

# **BGer 6B 206/2012 vom 5. Juli 2012**

Bundesgericht, 2012-07-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_206\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_206_2012)

FR: TF 6B 206/2012 du 5 juillet 2012

IT: TF 6B 206/2012 del 5 luglio 2012

## **Regeste**

Vollzug der aufgeschobenen Freiheitsstrafe (Art. 63b StGB); rechtliches Gehör | Strafrecht (allgemein)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Die Vorinstanz entscheide im neuen Verfahren aufgrund der Akten, obwohl sie ihn vor der Ausfällung des Urteils hätte anhören müssen, denn diesem seien die aktuellen Verhältnisse zugrunde zu legen (Beschwerde S. 3 f.).

### **E. 1.2.1**

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern ( BGE 132 II 485 E. 3.2 mit Hinweis; Urteil 6B\_1076/2010 vom 21. Juni 2011 E. 5.2). Inwieweit nach der Gutheissung einer Beschwerde und der Rückweisung ein Äusserungsrecht besteht, richtet sich nach den noch zu entscheidenden Fragen ( BGE 119 Ia 136 E. 2e; 103 Ia 137 ; Urteil 1C\_572/2010 vom 26. Mai 2011 E. 3.1; je mit Hinweisen). Die mit der Neubeurteilung befasste kantonale Instanz hat ihrer Entscheidung im Falle einer Rückweisung die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet wird, zugrunde zu legen. Aufgrund der Bindungswirkung ist es den nochmals mit der Sache befassten Gerichten und den Parteien verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder nicht in Erwägung gezogen worden sind ( BGE 135 III 334 E. 2 und E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2.2**

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, verfahrensrechtliche Einwendungen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen ( BGE 135 III 334 E. 2.2 mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids ( BGE 137 I 195 E. 2.2 mit Hinweis). Wenn eine solche Verletzung des rechtlichen Gehörs indessen keinen Einfluss auf das Verfahren hatte, kann die Aufhebung des Entscheids unterbleiben (Urteil 4A\_153/2009 vom 1. Mai 2009 E. 4.1 mit Hinweis).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht erwog im ersten Beschwerdeverfahren, die Vorinstanz hebe die mit Urteil des Strafgerichtspräsidenten Basel-Stadt vom 3. Juni 2005 angeordnete ambulante psychiatrische Behandlung wegen Aussichtslosigkeit auf und erkläre die damals aufgeschobenen Gefängnisstrafen für vollziehbar. Die Vorinstanz führe zwar aus, diese Strafen seien nach Art. 63b Abs. 2 StGB zu vollziehen, sie äussere sich aber nicht dazu, ob nach Abs. 4 Satz 2 dieser Bestimmung in Bezug auf die Reststrafe die Voraussetzungen der bedingten Entlassung oder bedingten Freiheitsstrafe vorlägen. Mangels entsprechender Begründung sei nicht nachprüfbar, ob die Vorinstanz die entscheidungswesentlichen Aspekte berücksichtige (Urteil 6B\_385/2011 vom 23. September 2011 E. 2.3). In den übrigen Punkten wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Die Vorinstanz musste im neuen Verfahren beurteilen, ob bei den für vollziehbar erklärten Strafen die Voraussetzungen der bedingten Entlassung oder bedingten Freiheitsstrafe nach Art. 63b Abs. 4 Satz 2 StGB vorliegen. Insofern war der Sachverhalt im Zeitpunkt des zweiten vorinstanzlichen Urteils massgebend. Aus den Akten geht nicht hervor, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nach dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts die Gelegenheit erteilte, sich zu diesem Punkt zu äussern, bevor sie das angefochtene Urteil fällte. Damit hat sie grundsätzlich seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Allerdings legt der Beschwerdeführer nicht dar, welche neuen Umstände eine Rolle spielen könnten. Angesichts der bisherigen offensichtlichen Schlechtprognose (vgl. die nachstehenden Erwägungen) hätte er dies tun müssen. Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, weshalb der angefochtene Entscheid ausnahmsweise nicht aufzuheben ist. Auf die erneute Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz kann verzichtet werden.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vor ( Art. 9 BV ). Deren Ausführung, er habe nach seiner Verurteilung im Jahr 2008 wieder delinquent, sei offensichtlich unrichtig. Es dürfe nicht angenommen werden, er habe die ihm vorgeworfenen Straftaten tatsächlich begangen, nur weil er in eine Strafuntersuchung geraten sei. Eine erneute Straffälligkeit sei ein wesentlicher Umstand bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten. Diese unrichtige Feststellung der Vorinstanz sei deshalb von erheblicher Relevanz (Beschwerde S. 3 f.).

### **E. 2.2**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist ( BGE 136 II 304 E. 2.4 S. 314 mit Hinweis). Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist ( BGE 135 V 2 E. 1.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Dem Beschwerdeführer ist insofern zuzustimmen, als die vorinstanzliche Feststellung, er habe seit seiner Verurteilung im Jahr 2008 erneut delinquent (Urteil S. 5 E. 2.5), mangels rechtskräftigen Strafentscheids nicht zutreffend ist. Weil die Behebung dieses Fehlers auf den Ausgang des Verfahrens jedoch keinen Einfluss hat, ist auf seine Rüge gleichwohl nicht einzutreten. Selbst wenn die Feststellung der Vorinstanz dahin gehend berichtigt wird, dass der Beschwerdeführer seit der Verurteilung im Jahr 2008 abermals in eine Strafuntersuchung geraten ist, bleibt deren Erwägung, der Verlauf nach der Verurteilung sei sehr bedenklich, vertretbar. Insbesondere vermag diese unrichtige Feststellung nichts am vorinstanzlichen Ergebnis zu ändern, die Legalprognose des Beschwerdeführers falle äusserst ungünstig aus (Urteil S. 5 E. 2.5; E. 3.3 nachfolgend).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte bei den mit Urteil des Strafgerichtspräsidenten Basel-Stadt vom 3. Juni 2005 aufgeschobenen Strafen den bedingten oder zumindest den teilbedingten Vollzug gewähren müssen. Bei der Beurteilung der Frage des Aufschubs des Vollzugs der Vorstrafen beziehe sie zu Unrecht nicht mit ein, dass sie ihn zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt habe. Der erstmalige Vollzug einer solchen Strafe werde bei ihm seine Wirkung nicht verfehlen. Indem die Vorinstanz diesen wesentlichen Aspekt ausser Acht lasse, verletze sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 3 ff.).

### **E. 3.2.1**

Gemäss Art. 63b Abs. 2 StGB ist die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen, wenn die ambulante Behandlung wegen Aussichtslosigkeit ( Art. 63a Abs. 2 lit. b StGB ) aufgehoben wird. Das Gericht entscheidet, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird ( Art. 63b Abs. 4 Satz 1 StGB ). Liegen in Bezug auf die Reststrafe die Voraussetzungen der bedingten Entlassung oder der bedingten Freiheitsstrafe vor, so schiebt das Gericht nach Art. 63b Abs. 4 Satz 2 StGB den Vollzug auf. Dem Gesetzgeber scheint es ungeachtet der Unterschiede zwischen den beiden Regelungen um die Frage zu gehen, ob eine günstige Prognose vorliegt bzw. eine ungünstige Prognose fehlt. Dieses Kriterium erscheint indessen kaum als erfüllt, wenn die Massnahme wegen Aussichtslosigkeit eingestellt werden musste oder falls weitere Straftaten eines Betroffenen vorliegen, mit denen dieser seine weitere Gefährlichkeit ausdrückt (TRECHSEL/PAUEN BORER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, Art. 63b StGB N. 5; MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 62c StGB N. 30 ff. und N. 37 sowie Art. 63b StGB N. 17 ff.).

### **E. 3.2.2**

Der Bundesrat führt in seiner Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998 aus, die Regelung nach Art. 62c Abs. 2 Satz 2 bzw. Art. 63b Abs. 4 Satz 2 StGB entspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichts ( BGE 114 IV 85 ), wonach eine aufgeschobene Strafe nachträglich als bedingt vollziehbar erklärt werden kann. Die für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs notwendige günstige Prognose sei in bestimmten Fällen denkbar, so wenn die Massnahme aufgehoben werde, weil sich im Verlauf des Massnahmenvollzugs herausstellt, dass der Betroffene nicht therapiebedürftig sei (BB1 1999 S. 1979 ff. Ziff. 213.434 und Ziff. 213.443). Die Frage, ob der nachträgliche Vollzug angeordnet werden musste, beurteilte sich nach altem

Recht in erster Linie danach, inwieweit beim Betroffenen eine Besserung eingetreten war und inwieweit diese durch den nachträglichen Vollzug in Frage gestellt würde. Von Letzterem war grundsätzlich abzusehen, wenn dadurch der (Heil-)Erfolg einer Behandlung in Frage gestellt worden wäre ( BGE 114 IV 85 E. 3a S. 89 und E. 5 mit Hinweisen; 107 IV 20 E. 5 S. 24). Gemäss dem Urteil 6S.210/2003 vom 3. März 2004 E. 2.3 liess sich ein Verzicht auf den Strafvollzug nicht rechtfertigen, falls ein Heilerfolg nicht erreicht worden war oder die zu verzeichnenden Therapieerfolge - angesichts der unvermindert fortbestehenden Grundproblematik des Betroffenen - im Ergebnis nur unbedeutend erschienen.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie dem Beschwerdeführer eine äusserst ungünstige Legalprognose attestiert. Sie berücksichtigt insbesondere die gutachterlichen Erkenntnisse und die Persönlichkeit sowie das Verhalten des Beschwerdeführers. Sie erwägt, der Gutachter gehe von einer sehr ungünstigen Legalprognose aus, stufe den Beschwerdeführer als besonders gefährlich und das Rückfallrisiko als sehr hoch ein. Die ambulante Therapie habe keinen messbaren Erfolg gezeigt, vielmehr habe sich die Symptomatik verschlimmert, und der Beschwerdeführer habe weiter delinquent. Die Vorinstanz hält fest, die neue Strafuntersuchung des Bezirksstatthalteramts Arlesheim stütze diese Ausführungen. Aufgrund der Behandlungsverläufe und der schlechten Therapierbarkeit werde keine Massnahme empfohlen, sondern zu einer Freiheitsstrafe geraten, da sich diese aufgrund der geforderten Tagesstruktur prognostisch sogar günstig auswirken könne. Die Vorinstanz erwägt zu Recht, die Voraussetzungen für einen bedingten Vollzug der aufgeschobenen Strafen lägen aufgrund der desolaten Prognose offensichtlich nicht vor. Diese seien vollumfänglich zu vollziehen (Urteil S. 5 f. E. 2.5). Die Massnahme musste infolge Aussichtslosigkeit eingestellt werden. Beim als besonders gefährlich eingestuften Beschwerdeführer ist trotz jahrelanger Behandlung keine Besserung eingetreten, und der Gutachter qualifiziert das Rückfallrisiko für schwerwiegende Straftaten als sehr hoch. Im Lichte dieser Umstände vermag selbst eine allfällige Warnwirkung des Vollzugs der Freiheitsstrafe von 18 Monaten auf den Beschwerdeführer diese ausgesprochen ungünstige Legalprognose nicht erheblich positiv zu verändern. Aufgrund dieser Legalprognose kann dahingestellt bleiben ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen), ob gestützt auf Art. 63b Abs. 4 StGB ein teilbedingter Vollzug möglich ist. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des Beschwerdeführers auf den Zeitablauf seit der ursprünglichen Verurteilung (Beschwerde S. 5 Ziff. 5). Gestützt auf Art. 63b Abs. 2 StGB besteht nämlich keine Möglichkeit, wegen des Zeitablaufs seit der Anordnung der Massnahme vom Vollzug der Freiheitsstrafen abzusehen (Urteil 6B\_499/2011 vom 17. Januar 2012 E. 2.3).

### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Kosten des Verfahrens wären bei diesem Ausgang dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, das gutgeheissen werden kann. Die Bedürftigkeit ist ausgewiesen und die Beschwerde war - insbesondere was die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör betrifft - nicht von vornherein aussichtslos. Daher sind keine Kosten zu erheben ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Der Vertreter des Beschwerdeführers ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

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