cassation du premier jugement.

Pour déterminer si et dans quelle mesure (c'est-à-dire entièrement ou partiellement) le tribunal doit prononcer une peine complémentaire au sens de l'art. 49 al. 2 CP, il convient de se reporter au dit premier jugement, soit à la date de la première condamnation rendue lors de la première procédure. Pour fixer, respectivement mesurer la peine complémentaire, l'entrée en force du jugement de la première procédure est en revanche décisive (confirmation de la jurisprudence; consid. 3.4.2). Pour répondre à la première question (applicabilité du principe d'absorption) il n'est pas déterminant que le premier jugement ou un jugement sur recours soit entré en force de chose jugée, ni qu'un nouveau jugement doive être rendu ensuite de cassation. Il en va de même si à raison des mêmes faits, la peine prononcée à l'issue du nouveau jugement est plus sévère que celle infligée au condamné lors du premier jugement (consid. 3.4.3). Une peine d'ensemble prononcée sur la base de l'art. 46 al. 1 2e phrase CP, ainsi que des art. 62a al. 2 et 89 al. 6 CP n'entre pas en considération si à la suite d'une récidive commise dans l'intervalle séparant le premier jugement et l'exécution de la première sanction, deux peines privatives de liberté doivent être exécutées (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 49 cpv. 2 CP; concorso retrospettivo; annullamento del primo giudizio.

Per determinare se e in che misura (ovvero interamente o parzialmente) il tribunale deve infliggere una pena complementare giusta l'art. 49 cpv. 2 CP, occorre basarsi sulla data del cosiddetto primo giudizio (Ersturteil), ossia della prima condanna emanata nella prima procedura. Per commisurare la pena complementare rispettivamente per stabilire la sua entità è invece determinante la crescita in giudicato della sentenza della prima procedura (conferma della giurisprudenza; consid. 3.4.2). Per rispondere al primo quesito (applicabilità del principio dell'inasprimento della pena), è irrilevante sapere se il primo giudizio o una sentenza dell'istanza ricorsuale siano cresciuti in giudicato oppure se, in seguito a cassazione, si debba prendere una nuova decisione. Ciò vale pure nel caso in cui, per gli stessi fatti, la pena irrogata al condannato nell'ambito del nuovo giudizio sia più severa rispetto a quella inflitta con il primo giudizio (consid. 3.4.3). Una pena unica, pronunciata sulla base dell'art. 46 cpv. 1 seconda frase CP nonché degli art. 62a cpv. 2 e 89 cpv. 6 CP, è esclusa qualora debbano

essere espiate due pene detentive a causa della recidiva commessa tra il primo giudizio e l'esecuzione della prima pena (consid. 4).

Erwägungen ab Seite 114

BGE 138 IV 113 S. 114

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Zusatzstrafe von 3 1/2 Jahren sei massiv übersetzt und verletze Art. 49 Abs. 2 StGB. Zusammen mit der Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 9 Monaten gemäss Urteil vom 28. April 2009 bzw. 19. Juli 2010 betrage die Gesamtstrafe 8 Jahre und 3 Monate. Hätte er die beiden Taten zusammen verübt, wäre er nicht zu einer derart hohen Strafe verurteilt worden.

3.2 Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte den Beschwerdeführer am 28. April 2009 in erster Instanz (in Anwendung von § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. c der Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 [StPO/ZH]) wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 StGB) und Raufhandels (Art. 133 Abs. 1 StGB), begangen am 4. November 2007, zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren, davon 23 Monate bedingt. Das Bundesgericht hiess am 28. Januar 2010

BGE 138 IV 113 S. 115

eine Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft Zürich gegen dieses Urteil im Strafpunkt gut und wies die Sache zur neuen Strafzumessung an die Vorinstanz zurück (Urteil 6B_584/2009). Das Obergericht setzte die Freiheitsstrafe mit Urteil vom 19. Juli 2010 neu auf 4 Jahre und 9 Monate fest. Dagegen erhob der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Das Kassationsgericht Zürich trat am 15. September 2011 auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein. Das Bundesgericht wies die Beschwerde am 2. Dezember 2011 ab, soweit darauf einzutreten war (Urteil 6B_755/2010).

3.3 Die Vorinstanz geht im angefochtenen Entscheid davon aus, die Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 2 StGB seien erfüllt. Sie spricht eine Zusatzstrafe zum Urteil vom 28. April 2009 aus. Dem Umstand, dass die Strafe für die schwere Körperverletzung und den Raufhandel vom Obergericht mit Urteil vom 19. Juli 2010 auf 4 Jahre und 9 Monate erhöht wurde, trägt sie in ihren Erwägungen Rechnung.

3.4

3.4.1 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 (Art. 49 Abs. 1 StGB). Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Art. 49 Abs. 2 StGB gelangt zur Anwendung, wenn das Gericht Delikte beurteilen muss, die der Täter begangen hat, bevor er wegen anderer Straftaten verurteilt wurde (vgl. BGE 129 IV 113 E. 1.1). Die Bestimmung 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. Der Täter soll damit trotz Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden, nicht benachteiligt und so weit als möglich auch nicht bessergestellt werden (BGE 132 IV 102 E. 8.2 mit Hinweisen). Für das Vorgehen bei

der Festsetzung der Zusatzstrafe bei retrospektiver Konkurrenz kann auf die ausführliche Rechtsprechung verwiesen werden (BGE 132 IV 102 E. 8; BGE 129 IV 113 E. 1.1; je mit zahlreichen Hinweisen). Die unter aArt. 68 StGB (Fassung vor Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007) ergangene Rechtsprechung ist auch im Rahmen von Art. 49 StGB massgebend (Urteil 6B_28/2008 vom 10. April 2008 E. 3.3.2; vgl. auch BBl 1999 2062).

3.4.2 Die Rechtsprechung stellt für die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang (d.h. ganz oder teilweise) das Gericht eine Zusatzstrafe aussprechen muss, auf das Datum der ersten Verurteilung im ersten Verfahren ab (sog. Ersturteil, bei welchem es sich oftmals, aber nicht zwingend um das erstinstanzliche Urteil handelt). Demgegenüber ist für die Bemessung bzw. die Höhe der Zusatzstrafe das rechtskräftige Urteil im ersten Verfahren massgebend (BGE 129 IV 113 E. 1.3 und 1.4 mit Hinweisen sowie die in Bestätigung dieser Rechtsprechung ergangenen Urteile 6S.237/2006 vom 10. November 2006 E. 2.2.2; 6S.193/2006 vom 3. November 2006 E. 4; vgl. auch TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, N. 13 zu Art. 49 StGB, sowie JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 58 zu Art. 49 StGB mit weiteren Hinweisen auf die Lehre und die früher nicht immer einheitliche Rechtsprechung). Das Gericht muss sich in einem ersten Schritt somit fragen, ob die neue Tat vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren begangen wurde. Bejaht es dies, hat es eine Zusatzstrafe auszusprechen, für deren Bemessung es in einem zweiten Schritt prüfen muss, ob der Schuldspruch und das Strafmass des ersten Urteils rechtskräftig sind. Verneint es die erste Frage, ist das neue Delikt mit einer selbständigen Strafe zu ahnden (zum Ganzen auch EICKER/VEST, Bemerkungen zu BGE 129 IV 113, AJP 2004 S. 209 ff.).

3.4.3 Für die Beantwortung der ersten Frage (Anwendbarkeit des Asperationsprinzips) ist unerheblich, ob später das erste Urteil (mangels Berufung oder nach Abweisung eines kassatorischen Rechtsmittels) oder dasjenige der Rechtsmittelinstanz in Rechtskraft erwächst oder ob nach einer Kassation des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils gar neu entschieden werden muss. Das Bundesgericht befasste sich mit dieser Frage im Entscheid BGE 124 II 39. Es kam damals der Lehre von NIGGLI (vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Retrospektive Konkurrenz - Zusatzstrafe bei

Kassation des Ersturteils?, SJZ 91/1995 S. 377 ff.) folgend und entgegen seiner früheren Rechtsprechung (vgl. das unter BGE 124 II 39 E. 3b zitierte Urteil 6A.139/1994 vom 5. April 1995) zum Schluss, das Gericht müsse sich bloss fragen, ob die im zweiten Verfahren zu beurteilenden Straftaten vor dem Ersturteil begangen wurden.Es wies darauf hin, dass nach der ratio legis der Bestimmung von aArt. 68 Ziff. 2 StGB derjenige in den Genuss der in der Regel vorteilhaften Zusatzstrafe kommen soll, bei dem der erstinstanzliche Richter die mehreren Straftaten gleichzeitig hätte aburteilen können, nicht aber derjenige, der erneut delinquiert, nachdem er wegen anderer Delikte erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden sei (BGE 124 II 39 E. 3c). An dieser Rechtsprechung wurde auch in BGE 129 IV 113 ausdrücklich festgehalten. Sie wurde jedoch dahin gehend präzisiert, dass nicht die "Eröffnung", sondern das Datum des Ersturteils entscheidend sein soll. Auf das Datum des Ersturteils ist auch abzustellen, wenn dieses später im Rechtsmittelverfahren reformiert wird (vgl. BGE 129 IV 113). Gleich verhält es sich, wenn das Ersturteil wie vorliegend kassiert wird und sich das erste Gericht oder eine Rechtsmittelinstanz mit der Angelegenheit erneut befassen muss. Diese sind bei der Neubeurteilung nicht frei, sondern an die Begründung der Kassation gebunden (BGE 123 IV 1 E. 1; Art. 409 Abs. 3 StPO [SR 312.0]; vgl. auch BGE 135 III 334 E. 2; BGE 131 III 91 E. 5.2). Kommt es im Rahmen der Neubeurteilung in der gleichen Sache aufs Neue zu einer Verurteilung, ist für die Anwendbarkeit des Asperationsprinzipsnach wie vor das Datum des Ersturteils entscheidend (vgl. NIGGLI, a.a.O., S. 382 f.; gl.M. MARTIN BADER, Die retrospektive Konkurrenz, Auslegung und Anwendung des Art. 68 Ziff. 2 des StGB, 1948,S. 14 f.; a.M. STEFAN WEHRLE, Die Bedeutung erstinstanzlicher Urteile bei der retrospektiven Konkurrenz [Art. 68 Ziff. 2 StGB], SJZ 96/2000 S. 56 ff.; a.M. auch ACKERMANN, a.a.O., N. 60 lit. b zu Art. 49 StGB, wonach die Möglichkeit einer gemeinsamen Beurteilung im Rahmen einer Zusatzanklage ausschlaggebend sein soll, weshalbdas Asperationsprinzip auch bei einer Kassation des Ersturteils zum Tragen kommen soll, wenn nach dem anwendbaren Strafprozessrecht bei der Neubeurteilung eine Zusatzanklage für weitere Straftaten mitberücksichtigt werden kann). Dies muss auch gelten, wenn im Rahmen der Neubeurteilung zuungunsten des Verurteilten für die gleiche Tat eine (deutlich) härtere Strafe ausgesprochen wird als im Ersturteil.

Massgeblich für die Anwendung des Asperationsprinzips ist damit, ob die zweite Tat vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren verübt wurde. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kommt Art. 49 StGB auch im Rahmen einer allfälligen nachträglichen Verfahrensvereinigung (welcher unter der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen StPO ohnehin enge Grenzen gesetzt sind, vgl. Art. 34 Abs. 2, Art. 333 Abs. 2 und 3 StPO; BBl 2006 1142 und 1281; dazu auch BGE 135 III 334 E. 2 für das bundesgerichtliche Verfahren) nicht zum Tragen, d.h. es sind ungeachtet der späteren Verfahrensvereinigung selbständige Strafen auszusprechen, da es um einen Fall von retrospektiver Konkurrenz geht und verfahrensleitende Entscheide betreffend die Verfahrensvereinigung keinen Einfluss auf die Strafhöhe haben können.

3.5 Der Beschwerdeführer beging die vorliegend zu beurteilende versuchte schwere Körperverletzung, nachdem er am 28. April 2009 vom Obergericht erstinstanzlich für die am 4. November 2007 begangene Tat wegen schwerer Körperverletzung und Raufhandels verurteilt worden war. Das begründete Urteil des Obergerichts wurde am 8. Juni 2009 versandt. Der Beschwerdeführer wurde damit während der laufenden Rechtsmittelfrist für die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht Zürich und die Beschwerde an das Bundesgericht erneut straffällig. Unter diesen Umständen geht das Obergericht zu Unrecht von der Anwendbarkeit von Art. 49 Abs. 2 StGB aus. Vielmehr hätte es eine selbständige Strafe aussprechen müssen. Die bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB wirkte sich nicht zuungunsten des Beschwerdeführers aus. Sie führt daher nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer, soweit er geltend macht, die Vorinstanz habe dem Asperationsprinzip gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB ungenügend Rechnung getragen, da dieses nicht zur Anwendung gelangt.

4. Eine Gesamtstrafe kann seit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB auch gestützt auf

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB (Gesamtstrafe bei Widerruf des bedingten Vollzugs einer früheren Strafe, vgl. dazu BGE 134 IV 241 E. 4; BGE 137 IV 249 E. 3 und 4) sowie Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB (Gesamtstrafe bei Nichtbewährung nach bedingter Entlassung aus dem Straf- bzw. Massnahmenvollzug, vgl. BGE 135 IV 146 E. 1 und 2.4; BGE 137 IV 312 E. 2) ausgesprochen werden. Beides kommt vorliegend jedoch nicht in Betracht.

BGE 138 IV 113 S. 119

Art. 46 StGB betrifft die erneute Straffälligkeit während der für eine (teil-)bedingte Strafe angesetzten Probezeit. Die Bildung einer Gesamtstrafe bei Widerruf des (teil-)bedingten Vollzugs ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die widerrufene und die neue Strafe gleichartig sind (BGE 134 IV 241 E. 4). Art. 89 StGB regelt die Folgen der Nichtbewährung des bedingt aus dem Strafvollzug Entlassenen. Art. 89 Abs. 6 StGB verpflichtet das Gericht, im Falle einer Rückversetzung aus dem zu vollziehenden Strafrest und der neuen Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammentrifft (BGE 135 IV 146 E. 2.4). Art. 89 Abs. 6 StGB wurde mit der Revision des Allgemeinen Teils des StGB neu geschaffen. Anders als unter dem früher geltenden Recht kumuliert der Richter nicht einfach die beiden Strafen, sondern bildet aus ihnen eine Gesamtstrafe (BBl 1999 2123). Voraussetzung ist, dass die neue Freiheitsstrafe unbedingt auszusprechen ist und die Reststrafe ebenfalls für vollziehbar erklärt wurde. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 89 Abs. 6 StGB dem Täter in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips - im Vergleich zum Kumulationsprinzip - eine gewisse Privilegierung gewähren, wenn zwei Freiheitsstrafen zum Vollzug anstehen (vgl. BGE 135 IV 146 E. 2.4). Die Bestimmung gelangt jedoch nur zur Anwendung, wenn das Gericht nach einer bedingten Entlassung über die Rückversetzung befinden muss und eine unbedingte Freiheitsstrafe mit einem durch Widerruf vollziehbaren Strafrest zusammentrifft. Bei einer erneuten Delinquenz nach der bedingten Entlassung muss unter Umständen daher eine Gesamtstrafe ausgesprochen werden, während bei zusätzlichen, in der Zeit zwischen dem Ersturteil und dem Vollzug der ersten Strafe verübten Taten das Kumulationsprinzip zur Anwendung gelangt. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der nicht nur auf die Verankerung einer generellen Pflicht zur Bildung einer Gesamtstrafe bei Zusammentreffen zweier vollziehbaren Freiheitsstrafen verzichtete, sondern diese Möglichkeit in Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bei gleichartigen Strafen gerade ausschloss (vgl. BGE 134 IV 241 E. 4.4).