

# **BGer 6A.100/2002 vom 7. April 2003**

Bundesgericht, 2003-04-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6A.100\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6A.100_2002)

FR: TF 6A.100/2002 du 7 avril 2003

IT: TF 6A.100/2002 del 7 aprile 2003

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Letztinstanzliche kantonale Entscheide über Fragen des nachträglichen Strafvollzugs unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ( Art. 97 Abs. 1, 98 lit. g OG ). Der Beschwerdeführer hat als unmittelbar Betroffener ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides und ist daher zur Beschwerde legitimiert ( Art. 103 lit. a OG ). Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 1.2**

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht aller Stufen, also auch von Bundesverfassungsrecht, sowie Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, nicht aber Unangemessenheit gerügt werden ( Art. 104 OG ). Nachdem als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden hat, ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt worden ist ( Art. 105 Abs. 2 OG ).

### **E. 2**

Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit eine strafbare Handlung, für die er zu einer drei Monate übersteigenden und unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe verurteilt wird, so ordnet die zuständige Behörde die Rückversetzung an. Wird der Entlassene zu einer milderen oder zu einer bedingt zu vollziehenden Strafe verurteilt, so kann die zuständige Behörde von der Rückversetzung Umgang nehmen ( Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB ).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer wurde am 22. März 1998 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Während der Probezeit verübte er mehrere Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, wofür er durch Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft vom 4. November 1999 zu einer unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 90 Tagen verurteilt wurde. Die zuständige Behörde verzichtete auf den Widerruf der bedingten Entlassung, verlängerte aber die Probezeit für den Vollzug der Reststrafe um ein Jahr. Am 18. Dezember 1999, mithin während der Probezeit und weniger als zwei Jahre nach deren Beginn, verübte der Beschwerdeführer eine einfache Körperverletzung und eine Tötlichkeit, wofür er durch Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft vom 22. September 2000 zu einer unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 4 Tagen verurteilt wurde.

Der Beschwerdeführer hat somit während der Probezeit strafbare Handlungen begangen, für welche er durch zwei (in Rechtskraft erwachsene) Strafbefehle zu unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafen von 90 Tagen beziehungsweise von vier Tagen, also von insgesamt 94 Tagen und damit von mehr als drei Monaten, verurteilt worden ist.

## **E. 2.2**

Das Verwaltungsgericht vertritt in seiner Mehrheit die Auffassung, dass unter den gegebenen Umständen der Widerruf der bedingten Entlassung und die Rückversetzung in den Strafvollzug gestützt auf Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend anzuordnen sind. Im angefochtenen Urteil wird auch die abweichende Meinung einer Minderheit der Kammer zu Protokoll gegeben, wonach sich im vorliegenden Fall die Annahme verbiete, dass infolge des Zusammenrechnens der beiden ausgesprochenen Freiheitsstrafen die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB erfüllt seien.

## **E. 3.1**

Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB regelt den Fall, dass der bedingt Entlassene während der Probezeit eine strafbare Handlung begeht, für die er zu einer drei Monate übersteigenden und unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe verurteilt wird. Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, wie es sich verhält, wenn der bedingt Entlassene während der Probezeit mehrere strafbare Handlungen begeht, für die er durch mehrere Urteile zu unbedingt vollziehbaren, drei Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafen verurteilt wird, welche insgesamt drei Monate überschreiten. Die Frage, wie mehrere strafbare Handlungen und mehrere Freiheitsstrafen bei der Anwendung von Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen seien, wurde weder in der Botschaft des Bundesrates (BBl 1965 I 561 ff., 569) noch in den eidgenössischen Räten (AB 1967 S 53 f., AB 1969 N 100 f.) angeschnitten (siehe dazu das Urteil des Kassationshofes vom 20. April 1989, auszugsweise wiedergegeben in AGVE 1989 Nr. 28).

In der Lehre wird unter Hinweis auf das in AGVE 1989 Nr. 28 auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 1989 die Auffassung vertreten, dass bei Ausfällung von mehreren Freiheitsstrafen wegen Delikten, welche der bedingt Entlassene während der Probezeit beging, auf deren Gesamtdauer abzustellen und somit der Widerruf der bedingten Entlassung gestützt auf Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend ist, wenn die Gesamtdauer der mehreren unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen drei Monate übersteigt (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, N. 16 zu Art. 38 StGB ; Rehberg, Strafrecht II, 7. Aufl. 2001, S. 34; Andrea Baechtold, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2003, N. 37 zu Art. 38 StGB ).

Das in AGVE 1989 Nr. 28 auszugsweise wiedergegebene Urteil des Kassationshofes vom 28. April 1989 betraf den Fall einer bedingt entlassenen Person, die für die während der Probezeit begangenen Straftaten durch vier Urteile zu unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen von 70 Tagen, 7 Tagen, 7 Tagen und 30 Tagen, mithin von insgesamt 114 Tagen, verurteilt worden war. Der Kassationshof hatte sich vor allem mit dem Einwand des Betroffenen zu befassen, dass der Widerruf der bedingten Entlassung nur dann gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend sei, wenn der bedingt Entlassene wegen einer während der Probezeit begangenen Straftat durch ein Urteil zu einer drei Monate übersteigenden, unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe verurteilt werde, dass mithin die Zusammenrechnung der durch mehrere Urteile ausgesprochenen unbedingt vollziehbaren

Freiheitsstrafen nicht zulässig sei. Dem letztgenannten Einwand hielt der Kassationshof entgegen, dass es in Fällen, in denen ein Täter mehrere strafbare Handlungen begangen habe, oft von zeitlichen und örtlichen Zufälligkeiten in der Strafverfolgung und gerichtlichen Beurteilung abhängt, ob mehrere kurze Freiheitsstrafen oder eine Gesamtstrafe ausgesprochen werde. So sei es beispielsweise möglich, dass ein Täter für zwei während der Probezeit verübte Delikte zu je 21/2 Monaten Gefängnis und ein anderer Täter wegen derselben Straftaten zu einer Gesamtstrafe von fünf Monaten Gefängnis verurteilt werde. Inwiefern eine Besserstellung des Täters, dessen strafbare Handlungen einzeln beurteilt werden, gegenüber demjenigen, der eine Gesamtstrafe erhalte, gerechtfertigt wäre, sei nicht einzusehen. Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB bringe zum Ausdruck, dass die Rückversetzung anzuordnen sei, wenn der bedingt Entlassene das in ihn gesetzte Vertrauen enttäuscht habe. Dies könne bei der Verübung eines einzigen schwerwiegenden Delikts ebenso gut der Fall sein wie bei der Begehung von mehreren leichteren Straftaten. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei beim Entscheid, ob eine drei Monate übersteigende Freiheitsstrafe gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB vorliege, eine Gesamtbeurteilung aller während der Probezeit verübten strafbaren Handlungen vorzunehmen. Dies ergebe sich auch aus Art. 68 Ziff. 2 StGB (betreffend die retrospektive Konkurrenz), welcher nach der Rechtsprechung ( BGE 109 IV 90 E. 2b S. 92, mit Hinweisen) den Zweck verfolge, dass der Täter durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werde. Daher habe die kantonale Instanz ohne Verletzung von Bundesrecht annehmen dürfen, dass die gesamte Strafdauer bei einer Verurteilung oder aber bei mehreren Verurteilungen etwa gleich lang ausgefallen wäre (AGVE 1989 Nr. 28 S. 206 f.).

### **E. 3.2**

Aus den Erwägungen im genannten Bundesgerichtsentscheid zieht der Beschwerdeführer mit der Minderheit des Verwaltungsgerichts die Schlussfolgerung, beim Entscheid über den Widerruf der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB sei so zu verfahren, wie wenn alle von ihm in der Probezeit verübten Straftaten gleichzeitig beurteilt worden wären. Daher sei zu prüfen, welche Strafe in diesem Fall ausgesprochen worden wäre. Es sei wahrscheinlich, dass auch in diesem Fall, d.h. unter Mitberücksichtigung der Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit (für welche er zu vier Tagen Gefängnis verurteilt worden sei), eine Gefängnisstrafe von 90 Tagen ausgefällt worden wäre, zumal nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung auch zu berücksichtigen sei, dass eine drei Monate übersteigende, unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend zum Widerruf der bedingten Entlassung führe, was im vorliegenden Fall den Vollzug einer Reststrafe von 239 Tagen Gefängnis zur Folge habe.

### **E. 3.3**

Es ist durchaus denkbar, dass der Richter, welcher den ersten Strafbefehl erliess, auch dann eine Gefängnisstrafe von 90 Tagen ausgesprochen hätte, wenn neben den beurteilten Straftaten zusätzlich die einfache Körperverletzung und die Tötlichkeit, welche im konkreten Fall offensichtlich Bagatelldelikte waren, Gegenstand des ersten Verfahrens gewesen wären. Es ist auch denkbar, dass der Richter, welcher den zweiten Strafbefehl erliess, für die von ihm zu beurteilenden Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit keine Zusatzstrafe beziehungsweise eine Zusatzstrafe Null ausgefällt hätte (siehe dazu BGE 102 IV 239 ), wenn diese Straftaten vor Erlass des ersten Strafbefehls, der mangels Einsprache in Rechtskraft erwachsen ist, begangen worden, aber erst nachträglich

bekannt geworden und somit die Voraussetzungen von Art. 68 Ziff. 2 StGB (betreffend die retrospektive Konkurrenz) erfüllt gewesen wären. Denn nach der Rechtsprechung hat der Richter bei der Strafzumessung auch die Rechtsfolgen zu berücksichtigen, die sich aus einem bestimmten Strafmass ergeben (siehe BGE 119 IV 125 E. 3b betreffend Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB ; BGE 118 IV 337 E. 2c betreffend Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ; Matthias Härrli, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, in: ZStrR 116/1998 S. 212 ff.).

Im vorliegenden Fall sind indessen weder die Voraussetzungen für die Bildung einer Gesamtstrafe gemäss Art. 68 Ziff. 1 StGB noch die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB erfüllt; denn der Beschwerdeführer hat die Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit am 18. Dezember 1999 und damit nach dem Erlass des ersten Strafbefehls vom 4. November 1999 begangen, der mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen ist. Wohl ist es im Grunde eine zeitliche Zufälligkeit in der Strafverfolgung und in der gerichtlichen Beurteilung (siehe dazu den zitierten Bundesgerichtsentscheid in: AGVE 1989 Nr. 28 S. 205 ff.), dass die Straftaten der Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, unter anderem die Vereitelung einer Blutprobe, bereits durch einen - rechtskräftig gewordenen - Strafbefehl beurteilt worden waren, als der Beschwerdeführer die Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit beging. Daraus folgt jedoch nicht, dass die zuständige Behörde beim Entscheid über den Widerruf der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB hätte prüfen und abklären müssen, welche Gesamtstrafe beziehungsweise welche Zusatzstrafe wohl ausgefällt worden wäre, wenn die Voraussetzungen von Art. 68 Ziff. 1 respektive Art. 68 Ziff. 2 StGB im konkreten Fall tatsächlich erfüllt gewesen wären. Entscheidend ist, dass diese Voraussetzungen vorliegend unstreitig nicht erfüllt sind. Der Beschwerdeführer hat die Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit begangen, nachdem er durch den am 19. November 1999 zugestellten - rechtskräftig gewordenen - Strafbefehl vom 4. November 1999 zu einer unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 90 Tagen verurteilt worden war. Das Verschulden des Beschwerdeführers in Bezug auf diese Straftaten wiegt daher in Anbetracht der darin liegenden erneuten Täuschung des in ihn gesetzten Vertrauens schwerer, als wenn er diese Straftaten vor seiner Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von 90 Tagen gemäss Strafbefehl vom 4. November 1999 verübt hätte.

#### **E. 3.4**

Allerdings kann man sich fragen, ob eine Zusammenrechnung der beiden unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen von 90 Tagen gemäss dem ersten Strafbefehl vom 4. November 1999 und von vier Tagen gemäss dem zweiten Strafbefehl vom 22. September 2000 deshalb ausser Betracht falle, weil die zuständige Behörde mit Verfügung vom 20. Januar 2000 aufgrund der ersten Verurteilung des Beschwerdeführers unter Verzicht auf den Widerruf der bedingten Entlassung die Probezeit um eine Jahr verlängert hatte und es aus diesem Grunde unzulässig sei, diese erste Verurteilung gleichsam ein weiteres Mal zu berücksichtigen. Die Frage ist zu verneinen. Denn es hängt von zeitlichen Zufälligkeiten ab, ob die zuständige Behörde noch vor einer - in Rechtskraft erwachsenen - zweiten Verurteilung über die strafvollzugsrechtlichen Folgen der ersten Verurteilung rechtskräftig befinden kann. Es darf jedoch nicht von solchen zeitlichen Zufälligkeiten abhängen, ob in Fällen der vorliegenden Art die Zusammenrechnung von zwei oder mehreren Freiheitsstrafen für während der Probezeit nach der bedingten Entlassung begangene

Straftaten zulässig sei.

Offen bleiben kann, wie es sich verhielte, wenn der Beschwerdeführer die Straftaten der einfachen Körperverletzung und der Tötlichkeit, für die er durch den zweiten Strafbefehl verurteilt wurde, nicht noch während der bei seiner bedingten Entlassung vom 22. März 1998 angesetzten Probezeit von zwei Jahren, sondern erst im Anschluss daran, während der durch Verfügung vom 20. Januar 2000 um ein Jahr verlängerten Probezeit, begangen hätte.

### **E. 3.5**

Das Verwaltungsgericht hat somit Bundesrecht nicht verletzt, indem es erkannte, dass die beiden unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafen von 90 Tagen gemäss Strafbefehl vom 4. November 1999 und von 4 Tagen gemäss Strafbefehl vom 22. September 2000 für die vom Beschwerdeführer während der Probezeit verübten strafbaren Handlungen zusammenzuzählen seien und in Anbetracht der daraus resultierenden Freiheitsstrafe von insgesamt 94 Tagen und damit von mehr als drei Monaten die bedingte Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend zu widerrufen sei.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer erhebt gegen den Widerruf der bedingten Entlassung eine ganze Reihe von weiteren Einwänden. Er macht geltend, die Rückversetzung in den Strafvollzug sei angesichts der Höhe der zur Diskussion stehenden Reststrafe (von 239 Tagen), der Art der von ihm während der Probezeit begangenen, nicht besonders schwerwiegenden Straftaten, des Umstands, dass er die hierfür ausgesprochenen Freiheitsstrafen inzwischen - in Halbgefangenschaft - verbüsst habe, sowie auch mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse, unter anderem seine psychischen Probleme, unverhältnismässig und mit dem Ziel der Resozialisierung unvereinbar. Die in den beiden Strafbefehlen ausgefallenen Freiheitsstrafen von 90 Tagen und von 4 Tagen seien viel zu hoch. Er habe die Strafbefehle deshalb nicht angefochten, weil er, damals nicht anwaltlich vertreten, deren weitreichende Folgen (Widerruf der bedingten Entlassung) nicht habe abschätzen können. Ein Strafverteidiger wäre dazu in der Lage gewesen. Der Untersuchungsrichter, welcher den zweiten Strafbefehl erlassen habe, hätte den nicht anwaltlich vertretenen, psychisch angeschlagenen Beschwerdeführer auf die weitreichenden Folgen hinweisen müssen. Indem dies unterblieben sei, seien die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers und dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. In Anbetracht der schwerwiegenden Auswirkungen insbesondere der im zweiten Strafbefehl ausgefallenen Freiheitsstrafe hätte dem rechtsunkundigen Beschwerdeführer zumindest in jenem Verfahren ein amtlicher Verteidiger bestellt werden müssen. Nach der neueren Praxis des Kassationsgerichts des Kantons Zürich (ZR 100/2001 Nr. 16) müsse dem Angeschuldigten ein amtlicher Verteidiger zur Seite gestellt werden, wenn die Rückversetzung in den Vollzug einer Reststrafe von über einem Jahr drohe. Es könne nicht angehen, dass der faktische Entscheid über die Rückversetzung eines nicht rechtskundigen und zudem psychisch angeschlagenen Beschuldigten in den Vollzug einer erheblichen Reststrafe von 239 Tagen ohne Wahrung von dessen Verteidigungsrechten quasi dem Ermessensentscheid eines Untersuchungsrichters in einem Einparteienverfahren - ganz dem Inquisitionsprinzip folgend - überlassen sei.

### **E. 4.2**

Im Verfahren des Widerrufs der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB kann das rechtskräftige Strafurteil, das Anlass zum Widerruf bildet, weder in Bezug auf

seine inhaltliche Richtigkeit noch bezüglich des Verfahrens beanstandet werden. Zwar ist dem Betroffenen im Widerrufsverfahren das rechtliche Gehör auch zu gewähren, wenn der Widerruf der bedingten Entlassung gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB zwingend ist (siehe BGE 98 I b 172 E. 2b; nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide 6A.71/2001 vom 13. November 2001 und 6A.48/1993 vom 13. Oktober 1993). Daraus folgt aber nicht, dass der Betroffene im Widerrufsverfahren auch die Anlass zum Widerruf bildenden Verurteilungen und die ihnen zu Grunde liegenden Verfahren kritisieren und beispielsweise geltend machen könne, dass die ausgefallten neuen Strafen zu hoch seien beziehungsweise dass ihm in den Strafverfahren zu Unrecht kein Rechtsanwalt beigegeben worden sei. Solchen Einwänden steht unter anderem die Rechtskraft der neuen Strafurteile entgegen (siehe dazu auch bereits BGE 74 IV 12 E. 3 zu Art. 41 Ziff. 3 StGB ), welche überhaupt Voraussetzung dafür ist, dass die bedingte Entlassung widerrufen werden kann. Auch die Rüge, dass in den Strafverfahren die Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt notwendig gewesen wäre, weil die jeweils in Aussicht stehende neue Strafe und die zu vollziehende Reststrafe zusammenzurechnen seien (siehe dazu den Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2000, auszugsweise wiedergegeben in ZR 100/2001 Nr. 16), hätte der Beschwerdeführer bereits in den Strafverfahren erheben müssen; er kann diese Rügen nicht erst im Widerrufsverfahren vorbringen, in welchem er übrigens von Anbeginn durch einen Rechtsanwalt verbeiständet war.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 5**

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Seine finanzielle Bedürftigkeit ist ausgewiesen. Die Beschwerde war nicht von vornherein aussichtslos. Das Gesuch ist daher gutzuheissen. Somit werden keine Kosten erhoben und wird dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. Guido Hensch, Zürich, eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

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