

# **BGE 145 IV 146**

Bundesgericht (BGE), 2019-01-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_145 IV 146](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_145_IV_146)

FR: ATF 145 IV 146

IT: DTF 145 IV 146

## **Regeste**

Regeste Art. 46 Abs. 1 Satz 2, Art. 49 StGB; Bildung einer Gesamtstrafe bei Widerruf der bedingten Strafe (Änderung der Rechtsprechung). Am 1. Januar 2018 ist die revidierte Bestimmung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in Kraft getreten. Bei Widerruf des bedingten Strafvollzugs hat das Gericht nunmehr mit der widerrufenen und der neuen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Die Gesamtstrafenbildung setzt voraus, dass die widerrufenen und die neue Strafe gleichartig sind (E. 2.1-2.3). Bei der Bildung der Gesamtstrafe ist die neue Strafe als "Einsatzstrafe" in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 49 StGB) durch die widerrufenen Strafe zu erhöhen (E. 2.4).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung. Die Vorinstanz habe im Unterschied zur ersten Instanz eine Gesamtstrafe nach dem seit 1. Januar 2018 geltenden Art. 46 Abs. 1 StGB bilden müssen. Dabei habe sie das Verbot der "reformatio in peius" nach Art. 391 Abs. 2 StPO verletzt sowie gegen das in Art. 49 StGB statuierte Asperationsprinzip verstossen. BGE 145 IV 146 S. 148

### **E. 2.1**

Die Regelung der Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB hat im Rahmen der jüngsten Revision des Sanktionenrechts eine Änderung erfahren. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Fassung, wie sie bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft stand (AS 2006 3472; Änderung des StGB [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 19. Juni 2015, AS 2016 1249), lautete wie folgt: "Es [das Gericht] kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden." Das Bundesgericht gelangte in BGE 134 IV 241 nach einer Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte zur Auffassung, dass Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB im Gesetzgebungsverfahren hätte ersatzlos gestrichen werden müssen (a.a.O. E. 4.1 S. 243 f.). Es bezeichnete die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption als wenig sachgerecht und beschränkte die Gesamtstrafenbildung auf Fälle, in welchen die bedingte Vorstrafe und die neue Strafe nicht gleichartig waren und das Gericht die Art der Vorstrafe änderte (a.a.O. E. 4.3 f. S. 245 f.). Später wurde zudem erkannt, dass es der ratio legis der Bestimmung widerspreche, eine (rechtskräftige) Vorstrafe zulasten des Verurteilten zu ändern. Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB sei somit nicht anwendbar, um eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umzuwandeln ( BGE 137 IV 249 E. 3.4.3 S. 254; vgl. zur Strafartänderung im Rahmen der Zusatzstrafenbildung BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 269; BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f.; BGE 137 IV 57 E. 4.3.1 S. 58; anders noch: BGE 133 IV 150 E. 5.2.1 S. 156; BGE 132 IV 102 E. 8.2 S. 105 mit Hinweisen). Die Bildung einer Gesamtstrafe war damit nur noch möglich, wenn eine früher bedingt ausgesprochene

Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt und anschliessend eine Gesamtgeldstrafe gebildet wurde. Solche Fälle dürften in der Praxis freilich selten in Betracht gezogen worden sein.

## **E. 2.2**

Die heute geltende Fassung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bestimmt Folgendes: "Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es [das Gericht] in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe." Die Bestimmung ist im Schrifttum nicht ohne Kritik aufgenommen worden (vgl. STEFAN HEIMGARTNER, in: StGB, JStG Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 1a ff. zu Art. 46 StGB ; NIGGLI/MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? - Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 158 ff.). Kernfrage ist BGE 145 IV 146 S. 149 vorliegend, ob der neuen Fassung der Bestimmung ein gesetzgeberischer Wille zugrunde liegt, der auf eine materielle Rechtsänderung ausgerichtet ist.

## **E. 2.3**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgebenden Norm. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann ( BGE 144 IV 240 E. 2.3.2 S. 246, BGE 144 IV 97 E. 3.1.1 S. 106; je mit Hinweisen). Die Gesetzesauslegung hat sich im Übrigen vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen ( BGE 144 IV 168 E. 1.2 S. 169 f.; BGE 144 V 138 E. 6.3 S. 147; je mit Hinweisen).

### **E. 2.3.1**

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut beinhaltet die vom Gesetzgeber erfolgte Anpassung ein Zweifaches. Zunächst fällt auf, dass die Rechtsnorm ihren potestativen Charakter verloren hat. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist nicht mehr als Kann-Bestimmung konzipiert ("so bildet es"; "le juge révoque"; "il giudice revoca"). Dem Gericht bleibt damit kein Ermessensspielraum (YVAN JEANNERET, La réforme de la réforme du droit des sanctions: la peine à la peine?, ZStrR 133/2015 S. 365 f.; CUENDET/GENTON, La fixation de la peine et le sursis à l'aune du nouveau droit des sanctions, forumpenale 5/2017 S. 329; NIGGLI/MAEDER, a.a.O., S. 158). Sodann setzt die Gesamtstrafenbildung voraus, dass die widerrufenen und die neue Strafe gleichartig sind ("du même genre"; "stesso genere"). Darüber hinaus enthält der Wortlaut - mit Ausnahme des generellen Verweises auf Art. 49 StGB - nach wie vor keine klaren Vorgaben für das konkrete Vorgehen bei der Gesamtstrafenbildung.

### **E. 2.3.2**

Zu prüfen ist sodann, ob die Materialien Aufschluss über die Auslegung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB geben. Gerade bei BGE 145 IV 146 S. 150 jüngeren Gesetzen stellen diese ein wichtiges Erkenntnismittel dar ( BGE 142 II 399 E. 3.3 S. 403; BGE 139 III 78 E. 5.4.3 S. 85; BGE 137 V 167 E. 3.2 S. 170; je mit Hinweisen). Die neuerliche Änderung des Sanktionenrechts entsprang dem Bedürfnis, das mit der 2007 in Kraft getretenen Revision eingeführte Prinzip der Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe und ihr Ersatz durch alternative Sanktionen durch verschiedene Anpassungen rückgängig zu machen (Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Änderungen des Sanktionenrechts], BBl 2012 4721 ff.). Im bundesrätlichen Entwurf - wie schon im Vorentwurf - war aufgrund der Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe lediglich vorgesehen, Art. 46 Abs. 1 Satz 3 StGB zu streichen. In der Folge schlug allerdings eine Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats die heute gültige Fassung vor. Als Grund für die vorgeschlagene Änderung wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgeführt, die bei gleichartigen Strafen im Widerrufsfall keine Gesamtstrafenbildung zulasse. Mit der neuen Formulierung solle dies bei gleichartigen Strafen möglich sein (Protokoll der Sitzung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Subkommission, vom 30. Mai 2013, S. 2 f.; Protokoll der Sitzung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 16. August 2013, S. 14). Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB wurde in der Folge in den parlamentarischen Beratungen ohne inhaltliche Diskussion angenommen (AB 2013 N 1607 ff.; AB 2014 S 640). Die Absicht des Gesetzgebers geht damit aus den Materialien mit aller Deutlichkeit hervor. Der Gesetzgeber hat sich in Kenntnis der zu Art. 46 Abs. 1 StGB ergangenen und gefestigten Rechtsprechung ausdrücklich für die ursprünglich vorgesehene Konzeption der Gesamtstrafenbildung bei Widerruf ausgesprochen, wobei er sie nunmehr an das Erfordernis der Gleichartigkeit der Strafen knüpfte.

### **E. 2.3.3**

In systematischer Hinsicht ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 62a und Art. 89 StGB eine ähnliche Regelung enthalten. Danach soll in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe gebildet werden, wenn auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit einer zu Gunsten der Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe ( Art. 62a Abs. 2 StGB ) bzw. mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammentrifft ( Art. 89 Abs. 6 StGB ). Der Gesetzgeber übernahm damit die Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB für sämtliche Fälle der Nichtbewährung (vgl. Botschaft vom 21. September BGE 145 IV 146 S. 151 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999 2085 Ziff. 213.432). Durch die Bildung einer Gesamtstrafe aus widerrufener Strafe und der für das Probezeitdelikt ausgesprochenen Strafe würde die systematische Inkongruenz ausgemerzt.

### **E. 2.3.4**

In Bezug auf Sinn und Zweck der Bestimmung - und damit das teleologische Element des Auslegungsprozesses - ist festzuhalten, dass der Bundesrat im Rahmen der Gesamterneuerung der Allgemeinen Bestimmungen darauf hinwies, der spätere kumulierte Vollzug verschiedener aufgeschobener Freiheitsstrafen nach einer bestimmten Zeit könne unter spezialpräventiven Gründen fragwürdig sein. Eine Kumulation wurde apodiktisch ausgeschlossen (BBl 1999 2085 Ziff. 213.432 und BBl 1999 2123 Ziff. 214.34). Es sollte verhindert werden, dass sich unkoordiniert mehrere Einzelstrafen anhäufen (TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 6 zu Art. 62a StGB ). Dessen ungeachtet, bestehen

die bisher vom Bundesgericht geäusserten Bedenken unter dem Gesichtspunkt der ratio legis unverändert fort. Die Bildung einer Gesamtstrafe bei einem Widerruf erweist sich gesamthaft betrachtet als wenig sachgerecht. Denn der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe während der Probezeit weitere Delikte verübt, unterscheidet sich wesentlich vom Fall eines Täters, der sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten ( Art. 49 Abs. 1 StGB ) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten ( Art. 49 Abs. 2 StGB ) verurteilt worden ist. Die Gleichstellung dieser Fälle erscheint als sachfremd, weil damit der strafehöhend zu wertende Umstand, dass der Täter einen Teil der Taten während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe begangen habe, bei der Strafzumessung zu Unrecht unberücksichtigt bliebe ( BGE 137 IV 249 E. 3.3 S. 252; BGE 134 IV 241 E. 4.3 S. 245 f.). Am zwingenden Ergebnis der grammatikalischen, historischen und systematischen Auslegung vermag die teleologische allerdings nichts zu ändern, da der Gesetzgeber die vom Bundesgericht geäusserten Bedenken offenkundig nicht teilt.

#### **E. 2.3.5**

Als Auslegungsergebnis kann somit festgehalten werden, dass sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie der systematischen Stellung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ergibt, dass das Gericht - die Gleichartigkeit der einzeln ausgesprochenen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt - mit den früheren Taten und den während der Probezeit begangenen Taten eine BGE 145 IV 146 S. 152 Gesamtstrafe bilden muss. An der bisherigen Rechtsprechung kann folglich nicht festgehalten werden.

#### **E. 2.4**

Damit ist abschliessend zu prüfen, wie die Gesamtstrafe zu bilden ist.

##### **E. 2.4.1**

Zunächst gilt es zu berücksichtigen, dass dem Probezeittäter durch die Anwendung des Asperationsprinzips eine gewisse Privilegierung zu gewähren ist. Die Kumulation der Strafen ist ausgeschlossen (vgl. vorstehend E. 2.3.4; dazu auch NIGGLI/MAEDER, a.a.O., S. 158; HEIMGARTNER, a.a.O., N. 7 zu Art. 46 StGB ). Demgegenüber brachte der Gesetzgeber in Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB gleichwohl zum Ausdruck, dass er die Art. 49 StGB zugrunde liegende Konzeption nicht ohne weiteres übernehmen wollte ("in sinngemässer Anwendung"; "en appliquant par analogie"; "in applicazione analogica"). Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es dem Gericht kaum möglich sein wird, die in Rechtskraft erwachsene, bedingte Geld- oder (teil-)bedingte Freiheitsstrafe nachträglich neu festzusetzen und dabei gleichwohl eine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 47, Art. 49 und Art. 50 StGB genügende Strafzumessung vorzunehmen (vgl. ferner BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 270 zu Art. 49 Abs. 2 StGB mit Hinweisen). Umgekehrt hat der Gesetzgeber im Unterschied zur retrospektiven Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB bei Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB - wie im Übrigen auch bei Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB - eine gesetzliche Grundlage geschaffen, um auf das in Rechtskraft erwachsene Urteil nachträglich zurückzukommen ( BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 S. 269 mit Hinweisen). Es muss insofern möglich sein, die zu widerrufende Strafe im Rahmen der Asperation nachträglich anzupassen, wobei sich bei zu widerrufenden, ursprünglich teilbedingt ausgesprochenen Gesamtstrafen Schwierigkeiten ergeben können. So lässt sich im Rahmen der Gesamtstrafenbildung nicht beurteilen,

welche Delikte des Täters durch Strafverbüßung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind (vgl. BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150 zu Art. 89 Abs. 6 StGB ).

#### **E. 2.4.2**

Es erscheint nach dem Dargelegten sowie im Lichte einer kohärenten Rechtsprechung zweckmässig, bei der Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB auf die zu Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB entwickelte Methodik zurückzugreifen ( BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150; Urteil 6B\_297/2009 vom 14. August 2009 E. 3.3). Bei der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht demnach BGE 145 IV 146 S. 153 methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (vgl. insofern auch BGE 142 IV 265 E. 2.4.4 S. 272 zu Art. 49 Abs. 2 StGB ).

#### **E. 2.5**

Die Vorinstanz hält die Voraussetzungen für den Widerruf der vom Bezirksgericht Zürich am 12. Januar 2016 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten angesichts der erneuten Delinquenz und der persönlichen Lebensumstände für erfüllt. Sie stellt zudem fest, dass sich der am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Art. 46 Abs. 1 StGB als milderes Recht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB erweise. Alsdann bestimmt sie die zu widerrufende Freiheitsstrafe von 24 Monaten als "hypothetische Einsatzstrafe". In einem zweiten Schritt ermittelt sie für die während der Probezeit begangenen Delikte eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten, die sie im Umfang von mindestens 16 Monaten asperiert. Schliesslich zieht die Vorinstanz von der so ermittelten Gesamtstrafe von mindestens 40 Monaten die widerrufene Strafe ab. Sie spricht letztlich keine Gesamtstrafe, sondern eine "Zusatzstrafe" von 16 Monaten für die Probezeitdelikte aus und ordnet gleichzeitig den Widerruf der am 12. Januar 2016 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten an. Dies entspricht nicht dem dargelegten methodischen Vorgehen. Die Vorinstanz wird die Strafzumessung erneut vornehmen müssen. Dabei wird sie in tatsächlicher Hinsicht auch den Umstand zu berücksichtigen haben, dass sich die Feststellung, wonach mindestens 18 Gramm Kokain für den Weiterverkauf bestimmt gewesen seien, als willkürlich erwiesen hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.