

BGer 6B_518/2022 vom 16. Juni 2023

Bundesgericht, 2023-06-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_518_2022

FR: TF 6B_518/2022 du 16 juin 2023

IT: TF 6B_518/2022 del 16 giugno 2023

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung und rügt eine Verletzung von Art. 50 und Art. 47 i.V.m. aArt. 369 Abs. 3 sowie 7 StGB. Er macht zusammenfassend geltend, die Vorinstanz verweise betreffend Strafzumessung auf die Erwägungen der ersten Instanz, die zum Zeitpunkt der Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils jedoch überholt gewesen seien. Die erste Instanz habe die Einsatzstrafe mit Verweis auf drei einschlägige Vorstrafen von 14 auf 20 Monate erhöht. Diese Erhöhung habe sich auf die Gesamtstrafe von 22 Monaten ausgewirkt. Im Zeitpunkt des Entscheids der ersten Instanz sei in seinem Strafregister tatsächlich noch eine 24-monatige bedingte Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Oktober 2011 eingetragen gewesen. Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils vom 4. Februar 2022 hätte dieser Eintrag aber gelöscht sein müssen, da zu diesem Zeitpunkt die zehnjährige Lösungsfrist für bedingte Freiheitsstrafen erreicht gewesen sei. Indem die Vorinstanz diese Änderung übersehe und pauschal auf die zwischenzeitlich überholten Erwägungen der ersten Instanz verweise, wende sie einen wesentlichen Strafzumessungsfaktor bundesrechtswidrig an, der zu einer niedrigeren Strafe hätte führen müssen. Sodann verletze sie ihre Begründungspflicht (Beschwerde S. 5 f.).

E. 1.2

Die Vorinstanz verweist hinsichtlich der Strafzumessung vollumfänglich auf die Erwägungen der ersten Instanz, nachdem sie zum Schluss gelangt, dass der mit Berufung angefochtene Schuldspruch gegen den Beschwerdeführer zu bestätigen, die Strafzumessung der ersten Instanz nachvollziehbar sei und die ausgesprochene Strafe angemessen erscheine (angefochtenes Urteil S. 12 E. III.2).

Die erste Instanz wies in ihrem Urteil darauf hin, dass der Beschwerdeführer mehrere einschlägige Vorstrafen aufweise. Er sei mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Oktober 2011 insbesondere wegen Verbrechens und Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu insgesamt 24 Monaten Freiheitsstrafe, mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. Januar 2017 insbesondere wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Geldstrafe von insgesamt 100 Tagessätzen zu Fr. 50.-- und wiederum mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Dezember 2019 insbesondere wegen Verbrechens und Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 16 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Diese Deliktshistorie zeuge von einer aussergewöhnlichen Unbelehrbarkeit und einer sehr ausgeprägten Gleichgültigkeit gegenüber dem Gesetz. Aufgrund dessen erachtete die erste Instanz eine erhebliche Straferhöhung von 14 Monaten auf 20 Monate als gerechtfertigt (kantonale Akten, act. 33, E. 2.4.2 S. 17).

E. 1.3.1

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA (Strafregistergesetz, StReG) am 23. Februar 2023 wurden die Bestimmungen des sechsten Titels des StGB zum Strafregister aufgehoben. Gemäss Art. 70 Abs. 1 StReG sind die Bestimmungen des StReG auch auf Grundurteile und nachträgliche Entscheide anwendbar, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden sind. Aus dieser Bestimmung ergibt sich der grundsätzliche Vorrang des neuen Rechts. Es besteht kein Raum für die Anwendung der "lex mitior"-Regel. Ein Eintrag, welcher beim Inkrafttreten des StReG im Strafregister aufgeführt war, bleibt weiterhin erhalten, sofern dieser auch nach den neuen Bestimmungen rechtmässig ist (Botschaft vom 20. Juni 2014 zum Strafregistergesetz, BBl 2014 5858). Dementsprechend werden laut Art. 70 Abs. 2 StReG Grundurteile und nachträgliche Entscheide, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden und zu diesem Zeitpunkt nicht in VOSTRA eingetragen sind, nacherfasst. Hingegen nicht nacherfasst werden nach Art. 70 Abs. 3 lit. a StReG Grundurteile und nachträgliche Entscheide, die mehr als zehn Jahre vor Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden sind, es sei denn, die betroffene Person befindet sich noch im Vollzug der Strafe oder Massnahme.

Das angefochtene Urteil erwuchs am 26. Oktober 2011, mithin mehr als zehn Jahre vor Inkrafttreten des StReG, in Rechtskraft und war im Zeitpunkt des Urteils nicht mehr im Strafregister eingetragen. Dessen Nacherfassung im Strafregister nach neuem Recht kommt nach Art. 70 Abs. 3 lit. a StReG deshalb nicht mehr infrage. Folglich ist die Anwendung der Bestimmungen des StReG auch ausgeschlossen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist nach altrechtlichen Vorschriften zum Strafregister zu beurteilen.

E. 1.3.2

Urteile, die eine bedingte Freiheitsstrafe, einen bedingten Freiheitsentzug, eine Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit oder eine Busse als Hauptstrafe enthalten, werden von Amtes wegen nach zehn Jahren entfernt (aArt. 369 Abs. 3 StGB). Der Fristenlauf beginnt mit dem Tag, an dem das Urteil rechtskräftig wird (aArt. 369 Abs. 6 lit. a StGB). Gemäss aArt. 369 Abs. 7 StGB darf die Eintragung nach der Entfernung nicht mehr rekonstruierbar sein. Das entfernte Urteil darf dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden. Das heisst, es dürfen daran keine Rechtsfolgen mehr geknüpft werden, wobei dessen Berücksichtigung bei Begutachtungen vorbehalten bleibt (BGE 135 IV 87 E. 2.3 ff.). Aus dem Wortlaut von aArt. 369 Abs. 7 StGB geht hervor, dass die Wirksamkeit dieses Verwertungsverbots nicht aus dem Zeitablauf, sondern der Entfernung durch einen Akt der für die Führung des Strafregisters zuständigen Behörde resultiert (Urteile 6B_558/2016 vom 29. Juni 2016 E. 1.1; 6B_53/2010 vom 22. April 2010 E. 1.1 mit Hinweisen). Für die Prüfung, ob ein Urteil einem Beschuldigten entgegengehalten werden kann, ist daher ein Strafregisterauszug erforderlich (Urteile 6B_558/2016 vom 29. Juni 2016 E. 1.1; 6B_623/2015 vom 26. November 2015 E. 3.2).

E. 1.4.1

Die Vorinstanz hat einen auf den Beschwerdeführer lautenden Strafregisterauszug am 10. Mai 2021 eingeholt. Auf diesem ist das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Oktober 2011 aufgeführt (kantonale Akten, act. 36). Allerdings hat die Vorinstanz ihr Urteil am 4. Februar 2022 gefällt, mithin knapp neun Monate, nachdem sie den Strafregisterauszug eingeholt hatte, und zu einem Zeitpunkt, in welchem diese Vorstrafe als entfernt zu

betrachten gewesen wäre. Ihr lag demnach zum Urteilszeitpunkt kein aktueller Strafregisterauszug des Beschwerdeführers vor (vgl. BGE 148 IV 356 E. 2.3.1). Gewiss weist dieser zwei weitere Eintragungen vor. Auch geht aus der Strafzumessung der ersten Instanz, welche sich die Vorinstanz per vollumfänglichem Verweis zu ihrer eigenen erklärt hat, keine besondere Gewichtung zwischen den verschiedenen Vorstrafen hervor; die erste Instanz stuft die drei Vorstrafen des Beschwerdeführers im Hinblick auf die zu beurteilende Tat als gleichermassen einschlägig ein. Jedoch geht mit der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Oktober 2011 festgesetzten Vorstrafe eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten einher. Sie stellt somit im Vergleich zu den anderen beiden einschlägigen Vorstrafen (Freiheitsstrafe von 16 Monaten bzw. Geldstrafe von insgesamt 100 Tagessätzen) die schwerste Vorstrafe dar. Trotz des Zeitablaufs mass die erste Instanz dieser Vorstrafe bei der Bewertung des Vorlebens des Beschwerdeführers eine Bedeutung zu, so dass diese für die durch Vorstrafen begründete Straferhöhung entscheidend erscheint.

E. 1.4.2

Aufgrund des engen Sachzusammenhangs zwischen dem Schuld- und Strafpunkt hält die Vorinstanz zu Recht fest, dass die Strafe infolge der teilweisen Anfechtung des Schuldpunkts als mitangefochten gelte. Nachdem sie die Berufung des Beschwerdeführers im Schuldpunkt abgewiesen hat, beschränkte sie sich allerdings darauf, seine Strafe unter Hinweis auf die erstinstanzlichen Erwägungen zu bestätigen. Dabei lässt sie unberücksichtigt, dass die Berufung nach Art. 398 ff. StPO grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 Ziff. 2.9.3.3). Sie verfügt als Berufungsgericht über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO ; BGE 141 IV 244 E. 1.3.3 mit Hinweisen), das - tritt es auf die Berufung ein - ein neues, den erstinstanzlichen Entscheid ersetzendes Urteil fällt (vgl. Art. 408 StPO). Sie hat eine eigene Strafe festzusetzen und nachvollziehbar zu begründen und kann sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Strafzumessungserwägungen begnügen (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020 E. 3.4 mit Hinweisen). Daran ändert die Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren auf die Begründung der Erstinstanz zu verweisen, nichts (vgl. BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil 6B_502/2019 vom 27. Februar 2020 E. 3.4 mit Hinweisen). Mit dem Wegfall des Eintrags einer Vorstrafe im Strafregister lagen im Urteilszeitpunkt veränderte Verhältnisse vor, die gestützt auf ihre umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie aufgrund des engen Sachzusammenhangs zwischen Schuld- und Strafpunkt von der Vorinstanz trotz Abweisung der Berufung im Schuldpunkt als massgeblich zu berücksichtigen gewesen wären (vgl. BGE 144 IV 198 E. 5.4.3). Die Frage der Strafzumessung bildete Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die Vorinstanz hätte die Strafe unter Berücksichtigung des Wegfalls der Vorstrafe neu festsetzen sowie nachvollziehbar begründen müssen und sich nicht mit einem Verweis auf die erstinstanzlichen Erwägungen begnügen dürfen. Die Vorinstanz verletzt mit dem integralen Verweis auf die erstinstanzliche Strafzumessung ihre aus Art. 50 StGB fliessende Begründungspflicht sowie durch die Berücksichtigung des gelöschten Eintrags aArt. 369 Abs. 7 StGB. Dementsprechend ist die Rüge des Beschwerdeführers begründet und die Sache ist zur neuen Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt, die Verweigerung des Aufschubs des Strafvollzugs zu Gunsten der Massnahme verstosse gegen Art. 63 StGB und beruhe auf einer willkürlichen Würdigung des Gutachtens von Dr. med. B. _____ vom 1. März 2021. Er macht zusammenfassend geltend, die Vorinstanz setze sich über die Äusserungen des Gutachters zum Therapieerfolg und dessen Empfehlungen hinweg, indem sie seine soziale Desintegration durch den gleichzeitigen Vollzug der Freiheitsstrafe für seine Behandlung als nicht derart beeinträchtigend einstufe. Ohnehin hätte sie, falls sie das Gutachten als nicht nachvollziehbar betrachte, den Gutachter zu einer Ergänzung bzw. Erläuterung seiner Auffassung auffordern müssen (Beschwerde S. 10 ff.).

E. 2.2

Die Vorinstanz hält fest, es lägen keinerlei Anzeichen dafür vor, dass der Strafvollzug die Erfolgsaussichten einer Therapie erheblich vermindere. Eine solche Gefährdung ergebe sich auch nicht aus der Einschätzung des Gutachters Dr. med. B. _____. Dieser führe zwar aus, dass eine ambulante Behandlung während des Strafvollzugs "suboptimal" verlaufen könnte, da es dem Beschwerdeführer nicht schwer falle, hinter Gefängnismauern abstinert zu bleiben. Weitere Ausführungen dazu lasse das Gutachten allerdings vermissen. Es vermöge daher in diesem Punkt nicht derart zu überzeugen, dass ihm unbesehen gefolgt werden könne. Zwar könne unter den Bedingungen des Strafvollzuges der Therapieerfolg, hinsichtlich der Abstinenz nicht direkt wie in Freiheit überprüft werden. Insofern sei die Haltung des Gutachters nachvollziehbar. Jedoch erscheine dies nicht derart beeinträchtigend für die Behandlung, dass deswegen ein Strafaufschub gewährt werden müsste. Einerseits lebe der Beschwerdeführer bereits seit einiger Zeit abstinert, wenn auch die Rahmenbedingungen der Halbgefangenschaft dafür mitverantwortlich zu sein scheinen, andererseits diene die Behandlung vor allem auch dazu, das Suchtverhalten zu hinterfragen, Handlungsoptionen zu erlernen und die Psyche sowie die Persönlichkeit zu festigen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb diese Form von Behandlung nicht während des Strafvollzugs weitergeführt werden könnte. Dieses Therapiesetting könne ohne Weiteres auch im Strafvollzug fortgesetzt werden und erfahre qualitativ keine derartige Beeinträchtigung, dass der Behandlungserfolg zunichte gemacht würde. Das Gutachten erachte die Weiterführung der Therapie bei Dr. C. _____, bei welcher sich der Beschwerdeführer im Februar 2020 freiwillig in Therapie begeben habe, als zielführend, um der Suchtproblematik zu begegnen und damit die Legalprognose zu verbessern. Dass der Beschwerdeführer für den Strafvollzug aus seinem sozialen und beruflichen Netz gerissen werde, liege in der Natur der Sache und sei Folge der Delinquenz. Es würden keine Anzeichen vorliegen, dass dies für ihn derart unüblich destabilisierende Folgen haben könnte, womit der Behandlungserfolg ausbleiben würde. Der Strafvollzug und die ambulante Massnahme seien vorliegend ohne Weiteres miteinander vereinbar (angefochtenes Urteil S. 15 ff. E. IV.6.3).

E. 2.3.1

Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie auch für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 57 Abs. 1 StGB beide Sanktionen an. Es kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (Art. 63 Abs. 2 Satz 1 StGB). Ein Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht vor, falls eine sofortige Behandlung gute

Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde (BGE 129 IV 161 E. 4.1 mit Hinweisen). Der Strafaufschub hat Ausnahmecharakter und bedarf der besonderen Rechtfertigung (Urteil 6B_1399/2021 vom 7. Dezember 2022 E. 3.2 mit Hinweisen). Er kommt nur in Betracht, wenn die betroffene Person ungefährlich ist (Urteil 6B_1399/2021 vom 7. Dezember 2022 E. 3.2 mit Hinweisen).

Betreffend die Frage, ob die Strafe zugunsten der ambulanten Behandlung aufzuschieben ist, kommt dem Gericht ein Ermessensspielraum zu (vgl. Urteile 6B_986/2021 vom 19. Mai 2022 E. 2.4; 6B_771/2020 vom 9. Februar 2021 E. 2.3.2). Es muss sich bei seiner Entscheid jedoch auf eine sachverständige Begutachtung stützen (BGE 129 IV 161 E. 4.1; Urteil 6B_986/2021 vom 19. Mai 2022 E. 2.3; je mit Hinweisen). Das Gericht darf in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen (BGE 142 IV 49 E. 2.1.3; 141 IV 369 E. 6.1; je mit Hinweisen). Ob das Gericht die in einem Gutachten enthaltenen Erörterungen für überzeugend halten und dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen durfte, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die das Bundesgericht nur unter dem Aspekt der Willkür prüft (vgl. Urteile 6B_1399/2021 vom 7. Dezember 2022 E. 3.2; 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022 E. 5.4.3; 6B_986/2021 vom 19. Mai 2022 E. 2.3).

E. 2.3.2

Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, das heisst, wenn das Gericht in seiner Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Willkürüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

E. 2.4

Dem Einwand des Beschwerdeführers zur Gefahr der sozialen Desintegration kann nicht gefolgt werden. Zum einen vermag er damit nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfällt, wenn sie sich auf das Gutachten von Dr. med. B._____ stützt und anerkennt, dass diesem zufolge eine ambulante Behandlung während des Strafvollzugs "suboptimal" verlaufen würde. Die Beschwerdegegnerin hebt in ihrer Beschwerdeantwort richtig hervor, dass der Gutachter damit lediglich einen nicht idealen Verlauf der Therapie während des Strafvollzugs prognostiziert. Dieser lässt Raum für die von der Vorinstanz gezogene Schlussfolgerung, wonach der Strafvollzug die Erfolgsaussichten einer Therapie dennoch nicht erheblich vermindern würde. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers kann von einer klaren gutachterlichen Empfehlung für einen Aufschub des Strafvollzugs gemäss Art. 63 Abs. 2 StGB nicht die Rede sein (Beschwerde S. 12 sowie Replik Rz. 2). Damit ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die Vorinstanz auf ein Gutachten gestützt hat, das einer Ergänzung oder Erläuterung bedürfte. Zum anderen weist die Vorinstanz bezüglich der Gefahr der sozialen Desintegration zutreffend darauf hin, es sei eine Folge der Delinquenz, dass der Beschwerdeführer aus seinem sozialen und beruflichen Netz gerissen werde. Die Vorinstanz gelangt namentlich zu ihrem Schluss unter

Hinweis auf die Abstinenz des Beschwerdeführers in der bisherigen Halbgefangenschaft sowie auf die Art seiner Behandlung, die darauf ausgerichtet ist, das Suchtverhalten zu hinterfragen, Handlungsoptionen zu erlernen und die Psyche sowie die Persönlichkeit zu festigen. Diese Form der Behandlung könne ohne Weiteres auch im Strafvollzug fortgesetzt werden, ohne dabei qualitativ eine derartige Beeinträchtigung zu erfahren, dass der Behandlungserfolg erheblich beeinträchtigt würde. Gegen diese Argumente der Vorinstanz bringt der Beschwerdeführer nichts Wesentliches vor. Die von ihm angeführte Gefahr seiner sozialen Desintegration genügt nach der Rechtsprechung nicht, um einen Aufschub der Freiheitsstrafe anzuordnen (vgl. Urteil 6B_53/2017 vom 2. Mai 2017 E. 1.4.3 mit Hinweisen). Aussergewöhnliche Umstände, die das durchschnittliche Mass übersteigen, macht er nicht geltend und sind nicht erkennbar. Die vorinstanzliche Anordnung einer ambulanten Behandlung des Beschwerdeführers ohne Aufschub des Strafvollzugs ist demnach nicht zu beanstanden. Die Rügen des Beschwerdeführers erweisen sich als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 3

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und die Sache zur neuen Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Deshalb fällt der vom Beschwerdeführer beantragte reformatorische Entscheid durch das Bundesgericht ausser Betracht. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführer im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Kanton Zürich sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen wird er gestützt auf Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG verpflichtet, dem Beschwerdeführer im Umfang dessen Obsiegens eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.

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