

S. 54 / Nr. 11 Strafgesetzbuch (d)

BGE 69 IV 54

11. Urteil des Kassationshofes vom 11. Juni 1943 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen Calori.

Regeste:

1. Art. 272 Abs. 1 BStrP. Die Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein berichtigtes Urteil läuft von der Eröffnung der Berichtigung an, soweit erst durch diese die Beschwer eintritt (Erw. 1).
2. Die gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB auszufällende Strafe ist Zusatzstrafe (Erw. 2).
3. Für Taten, welche nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind, gilt Art. 68 Ziff. 2 StGB selbst dann nicht, wenn die frühere Strafe noch nicht verbüsst ist (Erw. 3).
4. Wenn von mehreren gleichzeitig zu beurteilenden Taten ein Teil vor und ein Teil nach einer früheren Verurteilung begangen worden ist, sind sie durch eine Gesamtstrafe zu sühnen, welche das frühere Urteil bestehen lässt. Grundsätze für die Bemessung dieser Gesamtstrafe (Erw. 4).
1. Art. 272 al. 1 PPF. Le délai pour se pourvoir contre un jugement rectifié court du jour de la communication de la rectification, dans la mesure du moins où c'est la notification qui motive le pourvoi (consid. 1).
2. La peine à appliquer en vertu de l'art. 68 ch. 2 CP est une peine complémentaire (consid. 2).
3. L'art. 68 ch. 2 CP n'est pas applicable aux faits postérieurs à une précédente condamnation, même si la peine précédente n'a pas encore été subie (consid. 3).
4. Si parmi les faits sur lesquels le juge est appelé à se prononcer simultanément sont les uns antérieurs, les autres postérieurs à une précédente condamnation, ils doivent être réprimés par une peine globale qui laissera subsister le jugement antérieur. Principes applicables au calcul de cette peine (consid. 4).

Seite: 55

1. Art. 272 cp. 1 PPF. Il termine per ricorrere contro una sentenza rettificata decorre dal giorno della comunicazione della rettifica, almeno nella misura in cui la rettifica motiva il ricorso (consid. 1).
2. La pena applicabile in virtù dell'art. 68 cifra 2 CP è una pena complementare (consid. 2).
3. L'art. 68 cifra 2 CP non è applicabile ai fatti posteriori ad una precedente condanna anche se la pena precedente non è stata ancora scontata (consid. 3).
4. Se tra i fatti, sui quali il giudice è chiamato a pronunciarsi simultaneamente, gli uni sono anteriori, gli altri posteriori ad una precedente condanna, essi debbono essere repressi mediante una pena globale che lascerà sussistere il giudizio anteriore. Principi applicabili al calcolo della pena globale (consid. 4).

A. Viktor Calori wurde am 13. August 1942 vom Strafgericht Basel Stadt wegen Diebstahls zu zehn Monaten Gefängnis verurteilt. Zum Teil vorher, zum Teil nachher beging er weitere Diebstähle. Sie bildeten Gegenstand eines Urteils des gleichen Gerichtes vom 30. Oktober 1942. «Für die vor dem 13. August 1942 begangenen Handlungen» führt das Strafgericht aus «wäre somit gemäss Art. 68 Ziff. 2 eine Zusatzstrafe zu den bereits ausgesprochenen zehn Monaten Gefängnis auszusprechen, für die Vorkommnisse nach diesem Datum hingegen auf eine selbständige Strafe zu erkennen. Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Grundlagen ist nun gemäss Art. 68 Ziff. 1 für beides eine Gesamtstrafe festzusetzen.» Der Urteilsspruch lautet dahin, Calori werde des fortgesetzten Diebstahls schuldig erklärt und gemäss Art. 137 Ziff. 2, 68 Ziff. 2 und Ziff. 1, 55 StGB zu einem Jahr Gefängnis und zu Landesverweisung auf die Dauer von fünf Jahren verurteilt.

Dieses Urteil wurde auf Appellation des Verurteilten und der Staatsanwaltschaft vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 16. Dezember 1942 ohne neue Motive bestätigt.

B. Am 15. März 1943 teilte der Vertreter der Staatsanwaltschaft dem Appellationsgericht mit, dass er

Seite: 56

erfahren habe, im Strafvollzugsregister sei für Calori nur eine Strafe von zwölf Monaten eingetragen. Er bezeichnete dies als Irrtum, denn Calori habe zehn und zwölf Monate Gefängnis zu verbüssen. Für den Fall, dass das Gericht anderer Ansicht sei, stellte er ein Erläuterungsgesuch. Dieses wurde vom Appellationsgericht am 9. April 1943 folgendermassen beschieden:

«Das Urteil des Strafgerichts vom 30. Oktober 1942 weist unter «Strafzumessung» ausdrücklich auf StGB Art. 68 Ziff. 1 hin. In diesem Zusammenhang spricht es von einer Gesamtstrafe, die für die vor und nach dem 13. August (Datum des ersten Urteils) begangenen Delikte auszusprechen sei. Das

Appellationsgericht hat daher das Urteil des Strafgerichts vom 30. Oktober 1942 in der Meinung bestätigt, dass dieses Urteil eine Gesamtstrafe von 12 Monaten Gefängnis für die vom Strafgericht am 13. August und 30. Oktober 1942 abgeurteilten Delikte festsetze.»

C. Innerhalb der Beschwerdefrist seit Zustellung dieses Bescheides reichte die Staatsanwaltschaft die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Dezember 1942 ein. Sie beantragt, es sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Appellationsgericht zurückzuweisen.

D. Der Beschwerdeführer beantragt Abweisung der Beschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Das Urteil des Strafgerichts als erster Instanz geht davon aus, dass die zu beurteilenden Handlungen teils vor, teils nach dem Urteil vom 13. August 1942 begangen wurden; für die erstern wäre eine Zusatzstrafe, für die letztern eine selbständige Strafe auszusprechen. Unter den vor dem Urteil vom 13. August 1942 begangenen versteht das Strafgericht nur die an diesem Tage nicht beurteilten, sonst könnte es für sie («für die erstern») nicht an eine Zusatzstrafe gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB

Seite: 57

denken, denn eine solche setzt den Fortbestand des bereits gefällten Urteils voraus. Wenn es dann fortfährt: «Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Grundlage ist nun gemäss Art. 68 Ziff. 1 für beides eine Gesamtstrafe fest zusetzen», so sind daher unter «beides» die vor dem 13. August 1942, ohne die damals bereits beurteilten, und die nach diesem Urteil begangenen Handlungen zu verstehen. Dieser Sinn wird durch die Anführung von Art. 68 Ziff. 2 StGB im Urteilsspruch bestätigt. Wenn für alle vor und nach dem 13. August 1942 begangenen Handlungen eine Gesamtstrafe ausgefällt worden wäre, so wäre der Hinweis auf diese Bestimmung sinnlos; ist die Gesamtstrafe aber nur für die im ersten Urteil nicht mitbeurteilten und für die späteren Handlungen ausgefällt, so hat die Bezugnahme auf Art. 68 Ziff. 2 neben Ziff. 1 den Sinn, dass jene bei Festsetzung der Gesamtstrafe nur mit einer nach Ziff. 2 bemessenen Strafe berücksichtigt seien. Seinem Wortlaut nach berührt also das Urteil des Strafgerichts vom 30. Oktober 1942 und mithin auch das Bestätigungsurteil des Appellationsgerichts vom 16. Dezember 1942 das Urteil des Strafgerichts vom 13. August 1942 nicht; sie lassen die damals ausgesprochene neben der neuen Strafe bestehen. So hatte übrigens laut seinen Ausführungen in der Beschwerdeantwort auch der Verurteilte selbst das Urteil des Strafgerichts verstanden.

Der Erläuterungsbescheid des Appellationsgerichtes vom 9. April 1943 bringt somit in Wirklichkeit nicht Licht in ein unklares, zweideutiges Urteil, sondern er läuft auf eine Berichtigung hinaus. Er gibt dem Urteil vom 16. Dezember 1942 einen Sinn, welcher seinem Wortlaut nicht entspricht, wenn es auch der Sinn ist, den das Appellationsgericht von Anfang an hineinlegen wollte.

Obschon die Berichtigung zurückwirkt, d. h. das berichtigte Urteil das von Anfang an gültige ist, laufen die Fristen zur Ergreifung der Rechtsmittel gegen dasselbe von der Berichtigung an, soweit erst durch sie die Beschwer eintritt. Das ist ein einleuchtender, auch im Zivilprozess

Seite: 58

gültiger Grundsatz. Hier hatte der öffentliche Ankläger vor der Berichtigung keinen Anlass zur Weiterziehung des Urteils. Der Anlass ergab sich für ihn in dem Umfange, als er das Urteil anfiicht, erst durch die Berichtigung. Die von hier an gerechnete Beschwerdefrist hat er gewahrt. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt der Richter 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). Der Kassationshof hat bereits entschieden, dass bei Anwendung dieser Bestimmung das frühere Urteil nicht aufzuheben, sondern für die später beurteilten Handlungen eine Zusatzstrafe auszufällen ist (BGE 68 IV 11; ferner Urteil vom 28. Mai 1943 i. S. Düringer gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich). An dieser Auffassung ist festzuhalten. Ihre Richtigkeit wird nicht dadurch widerlegt, dass der Täter schon dann strenger bestraft sei, wenn er zwei statt nur eine Strafe zu verbüssen hat (vgl. WAIBLINGER, ZStR 57 97). Dass die Grundstrafe und die Zusatzstrafe zusammen strenger seien als eine gleichartige und ihnen an Dauer gleichkommende Gesamtstrafe, lässt sich nicht ein für allemal behaupten. Und wenn sie es wäre, müsste die Zusatzstrafe soweit herabgesetzt werden, dass das Gleichgewicht mit der Gesamtstrafe, welche bei gleichzeitiger Beurteilung ausgefällt worden wäre, hergestellt wäre, wie es Art. 68 Ziff. 2 StGB haben will. Auch das öffentliche Interesse am einheitlichen Strafvollzug verbietet die Zusatzstrafe nicht, denn einerseits verhindert eine solche den einheitlichen Strafvollzug nicht immer, und andererseits würde auch eine Gesamtstrafe ihn nicht ausnahmslos gewährleisten, nämlich dann nicht, wenn der Vollzug der früheren Strafe schon begonnen hat und die Gesamtstrafe anderer

Art wäre (weil die neu entdeckten Handlungen eine

Seite: 59

schwerere Strafart erforderten als die bereits beurteilten) oder durch einen anderen Kanton vollzogen werden müsste (weil in einem anderen Kanton beurteilt).

3. Dass eine nach der ersten Verurteilung begangene Tat für sich allein die Aufhebung des ersten Urteils und die Ausfällung einer Gesamtstrafe nicht zur Folge haben kann, ja nicht einmal Anlass zu einer blossen Zusatzstrafe gibt, sondern mit einer selbständigen Strafe gesühnt wird, steht nach dem Wortlaut des Art. 68 StGB ausser Frage. Das Strafgesetzbuch weicht in dieser Beziehung bewusst von gewissen früheren kantonalen Rechten ab, welche die nach der Verurteilung, aber vor dem Vollzug der Strafe begangene neue Tat durch eine jene Strafe mitumfassende Gesamtstrafe sühnen liessen (baselstädtisches StGB § 46, zürcherisches StGB § 69). Die Zusammenfassung der bereits ausgefallten mit der später begangene Tat verwirkten Strafe könnte zu einer Privilegierung der nach der ersten Verurteilung begangenen Tat führen. Dies dann, wenn für die erste Tat die angedrohte Höchststrafe ausgesprochen worden ist und die neue für sich allein wiederum die Höchststrafe verdienen würde; die Anwendung des Art. 68 StGB hätte zur Folge, dass statt dessen bloss die Hälfte der früheren Strafe zugesetzt werden dürfte. Eine so fragwürdige Ordnung müsste ausdrücklich vorgeschrieben sein, damit sie als Wille des Gesetzes hingenommen werden könnte.

4. Darf die erste Strafe weder dann aufgehoben werden, wenn der zweite Richter über eine vor der ersten Verurteilung, noch dann, wenn er über eine erst nachher verübte Tat urteilt, so ist nicht ersichtlich, warum er es dann tun müsste, wenn er sowohl für eine vor, als auch für eine nach der ersten Verurteilung begangene Tat zu strafen hat. Das Appellationsgericht führt für seine Auffassung keine Gründe an. Sie hätte zur Folge, dass in Fällen, in denen schon die vor der ersten Verurteilung begangenen Taten (die beurteilten inbegriffen) für sich allein die angedrohte, im Sinne des Art. 68 Ziff. 1 StGB

Seite: 60

verschärfte Höchststrafe verdienen würden, die nach der ersten Verurteilung verübte Tat unvergolten bliebe; und dies nur deshalb, weil zufällig das erste Urteil nicht alle vor der ersten Verurteilung begangenen Taten erfasste; hätte es alle erfasst, so bliebe es bei jenem Urteil und die nachher begangenen Taten müssten mit einer selbständigen Strafe belegt werden. Solche vom Zufall abhängende ungleiche Behandlung kann das Gesetz nicht wollen.

Dem Willen des Gesetzes, den Täter für die beurteilte und für die vor dem Urteil begangene Tat zusammen nicht schwerer zu bestrafen, als wenn sie gleichzeitig beurteilt worden wären, kann ohne Aufhebung des früheren Urteils auch dann Rechnung getragen werden, wenn mit der vorher begangenen auch noch eine nachher begangene Tat zu beurteilen ist. Entweder fällt man die Zusatzstrafe, welche für die vor der ersten Verurteilung begangene Tat verwirkt ist (Art. 68 Ziff. 2), selbständig aus, oder man fasst sie mit der Strafe für die nach der ersten Verurteilung verübte Tat zu einer Gesamtstrafe im Sinne des Art. 68 Ziff. 1 StGB zusammen.

Welche dieser beiden Lösungen den Vorzug verdiene, hat der Kassationshof in der am 28. Mai 1943 beurteilten Sache Düringer offen gelassen. Heute erscheint die letztgenannte Lösung als zutreffend. Sie entspricht dem Sinne des Art. 68 Ziff. 1 StGB, ohne Art. 68 Ziff. 2 zu missachten. Bei Würdigung der Frage, welches die schwerste Tat und welches ihre Strafe ist, hat der Richter zu erwägen, dass die vor der ersten Verurteilung begangene Tat, wenn sie allein zu beurteilen wäre, keine selbständige, sondern im Sinne des Art. 68 Ziff. 2 StGB eine zusätzliche Strafe verdiente. Das Mass derselben entscheidet, ob die vor der ersten Verurteilung begangene Tat schwerer ist als die nachher begangene. Wenn ja, ist ihre Dauer mit Rücksicht auf die nachher begangene Tat angemessen zu erhöhen. Ist dagegen die nach der ersten Verurteilung begangene Tat die schwerere, so ist von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und ihre Dauer wegen der

Seite: 61

vor der ersten Verurteilung begangenen Tat angemessen zu erhöhen, und zwar höchstens um soviel, dass die vor der ersten Verurteilung begangene Tat im Verhältnis zu der im ersten Urteil geahndeten im Sinne des Art. 68 Ziff. 2 als zusätzlich gesühnt erscheint. In beiden Fällen, d.h. sowohl wenn die vor, als auch wenn die nach der ersten Verurteilung begangene Tat die schwerere ist, muss die nach der ersten Verurteilung begangene Tat so in Rechnung gestellt werden, dass sie im Verhältnis zu der bereits beurteilten nicht bloss eine zusätzliche, sondern eine selbständige Sühne erhält.

Diese Lösung bietet auch für die Bestimmung des Gerichtsstandes keine Schwierigkeiten. Wird jemand wegen mehrerer, an verschiedenen Orten verübter strafbarer Handlungen verfolgt, so sind die Behörden des Ortes, wo die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat verübt worden ist, auch für die Verfolgung und die Beurteilung der andern Taten zuständig (Art. 350 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Bei Beurteilung der Frage, welches die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat ist, ist auf die

Strafdrohung abzustellen, wie sie für die Tat als solche lautet. Das Bundesgericht hat bereits entschieden, dass die Strafdrohung, wie sie Art. 350 Ziff. 1 Abs. 1 StGB versteht, nicht die durch Rückfall und Zusammentreffen strafbarer Handlungen verschärfte ist (BGE 69 IV 35). Entsprechend hat die vor der ersten Verurteilung verübte Tat bei der Bestimmung des Gerichtsstandes als mit derjenigen Strafe bedroht zu gelten, welche das Gesetz für Taten der betreffenden Art ohne Rücksicht auf Art. 68 Ziff. 2 StGB androht.

5.- Die Vorinstanz hat daher für die vor und die nach dem 13. August 1942 verübten Handlungen mit Ausnahme der am genannten Tage abgeurteilten eine Gesamtstrafe auszusprechen, welche den vorstehenden Erwägungen entspricht und die vom Strafgericht von Basel-Stadt am 13. August 1942 ausgefallten zehn Monate Gefängnis unangetastet lässt.

Seite: 62

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 16. Dezember 1942/ 9. April 1943 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen