

08/09 14 Strafgesetzbuch. Art. 43 Abs. 2, Art. 49 Abs. 2 StGB. Bestrafung im Ersturteil wegen grober Verkehrsregelverletzung mit einer unbedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.--. Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung durch den Zweirichter. Retrospektive Konkurrenz. Die beiden Urteile (Grundstrafe und Zusatzstrafe) sind voneinander rechtlich weitgehend unabhängig. Nichtanwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB. Bei einer Anwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB auf Fälle wie den vorliegenden (Geldstrafe von 70 Tagessätzen, davon 50 Tagessätze unbedingte) wäre das Zweitgericht (indirekt) an die Prognose des Erstgerichts gebunden, denn sobald das Erstgericht wie hier eine unbedingte Strafe ausgesprochen hat, die mehr als die Hälfte der hypothetischen Gesamtstrafe beträgt, hätte das Zweitgericht gar nicht mehr die Möglichkeit, dem Täter eine günstige Prognose zu stellen und damit eine bedingte Strafe (vorliegend 20 Tagessätze) auszusprechen.

Obergericht, 17. Juli 2009, OG S 09 2

Aus den Erwägungen:

4. Im Folgenden ist die Strafzumessung vorzunehmen.

Da der Berufungskläger und Angeklagte die ihm vorliegend vorgeworfene einfache Körperverletzung im Jahre 2003 begangen hat, ist vorweg das anwendbare Recht zu bestimmen. Denn seit 1. Januar 2007 ist der neue AT StGB in Kraft. Das neue Recht ist auf einen Täter, der den Sachverhalt noch unter altem Recht verwirklicht hat, anwendbar, wenn es für ihn das mildere Recht darstellt (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der Berufungskläger und Angeklagte ist wegen einfacher Körperverletzung i.S.v. Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu bestrafen. Nach altem Recht würde er mit Gefängnis bestraft. Das neue Recht sieht alternierend zu einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren eine Geldstrafe vor, die bei Ersttätern auch bedingt ausgesprochen werden kann (Art. 42 Abs. 1 StGB). Das neue Recht ist somit für den Berufungskläger und Angeklagten als das mildere Recht zu betrachten und vorliegend anzuwenden.

a) Der Berufungskläger und Angeklagte wurde mit Strafbefehl der Berufungsbeklagten vom 25. Mai 2009 wegen grober Verkehrsregelverletzung durch Überschreiten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen zu einer (unbedingten) Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.-- verurteilt. Der Strafbefehl ist in Rechtskraft erwachsen.

aa) Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen 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 regelt die sogenannte retrospektive Konkurrenz. Sie liegt vor, wenn ein Täter eine oder mehrere Straftaten vor einer Verurteilung zu einer gleichartigen Strafe begangen hat, diese Straftaten aber erst nachträglich beurteilt werden und ebenfalls zu einer Verurteilung mit gleichartiger Strafe führen (Jürg-Beat Ackermann, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., 2007, N. 53 zu Art. 49). Art. 49 Abs. 2 StGB garantiert Rechtsgleichheit gegenüber jenem Täter, dessen Taten nach Art. 49 Abs. 1 StGB beurteilt wurden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, welche zeitlich zusammen hätten beurteilt werden können, primär nicht benachteiligt und soweit möglich auch nicht besser gestellt werden. Dies wiederum macht deutlich, dass Art. 49 Abs. 2 StGB dieselben Voraussetzungen verlangt wie Art. 49 Abs. 1 StGB. Die Strafe wird aber nur hypothetisch nach Art. 49 Abs. 1 StGB festgelegt; das rechtskräftige frühere Urteil (vorliegend der Strafbefehl der Berufungsbeklagten vom

25.05.2009) bleibt unangetastet. Es darf einzig eine Zusatzstrafe ausgefällt werden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 54 zu Art. 49).

bb) Liegen die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB vor, muss zur Bemessung der Zusatzstrafe in einem ersten Schritt eine hypothetische Gesamtstrafe aller zeitlich vor dem früheren Urteil begangenen Straftaten gebildet werden und zwar allein aus Sicht des Zweitrichters. Dabei sind alle Straftaten unter der Fiktion gleichzeitiger Beurteilung zu gewichten und weil das für den Täter günstige Asperationsprinzip zugrunde liegt, wirkt sich jede zusätzliche Straftat nur unterproportional erschwerend aus. Die Zusatzstrafe bildet rechnerisch die Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe aller Straftaten (berechnet nach den Regeln von Art. 49 Abs. 1 StGB) und der Grundstrafe. Die Dauer bzw. der Betrag der Grundstrafe muss von der hypothetischen Gesamtstrafe in Abzug gebracht werden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 68 zu Art. 49).

cc) Die Rechtskraft des Ersturteils wird durch die Ausfällung der Zusatzstrafe nicht berührt und die Bildung einer Gesamtstrafe für alle Straftaten ist unzulässig (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 70 zu Art. 49). Das Gericht, das die Zusatzstrafe ausspricht, ist allerdings nicht an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden, das das frühere Urteil ausgefällt hat (wohl aber an die dort ausgesprochene Grundstrafe); die hypothetische Gesamtstrafe und damit die Zusatzstrafe ist von der früheren Strafe rechtlich weitgehend unabhängig. Unantastbar ist einzig das frühere, rechtskräftig gewordene Urteil im Dispositiv. Das neue Gericht ist insbesondere auch hinsichtlich der Art des Vollzugs grundsätzlich nicht an den rechtskräftigen Entscheid gebunden, kann also z.B. den bedingten Strafvollzug unabhängig davon gewähren oder verweigern, ob der bedingte Strafvollzug im früheren Urteil gewährt oder verweigert wurde. Ausgeschlossen ist die Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die Zusatzstrafe dann, wenn die Strafdauer der Grundstrafe und der Zusatzstrafe, mithin der hypothetischen Gesamtstrafe, insgesamt 24 Monate (Art. 42 StGB: bedingte Strafe) oder 36 Monate (Art. 43 StGB: teilbedingte Strafe) übersteigt (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Der Grundsatz der Gesamtbewertung gilt sinngemäss auch für den bedingten oder (teilbedingten) Vollzug einer Geldstrafe (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Massgebend sind grundsätzlich die persönlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausfällung der Zusatzstrafe (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 72 zu Art. 49).

b) Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Die obere Instanz hat, soweit nicht kantonale Prozessvorschriften sie daran hindern (Art. 229 Abs. 3 StPO), die Strafe, unabhängig vom erstinstanzlichen Urteil, nach den bundesrechtlichen Strafzumessungsnormen festzulegen (BGE 80 IV 158).

aa) Im Sinne der (oben beschriebenen) retrospektiven Konkurrenz ist zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe für beide vorliegend interessierenden Delikte (grobe Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Ziff. 2 SVG und einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu bestimmen. Sowohl Art. 90 Ziff. 2 SVG als auch Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sehen als Strafrahmen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder alternierend eine Geldstrafe vor. Da (für die einfache Körperverletzung) das mildere (neue) Recht anzuwenden ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; E. 4), ist der Berufungskläger und Angeklagte (der vorliegend hypothetisch als Ersttäter zu gelten hat) nicht mit einer Freiheitsstrafe, sondern (für beide Delikte) mit einer Geldstrafe zu bestrafen.

bb) Das Verschulden des Berufungsklägers und Angeklagten ist (in der Gesamtbetrachtung) als schwer zu bezeichnen. Der Berufungskläger und Angeklagte fuhr am 1. März 2009 auf der Autobahn A2 in Seedorf, in Fahrtrichtung süd, anstelle der dort signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h mit einer Geschwindigkeit von 165 km/h. Er war damit netto (nach Abzug der Toleranz) 60 km/h schneller als erlaubt unterwegs. Er hat damit einerseits subjektiv ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend regelwidriges Verhalten an den Tag gelegt, was schwereres Verschulden, mindestens, wie vorliegend, grobe Fahrlässigkeit voraussetzt und andererseits ist auch objektiv eine wichtige Vorschrift in gravierender Weise betroffen (Hans Giger, Strassenverkehrsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 371). Der Berufungskläger und Angeklagte hat m.a.W. eine wichtige Verkehrsvorschrift (Art. 32 SVG) in objektiv schwerer Weise missachtet und die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet (Hans Giger, a.a.O., S. 371). Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die objektiven und grundsätzlich auch die subjektiven Voraussetzungen von Art. 90 Ziff. 2 SVG ungeachtet der konkreten Umstände erfüllt sind, wenn die Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen um 35 km/h oder mehr, was vorliegend offensichtlich zutrifft, überschritten wird (Hans Giger, a.a.O., S. 186). Das Verschulden des Berufungsklägers und Angeklagten wiegt auch bei der einfachen Körperverletzung schwer. Er hat dem Zivilkläger ganz offensichtlich abgepasst und einen günstigen Moment ausgesucht, um möglichst von Zeugen unerkannt diesen angreifen zu können. Strafmindernd sind die bis zur heutigen hypothetischen Gesamtstrafenbildung bestehenden persönlichen Verhältnisse, insbesondere die fehlende strafrechtliche Vorbelastung, zu berücksichtigen. Strafmilderungsgründe (Art. 48 StGB) liegen keine vor und werden auch nicht geltend gemacht.

cc) Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze. Das Gericht bestimmt deren Zahl nach dem Verschulden des Täters (Art. 34 Abs. 1 StGB). Die Zahl der Tagessätze ist im Urteil festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Unter Berücksichtigung aller Umstände erachtet das Obergericht für die beiden Delikte eine Bestrafung von (hypothetischen) 70 Tagessätzen als dem (schweren) Verschulden angemessen. Ein Tagessatz beträgt höchstens Fr. 3'000.--. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Die Höhe der Tagessätze ist im Urteil festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Nachdem im kürzlich ausgefallenen (rechtskräftigen) Strafbefehl vom 25. Mai 2009 ein Tagessatz von Fr. 50.-- festgelegt worden ist und der Berufungskläger und Angeklagte dies in der Folge nicht angefochten hat, wird auch vorliegend die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 50.-- festgesetzt.

dd) Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Anders ausgedrückt: Die günstige Prognose wird vermutet, doch kann diese Vermutung widerlegt werden. Bei der Prognosestellung sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, zu berücksichtigen (Markus Hug, in Andreas Donatsch [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl., Zürich 2006, S. 94). Das Gesamtbild der Täterpersönlichkeit des Berufungsklägers und Angeklagten im Rahmen der vorliegend massgebenden hypothetischen Gesamtbetrachtung lassen erwarten, dass er durch die Bestrafung von weiteren strafbaren Handlungen abgehalten wird. Dabei wurden die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides berücksichtigt (Markus Hug, a.a.O., S. 95). Die Probezeit für den Vollzug der Geldstrafe beträgt 2 Jahre (Art. 44 Abs. 1 StGB). Für die Folgen bei Nichtbewährung wird der Berufungsbeklagte ausdrücklich auf Art. 46 StGB verwiesen (Art. 44 Abs. 3 StGB).

ee) Eine bedingte Strafe kann mit einer Busse nach Art. 106 verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Aufgrund der Schwere des Verschuldens wird der Berufungskläger und Angeklagte zusätzlich mit einer (unbedingten) Busse (Art. 106 StGB) bestraft. Der Höchstbetrag der Busse beträgt Fr. 10'000.-- (Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Gericht bemisst die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Bei der Bemessung der Busse ist auch der finanziellen Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen. Für die Verhältnisse des Täters relevant sind namentlich sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit (BGE 129 IV 21; vgl. auch StGB Art. 34 Abs. 2 betreffend Geldstrafe). Aus Gründen der Praktikabilität wird ein gewisser Schematismus nach wie vor unabdingbar sein (Markus Hug, a.a.O., S. 168). Aufgrund der Schwere des Verschuldens und unter Berücksichtigung des Einkommens, seines Familienstandes, seines Alters und seiner Gesundheit wird die Höhe der Busse auf Fr. 500.-- festgesetzt. Für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, spricht der Richter eine Ersatzfreiheitsstrafe von mind. 1 Tag und höchstens 3 Monaten aus (Art. 106 Abs. 2 StGB). Die Ersatzfreiheitsstrafe wird vorliegend auf 5 Tage festgesetzt (Fr. 100.-- pro Tag gemäss Empfehlungen KSBS vom 03.11.2006).

c) Nachdem in einem ersten Schritt (E. 4b/aa - ee) die hypothetische Gesamtstrafe gebildet wurde (bedingte Geldstrafe von 70 Tagessätzen à Fr. 50.-- sowie eine Busse von Fr. 500.--), ist nun die (eigentliche) Zusatzstrafe zu bestimmen. Dabei ist der Betrag der Grundstrafe von der hypothetischen Gesamtstrafe abzuziehen. Bei der retrospektiven Konkurrenz i.S.v. Art. 49 Abs. 2 StGB geht es "lediglich" um eine hypothetische Gesamtbeurteilung und gerade nicht um die Fällung einer Gesamtstrafe. Die beiden Urteile (Grundstrafe und Zusatzstrafe) sind voneinander rechtlich weitgehend unabhängig. Insbesondere ist das Zweitgericht hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an die Beurteilung des Erstgerichts gebunden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Zwar hat sich das Zweitgericht bezüglich der Frage, ob der bedingte Strafvollzug für die Zusatzstrafe überhaupt noch gewährt werden kann, an der Dauer der hypothetischen Gesamtstrafe zu orientieren. Dies bedeutet jedoch keine Einschränkung des Zweitgerichts aufgrund der vom Erstgericht gestellten Prognose und der sich daraus ergebenden Vollzugsart, sondern diese Einschränkung erfolgt durch die gesetzlichen Vorgaben, die das Zweitgericht dann zu beachten hätte, wenn es die beiden Straftaten zusammen zu beurteilen und eine (echte) Gesamtstrafe (i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB) zu fällen hätte. Bei einer Anwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB auf Fälle wie den vorliegenden (70 Tagessätze, davon 50 Tagessätze unbedingt) wäre das Zweitgericht (indirekt) an die Prognose des Erstgerichts gebunden, denn sobald das Erstgericht wie hier eine unbedingte Strafe ausgesprochen hat, die mehr als die Hälfte der hypothetischen Gesamtstrafe beträgt, hätte das Zweitgericht gar nicht mehr die Möglichkeit, dem Täter eine günstige Prognose zu stellen und damit eine bedingte Strafe (vorliegend 20 Tagessätze) auszusprechen. Wenn vorliegend Art. 43 Abs. 2 StGB zum Tragen käme, müsste das Zweitgericht eine hypothetische Gesamtstrafe von (mindestens) 100 Tagessätzen aussprechen, wenn es von einem Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgehen will. Damit wäre das Zweitgericht in seiner Strafzumessung gemäss Art. 47 StGB jedoch nicht mehr unabhängig von der Beurteilung des Erstgerichts. Das Zweitgericht soll aber bei der Festlegung der Zusatzstrafe unabhängig vom Erstgericht über die Art des Strafvollzugs entscheiden können (BGE 129 IV 115 E. 1.1). Käme Art. 43 Abs. 2 StGB in einem Fall wie dem vorliegenden zur Anwendung, würde der Täter einerseits schlechter gestellt als bei einer strikt getrennten Beurteilung der beiden Straftaten (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB), und andererseits würde er aber auch schlechter gestellt, als wenn beide Straftaten vom Zweitgericht zusammen zu beurteilen wären und eine Gesamtstrafe ausgesprochen würde. Denn wenn das Gericht, wie vorliegend, von einer günstigen Prognose ausgeht, die den bedingten Strafvollzug ermöglicht, würde die Gesamtstrafe, also auch die im vorliegenden Fall unbedingte Erststrafe, nur bedingt ausgesprochen. Eine Schlechterstellung des Täters bei Anwendung von Art. 42 Abs. 2 StGB im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz gegenüber dem Täter, der i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB verurteilt wird, soll aber mit Art. 49 Abs. 2 StGB gerade verhindert werden. Art. 43 Abs.

2 StGB ist deshalb auf Fälle, wie den vorliegenden, nicht anwendbar. Von der hypothetischen Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen à Fr. 50.-- wird demnach die bereits rechtskräftige (unbedingte) Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.-- abgezogen. Übrig bleibt somit die (bedingte) Zusatzgeldstrafe von 20 Tagessätzen à Fr. 50.-- sowie die damit verbundene (unbedingte) Busse in der Höhe von Fr. 500.--.