

# **BGer 6B 116/2008 vom 19. November 2008**

Bundesgericht, 2008-11-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_116\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_116_2008)

FR: TF 6B 116/2008 du 19 novembre 2008

IT: TF 6B 116/2008 del 19 novembre 2008

## **Regeste**

Strafzumessung | Strafrecht (allgemein)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 50 StGB geltend. Er bezieht sich vor allem auf die von der Staatsanwaltschaft unter dem Aspekt der Tatschwere beantragten Einsatzstrafen und erachtet die von der Vorinstanz festgesetzte Strafe als nicht nachvollziehbar und nicht nachprüfbar. Wenn die Vorinstanz die vom Staatsanwalt angenommene Einsatzstrafe - also 10 beziehungsweise 10 ½ Jahre - als durchaus vertretbar erachtet habe, aber davon ausgegangen sei, dass dieser die verminderte Zurechnungsfähigkeit und das abgelegte Geständnis zu wenig berücksichtigt habe, so wäre eine Freiheitsstrafe von 8 bis 8 ½ Jahren angemessen gewesen, jedoch nicht eine solche von 10 Jahren. Dem Urteil lasse sich nicht hinreichend entnehmen, in welchem Ausmass sich die einzelnen Strafzumessungsgründe niedergeschlagen hätten, und auch bezüglich der "Einsatzstrafe" bestehe Unklarheit. Möglicherweise sei die Einsatzstrafe sogar mit dem Schlussantrag verwechselt worden. Im Übrigen sei die ausgefallte Strafe aussergewöhnlich hoch ausgefallen. Zur Begründung verweist der Beschwerdeführer auf nach seiner Ansicht vergleichbare Fälle. Auch weil eine derart hohe Strafe ausgesprochen worden sei, seien die Anforderungen an die Begründung des Strafurteils gemäss Art. 50 StGB hoch anzusetzen (Beschwerdeschrift S. 6/7).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz hat mit ihrer Begründung der Strafzumessung Art. 50 StGB, wonach das Gericht in der Urteilsbegründung die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten hat, nicht verletzt. Der Beschwerdeführer weist selber darauf hin, dass die Erwägungen der Vorinstanz zur Strafzumessung 9 Seiten umfassen, und er fasst diese ausführliche Begründung auf den Seiten 5 und 6 seiner Beschwerdeschrift zutreffend zusammen. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, dem angefochtenen Urteil lasse sich nicht hinreichend entnehmen, wie die Vorinstanz die einzelnen Strafzumessungsgründe gewichtet habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass sie nicht verpflichtet war, im Urteil mit absoluten Zahlen oder in Prozenten anzugeben, inwieweit sie bestimmte strafzumessungsrelevante Tatsachen strafehöhend oder strafmindernd berücksichtigt hat. Von Bundesrechts wegen ist auch nicht eine irgendwie bezifferte Einsatzstrafe verlangt. Auch hatte sich die Vorinstanz nicht an Anträge oder Berechnungen der Staatsanwaltschaft zu halten, sondern die Zumessung der Strafe lag allein in ihrem Ermessen. Der Vergleich mit anderen Urteilen, bei denen tiefere Strafen ausgesprochen worden sind, vermag dem Beschwerdeführer deshalb nicht zu helfen, weil derartige Vergleichsfälle in aller Regel doch beträchtliche Verschiedenheiten aufweisen.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren die Frage aufgeworfen, ob nicht anstelle des Zusammenzählens der Strafen eine Gesamtstrafe ausgefällt werden müsste, analog zu Art. 62a StGB, wo dies für den Fall der bedingten Entlassung aus einer stationären Massnahme vorgeschrieben werde. Er macht geltend, aufgrund der Botschaft des Bundesrats sei es der klare Wille des Gesetzgebers gewesen, ein flexibleres Sanktionensystem einzuführen. Der Gesetzgeber sei dabei davon ausgegangen, dass er in Bezug auf die Nichtbewährung bei einer ambulanten Massnahme die gleiche Regelung wie bei einer stationären Massnahme treffen würde. Daraus lasse sich schliessen, dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen bei der Redaktion von Art. 63b StGB handle, dass die in Art. 62a Abs. 2 StGB vorgesehene Möglichkeit der Aussprechung einer Gesamtstrafe in Anwendung von Art. 49 StGB nicht vorgesehen worden sei. Dementsprechend läge eine Gesetzeslücke vor, die nach der Intention des Gesetzgebers zu füllen sei, womit vorliegend die Ausfällung einer Gesamtstrafe möglich gewesen wäre und richtigerweise auch hätte erfolgen sollen. Indem die Vorinstanz diese Möglichkeit der Aussprechung einer Gesamtstrafe verneint habe, habe sie ihr Ermessen unterschritten und insbesondere Art. 63b StGB falsch ausgelegt und angewandt. Gerade die Vielzahl der aufgeschobenen Strafen, über deren Schicksal zu befinden sei, erfordere die Aussprechung einer Gesamtstrafe, damit er nicht schlechter gestellt werde als ein während laufender Probezeit Delinquierender oder eine Person mit stationärer Massnahme (Beschwerdeschrift S. 9/10).

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwog, es läge entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine Gesetzeslücke vor. Vielmehr ergebe sich aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts, dass für den Fall der Aufhebung der ambulanten Massnahmen keine Gesamtstrafe auszufällen sei ( Art. 63b Abs. 3 StGB ), so dass für eine analoge Anwendung von Art. 62a Abs. 2 StGB kein Raum bestehe.

### **E. 2.3**

Begeht der aus einer stationären Behandlung bedingt Entlassene während der Probezeit eine Straftat, so kann das Gericht unter anderem die Massnahme aufheben und den Vollzug einer Freiheitsstrafe anordnen ( Art. 62a Abs. 1 lit. c StGB ). Sind aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit einer zugunsten der Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe zusammen, so spricht das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe aus ( Art. 62a Abs. 2 StGB ; zur Gesamtstrafe ausführlich Jürg-Beat Ackermann, Basler Kommentar StGB I, 2. Aufl. Basel 2007, Art. 49 N. 46 ff.). Begeht der Täter dagegen wie vorliegend während der ambulanten Behandlung Straftaten, so wird die erfolglose ambulante Behandlung durch das Gericht aufgehoben ( Art. 63a Abs. 1 StGB ), und die aufgeschobene Freiheitsstrafe ist zu vollziehen ( Art. 63b Abs. 2 StGB ). Das Gericht entscheidet darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird ( Art. 63b Abs. 4 StGB ). Die Verankerung unterschiedlicher Rechtsfolgen, je nachdem, ob der Delinquent aus einer stationären Behandlung bedingt entlassen worden ist und während der Probezeit straffällig wird, oder ob er während der ambulanten Behandlung Straftaten begeht, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers durchaus auf sachliche

Gründe stützen, da die Eingriffsintensität bei stationären Massnahmen, bei welchen der Täter im Sinne eines Freiheitsentzugs in eine geeignete psychiatrische Einrichtung oder Massnahmevollzugseinrichtung eingewiesen wird ( Art. 59 Abs. 2 StGB ), ungleich höher ist als bei ambulanten Massnahmen, bei denen der Betroffene in Freiheit verbleibt. Da der Gesetzgeber demnach bewusst voneinander abweichende Regelungen getroffen hat, ist die Argumentation des Beschwerdeführers, es liege eine Gesetzeslücke vor, nicht stichhaltig. Für eine analoge Anwendung der Konzeption der Gesamtstrafenbildung auf Art. 63b StGB besteht folglich kein Raum. Die Beschwerde ist daher auch insoweit abzuweisen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung von Art. 63b Abs. 4 StGB . Zur Begründung führt er aus, es sei beispielsweise für die gemeinnützige Arbeit vorgesehen, dass vier Stunden gemeinsamer Arbeit einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag Freiheitsstrafe entsprächen. Die Eingriffsintensität einer Gesprächstherapie sei deutlich höher zu gewichten als jene von gemeinnütziger Arbeit. Wenn die Vorinstanz gleichwohl darauf erkenne, dass die besuchten Therapien nicht annähernd einem Freiheitsentzug gleichgesetzt werden könnten, verletze dies Bundesrecht, indem sie eine angemessene Anrechnung verweigere (Beschwerdeschrift S. 10).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führte aus, eine Anrechnung der ambulanten Massnahme wäre nur geboten, wenn die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers durch den Massnahmevollzug in einem Ausmass eingeschränkt gewesen wäre, dass von einer einem Freiheitsentzug ähnlichen Situation gesprochen werden könnte. Dies sei vorliegend indessen nicht der Fall, da die rund zweiwöchentlichen Therapiesitzungen bei der Beratungsstelle Dielsdorf beziehungsweise die weiteren von der Verteidigung aufgezählten Termine auch nicht annähernd einem Freiheitsentzug gleichgesetzt werden könnten (angefochtenes Urteil S. 30).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 63b Abs. 4 Satz 1 StGB entscheidet das Gericht darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel einzig eine beschränkte Berücksichtigung der ambulanten Behandlung in Betracht. Diese ist in dem Ausmass anzurechnen, als der Betroffene in seiner persönlichen Freiheit tatsächlich eingeschränkt war. In Rechnung zu ziehen ist vor allem, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die ambulante Behandlung für den Betroffenen verbunden war ( BGE 120 IV 176 E. 2b). Dem Gericht steht dabei ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu ( BGE 121 IV 303 E. 4 b mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat vorliegend begründet, weshalb sie die alle zwei Wochen absolvierten Therapiesitzungen des Beschwerdeführers in ihrer Intensität des Eingriffs in die persönliche Freiheit als nicht annähernd mit einem Freiheitsentzug vergleichbar erachtet hat. Diese Auffassung ist noch vertretbar. Angesichts des für den Beschwerdeführer mit den Therapien verbundenen geringen Aufwands hat die Vorinstanz im Ergebnis das ihr zukommende Ermessen nicht verletzt, indem sie folgerte, eine Anrechnung der ambulanten Behandlung auf die Strafe rechtfertige sich nicht.

### **E. 4**

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er stellt indes ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 64 Abs. 1 BGG . Dieses kann bewilligt werden, da von seiner Bedürftigkeit auszugehen und diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und seine Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos war (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer sind deshalb keine Kosten aufzuerlegen. Dem amtlichen Verteidiger, als welcher für das bundesgerichtliche Verfahren Rechtsanwalt Emil Robert Meier eingesetzt wird, ist aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung auszurichten ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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