

S. 7 / Nr. 2 Strafgesetzbuch (d)

BGE 68 IV 7

2. Urteil des Kassationshofs vom 13. März 1942 i.S. Ingold und Senn gegen Basel-Stadt, Staatsanwaltschaft.

Regeste:

Art. 269 Abs. 2 BStrP: Unzulässigkeit der Vereinigung von Nichtigkeits- und staatsrechtlicher Beschwerde (Erw. 1);

Art. 336 lit. d StGB ist der Anwendungsfall von Art. 68 Ziff. 2 für das Übergangsrecht und kennt daher wie dieser die Zusatzstrafe; Verhältnis zu Art. 336 lit. c und Art. 350 Ziff. 2 (Erw. 2 a); ist nur anwendbar, wenn die Tat auch vor der ersten Verurteilung verübt wurde, Bestimmung der Strafe (Erw. 2 b)

Art. 69 StGB: Unanwendbarkeit auf vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts verübte Delikte bei Anwendung des bisherigen Rechts (Erw. 4);

Ernennung eines amtlichen Verteidigers, Voraussetzungen (Erw. 5).

Art. 269 al. 2 PPF: Le pourvoi en nullité et le recours de droit public ne peuvent être consignés dans un seul et même mémoire. (Consid. 1.)

L'art. 336 lit. d CPS constitue le cas d'application de l'art. 68 ch. 2 pour le droit transitoire et institue donc une peine

Seite: 8

complémentaire; rapports entre l'art. 336 lit. c et l'art. 350 ch. 2 (Consid. 2 a). L'art. 336 lit. d n'est applicable que dans les cas où le délit a aussi été commis avant la première condamnation. Détermination de la peine (Consid. 2 b).

L'art. 69 CPS n'est pas applicable aux délits commis avant l'entrée en vigueur du droit nouveau et auxquels on a appliqué le droit ancien (Consid. 4).

Désignation d'un défenseur d'office; conditions (Consid. 5).

Art. 269 cp. 2 PPF: Il ricorso per cassazione e il ricorso di diritto pubblico non possono essere riuniti in una sola e medesima memoria. (Consid. 1.)

L'art. 336 lit. d CPS costituisce il caso di applicazione dell'art. 68 cifra 2 pel diritto transitorio e istituisce quindi una pena complementare; relazione tra l'art. 336 lit. c e l'art. 350 cifra 2. (Consid. 2 a.) L'art. 336 lit. d è soltanto applicabile se il reato è stato pure commesso anteriormente alla prima condanna. Determinazione della pena. (Consid. 2 b.)

L'art. 69 CPS non è applicabile ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto e ai quali è stato applicato il vecchio diritto. (Consid. 4.)

Designazione d'un difensore d'ufficio, condizioni. (Consid. 5.)

A. - Die Beschwerdeführer haben in der Zeit vom Oktober 1937 bis zum Januar 1939 gemeinsam eine Reihe von Diebstählen ausgeführt. Wegen der auf dem Gebiet des Kantons Zürich verübten verurteilte das Obergericht Zürich am 21. März 1940 Senn zu 3 1/2 Jahren, Ingold zu 3 Jahren Zuchthaus; beiden Verurteilten rechnete es von der Untersuchungshaft von 1090 bzw. 1072 Tagen je 165 Tage an die Strafe an. Basel-Stadt übernahm die Strafverfolgung bezüglich der übrigen in verschiedenen Kantonen verübten Verbrechen. Das Strafergericht verurteilte am 18. August 1941 Ingold zu weiteren 3, Senn zu weiteren 3 1/2 Jahren Zuchthaus, und zwar unter Anrechnung der von den Verurteilten seit dem 26. März 1940 in Basel erlittenen Untersuchungshaft. Das Appellationsgericht bestätigte am 16. Januar 1942 dieses Urteil, in dem Sinne, dass die ausgesprochene Strafe als Zusatzstrafe nach Art. 68 StGB zu gelten habe. Ob altes oder neues Recht milder seien, wird offen gelassen und jenes angewendet, da nach den Art. 68 und 336 StGB die Täter nicht schwerer bestraft werden dürften, als wenn sämtliche Handlungen gleichzeitig beurteilt würden. Angesichts der ausserordentlichen Schwere des Falles seien die ausgefallten Strafen

Seite: 9

angemessen. Von einer Gesamtstrafe sei abzusehen, um die Rechtskraft des in Zürich gefällten Urteils nicht zu berühren; diese schliesse auch eine Berücksichtigung der von den Angeklagten dort ausgestandenen Untersuchungshaft aus.

B. - Mit rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden beantragen Senn und Ingold, das Urteil des Appellationsgerichtes sei aufzuheben und die Sache zurückzuschicken, damit Gesamtstrafen von 3 1/2 - 4 Jahren ausgesprochen würden eventuell sei die Vorinstanz anzuweisen, mildere, das Zürcher Urteil berücksichtigende Zusatzstrafen auszusprechen und auf diese die Untersuchungshaft mit Wirkung ab 8. Februar 1939 anzurechnen. Beide Beschwerdeführer ersuchen um Gewährung des

Armenrechtes und Ernennung der für sie handelnden Anwälte als amtliche Verteidiger. Es wird die unrichtige Anwendung der Art. 336 lit. d, 68 Ziff. 2 und 69 StGB, eventuell die Verletzung des Verbotes der reformatio in peius geltend gemacht und für den letztern Fall wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 4 BV) staatsrechtliche Beschwerde erhoben.

C. - Die Staatsanwaltschaft schliesst sich dem Antrage auf Aufhebung und Rückweisung an. Auch sie bezeichnet Art. 336 lit. d als verletzt, weil keine Gesamtstrafe ausgefällt und die verbüsste Strafe von 165 Tagen nicht angerechnet worden sei. Dagegen hält sie die ausgesprochene Strafe als angemessen und das Urteil insoweit als nicht anfechtbar, für den Fall dagegen, dass keine Gesamtstrafe ausgesprochen würde, die Verurteilten, bezw. einen von ihnen, als befugt, das Bundesgericht um die Festsetzung einer Gesamtstrafe zu bitten.

D. - Der Kassationshof hat die Beurteilung auch der staatsrechtlichen Beschwerde übernommen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Die Beschwerdeführer halten in erster Linie die Grundsätze des StGB über die Gesamtstrafe, eventuell

Seite: 10

das Verbot der reformatio in peius als verletzt, das ein verfassungsmässiges Individualrecht darstelle, und haben daher einen mit der Nichtigkeitsbeschwerde in einer Eingabe vereinigten staatsrechtlichen Rekurs erhoben. Darauf kann, auch wenn die erste Rüge unbegründet ist, nicht eingetreten werden. Was in BGE 63 II 38 über die Unzulässigkeit der Vereinigung von Berufung und staatsrechtlicher Beschwerde ausgeführt ist, gilt in gleicher Weise auch hier, dass nämlich die gesetzlich vorgeschriebenen Formen für jedes der beiden Rechtsmittel zu wahren sind. Das ist bei der Vereinigung zweier Rechtsmittel in einer einzigen Eingabe nicht der Fall. Hieran hat der Bundesbeschluss betr. die vorläufigen Änderungen in der Bundesrechtspflege nichts geändert, da auch darnach (Art. 269 Abs. 2 BStrP) die Verletzung verfassungsmässiger Rechte nicht mit der Nichtigkeits-, sondern mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend zu machen ist. Das Eintreten müsste auch wegen Fehlens einer staatsrechtlichen Substanziierung abgelehnt werden; die Beschwerde nennt die angeblich verletzten Bestimmungen der Bundes- oder Kantonsverfassung nicht, und soweit die Verletzung von Art. 4 BV behauptet werden will, wird nicht gesagt, worin die Rechtsverweigerung liegen soll. Es stünden übrigens auch gar keine verfassungsmässigen Rechte in Frage.

2.- Art. 336 lit. d weist den Richter an, eine Gesamtstrafe auszusprechen und die auf Grund des ersten Urteils verbüsste Strafe anzurechnen, wenn er den Angeklagten eines vor dem Inkrafttreten des StGB verübten und mit Freiheitsstrafe bedrohten Vergehens schuldig erklärt und dieser in jenem Zeitpunkt (des 1. Januar 1942) die ihm im ersten Urteil auferlegte Strafe verbüsst. Es sollte damit die Anwendung des Art. 68 Ziff. 2 StGB auch für das Übergangsrecht vorgeschrieben, also verhindert werden, dass der Täter für verschiedene, mit Freiheitsstrafe bedrohte Verbrechen oder Vergehen, die er vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes und vor Erlass des ersten

Seite: 11

Urteils begangen hat, strenger bestraft werde, weil einzelne noch unter der Herrschaft des alten, andere dagegen unter der Herrschaft des neuen Rechtes beurteilt werden. Die Strafe, die ausgefällt würde, wenn das Urteil gleichzeitig über die mehreren Handlungen ergangen wäre, soll auch hier ausgesprochen werden können. Dieser gesetzgeberische Wille kommt in den Materialien zum Gesetz deutlich zum Ausdruck. In den Verhandlungen der eidgenössischen Räte wurde ausdrücklich erklärt: «Cette disposition est conforme au principe posé par l'art. 65 chiffre 2» (des Entwurfes von 1918, im folgenden Entw. genannt); in den Beratungen der zweiten Expertenkommission, wo die Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz verlangt worden war, ist sie als Ergänzung zu Art. 65 Ziff. 2 Entw. bezeichnet und vom Antragsteller Müller damit begründet worden, dass die Anwendung der allgemeinen Norm für das Übergangsrecht beim Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift nicht selbstverständlich sei, während freilich andere Kommissionsmitglieder einen ausdrücklichen Zusatz im vorgeschlagenen Sinne als nicht notwendig bezeichneten (Protokoll Bd. VIII S. 35-39).

Prüft man nun den Inhalt der beiden Gesetzesstellen, so ergibt sich folgendes:

a) Art. 68 Ziff. 2 StGB spricht - im Gegensatz zu Art. 336 lit. d - weder von einer Gesamt- noch von einer Zusatzstrafe, lässt aber durch seine Fassung doch erkennen, dass darunter eine Zusatzstrafe zu verstehen ist. Der Richter soll die Strafe so bestimmen, wie wenn alle Tatbestände Gegenstand eines einzigen Urteils gebildet hätten (... «que si les diverses infractions avaient fait l'objet»...), womit gesagt ist, dass sie doch tatsächlich durch verschiedene Richter beurteilt werden, ohne dass der zweite die vom ersten ausgesprochene Strafe aufheben würde. Die Entstehungsgeschichte des StGB bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung. Sie trat schon in den Entwürfen von 1893 und 1894 deutlich zutage; es war dort (Art. 41 bezw. 42) die Anwendung einer - verschärften - Strafe

Seite: 12

des schwersten Verbrechens vorgesehen, mit dem ausgesprochenen Willen, damit die bezügliche Ordnung der meisten kantonalen Strafgesetze zu übernehmen, die nicht eine selbständige, sondern die Zusatzstrafe kannten (HAFTER, S. 367 f.). Dass in den Motiven (S. 80) von einer Gesamtstrafe die Rede ist, spricht nicht schlüssig dagegen; die beiden Ausdrücke wurden auch noch später wechselseitig füreinander verwendet. Im Entwurf von 1908 (Art. 56 Abs. 2) findet sich dieselbe Fassung; es ist hier auch die Anrechnung der bereits erlittenen Strafe vorgeschrieben und in den Beratungen wird erklärt, der Richter spreche zu der schon festgesetzten eine zusätzliche Strafe aus (Sitzung der Expertenkommission vom 27. April 1912 S. 451). Eine - vorübergehende - Abkehr hiervon bedeuten dagegen die Entwürfe von 1915 und 1916; sie sehen vor, dass der Richter das erste Urteil aufhebe, eine Gesamtstrafe ausfalle und dem Verurteilten den auf Grund des ersten Urteils erstandenen Strafteil anrechne (Art. 68 Ziff. 2). Die gegenwärtige Fassung des Art. 68 Ziff. 2 geht aber nicht darauf, sondern auf Art. 65 Ziff. 2 Entw. von 1918 zurück, der in etwas veränderter Form die früheren Vorschläge wieder aufgenommen hat. Der Begriff des Gesamturteils ist daraus verschwunden, die Aufhebung des ersten Urteils nicht mehr vorgesehen; das wurde, zwar nicht bei Beratung des Art. 65 Entw., wohl aber bei Behandlung von Art. 353 (= Art. 336 G), in dem die Anpassung an den veränderten Wortlaut des Art. 65 Entw. unterblieben war, damit begründet, dass es stossend sei, wenn ein Gericht das Urteil eines andern einfach solle aufheben können und dass jenes erste Urteil nicht aufzuheben, sondern zu ergänzen und zu erweitern, eine Zusatzstrafe zu fällen sei. Die Anpassung wurde dann freilich auch hier nur in der Weise vorgenommen, dass die Worte «unter Aufhebung des ersten Urteils» gestrichen wurden (Sitzung der ständerätlichen Kommission vom 16. Oktober 1930). Dass aber die Änderung gewollt war, kommt auch darin zum Ausdruck, dass entgegen der ursprünglichen Absicht

Seite: 13

des Nationalrates, die neue Beurteilung dem ersten erkennenden Richter zuzuweisen, der ein Gesamturteil auszusprechen gehabt hätte, die Ausfällung (der zusätzlichen Strafe) dem Richter übertragen wurde, der den zweiten Tatbestand zu beurteilen hat (Sten. Bulletin Nat. Rat 568, 714, StR 239). Dagegen blieb die Strafe in Art. 336 lit. d als Gesamtstrafe bezeichnet, was sie nach dem Ausgeführten nicht sein kann.

Art. 350 Ziff. 2 StGB spricht nicht gegen diese Auslegung. Er greift Platz, wenn jemand entgegen Art. 68, d.h. ohne dass die spätere als Zusatzstrafe bemessen wurde, von mehreren Gerichten zu mehreren Freiheitsstrafen verurteilt worden ist, betrifft also den Fall, wo der spätere Richter die Strafe ohne Rücksicht auf Art. 68 bemessen hat, etwa, weil die frühere Tat und die Verurteilung ihm nicht bekannt waren. Dann kann der Verurteilte die Ausfällung einer Gesamtstrafe verlangen, ebenso wie er im Übergangsrecht beim analogen Falle des Art. 336 lit. c es tun kann, weil unter der Herrschaft des kantonalen Rechts im interkantonalen Verhältnis der spätere Richter auf das frühere Urteil keine Rücksicht nahm. Kennt dagegen der spätere Richter die erste Tat und Verurteilung, und muss er daher eine zusätzliche Strafe aussprechen, so muss es dabei sein Bewenden haben. Der Auffassung der Staatsanwaltschaft, die Beschwerdeführer könnten, soweit sie die Voraussetzungen des Art. 336 lit. c im übrigen erfüllten, beim Bundesgericht die Ausfällung einer Gesamtstrafe verlangen, falls der kantonale Richter keine Gesamtstrafe ausspreche, kann deshalb nicht beigelegt werden.

b) Der von der ständerätlichen Kommission bezüglich der redaktionellen Bereinigung von Art. 336 lit d geäußerte Wunsch, die Bestimmung so zu fassen, dass sie auch textlich als Anwendungsfall von Art. 68 Ziff. 2 erscheine, ist noch in anderer Weise nicht erfüllt worden. Denn sie nimmt, wenn man auf den Wortlaut abstellt, keine Rücksicht darauf, ob das später beurteilte Delikt vor oder nach

Seite: 14

der ersten Verurteilung verübt wurde, wenn es nur «vor diesem Zeitpunkt» (sc. «des Inkrafttretens dieses Gesetzes») begangen wurde (französischer Text: «commis avant l'entrée en vigueur du présent code»). Es wäre schlechterdings nicht einzusehen, warum für das Übergangsrecht nur auf dieses Kriterium, nicht auch darauf abgestellt werden sollte, ob die später beurteilte Tat noch vor dem ersten Urteil begangen wurde, warum also der Täter im Übergangsrecht anders, und zwar günstiger behandelt werden sollte. Auch in dieser Beziehung kann die Vorschrift daher nicht nach ihrem strikten Wortlaut, sondern nur nach dem damit verfolgten Zweck ausgelegt werden; es ist darauf abzustellen, ob das andere Vergehen nicht nur unter der Herrschaft des alten Rechts, sondern auch vor dem Zeitpunkt der ersten Verurteilung verübt worden ist.

Es kann sodann nicht darauf ankommen, ob der Verurteilte die Strafe beim Inkrafttreten des StGB «verbüsst» - was das angefochtene Urteil für die Beschwerdeführer verneint; diesem Verurteilten sind vielmehr jene gleichzustellen, die die Strafe noch nicht angetreten oder bereits verbüsst haben, oder bei denen der Strafvollzug aus irgendeinem Grunde unterbrochen war. Eine unterschiedliche Behandlung dieser verschiedenen Fälle ist weder sachlich begründet, noch ergibt sich aus der

Entstehungsgeschichte des Gesetzes, dass sie beabsichtigt gewesen wäre. Der Richter hat auch hier die Strafe so zu bestimmen, wie er sie im Falle des Art. 68 Ziff. 2 bestimmen muss.

3.- Die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 336 lit. d erweist sich somit als unbegründet. Der Basler Richter hat eine Zusatzstrafe zu der in Zürich ausgesprochenen gefällt, und dazu bemerkt, dass sie nicht strenger sei, als wenn die verschiedenen strafbaren Handlungen auf einmal beurteilt worden wären. Die Beschwerdeführer wollen zwar aus der Höhe der Strafe ableiten, die Vorinstanz habe den ausgesprochenen Grundsatz nicht befolgt, sondern über

Seite: 15

die von ihr beurteilten Vergehen ohne Rücksicht auf die frühere Verurteilung abgesprochen. Davon könnte nur die Rede sein, wenn die für die Verbrechenskonzurrenz vorgeschriebene Strafgrenze nicht beachtet worden wäre. Dass dies zutrefte wird in der Beschwerde mit Recht nicht behauptet.

4.- Die in Basel ausgestandene Untersuchungshaft ist den Beschwerdeführern voll, die in Zürich erlittene dagegen durch das erste Urteil nur teilweise angerechnet worden. Sie erblicken darin zu Unrecht eine Verletzung des Art. 69 StGB. Das erste Urteil wurde noch unter der Herrschaft des alten Rechts gefällt, sodass der urteilende Richter zur Beachtung von Art. 69 gar nicht verpflichtet war. Es ist in Rechtskraft erwachsen und bleibt auch nach Ausfällung der zusätzlichen Strafe bestehen; der Kassationshof kann nicht nachprüfen, ob die Untersuchungshaft richtig angerechnet wurde. Dass Verbrechenskonzurrenz mit einer noch zu beurteilenden Tat vorlag, ändert hieran nichts. Die Konzurrenz kann lediglich zu einer nach der Regel des Art. 68 zu berechnenden Schärfung, nicht zu einer nochmaligen Beurteilung der Rechtmässigkeit der auferlegten Strafe führen. Auf Vergehen, die vor dem Inkrafttreten des StGB verübt wurden, findet übrigens Art. 69 keine Anwendung, wenn die Beurteilung nach Massgabe von Art. 2 nach bisherigem Recht zu geschehen hat. Das StGB behandelt die Vorschrift als solche der Strafzumessung (vgl. die Überschrift des Abschnittes), die sich nur für die in ihm vorgesehenen Verbrechen und Vergehen verstehen lässt, nicht als solche über die Vollstreckung der Strafe, als welche sie übrigens auf Verurteilungen nach altem Recht nur kraft ausdrücklicher Vorschrift zurückwirken würde. Art. 336 lit. d enthält keine solche Vorschrift.

5.- Dem Gesuch um Gewährung des Armenrechts und Beiordnung eines amtlichen Verteidigers ist trotz Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerden zu entsprechen. Wenn die Erledigung derartiger Gesuche auch von den

Seite: 16

Aussichten des ergriffenen Rechtsmittels abhängt, könnte doch angesichts der sich stellenden Rechtsfragen und der Fassung der anwendbaren Gesetzesvorschrift nicht gesagt werden, die Beschwerde habe zum vornherein keine Aussicht auf Erfolg gehabt.

Demnach erkennt der Kassationshof:

1. Den Beschwerdeführern wird das Armenrecht erteilt und beiden der vorgeschlagene Offizialverteidiger bestellt.

2. Die Nichtigkeitsbeschwerden werden abgewiesen; auf die staatsrechtlichen Beschwerden wird nicht eingetreten