

ZH_OBERGERICHT SB140126 vom 27. Juni 2014

ZH Obergericht, 2014-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140126

FR: ZH_OBERGERICHT SB140126 du 27 juin 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB140126 del 27 giugno 2014

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 30. September 2013 des versuchten Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1

- 6 - StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB, der Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen im Sinne von Art. 239 Ziff. 1 StGB, der mehrfachen vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG, teilweise in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG, Art. 32 Abs. 2 SVG, Art. 4a VRV und Art. 22 SSV, teilweise in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG und Art. 3 Abs. 1 VRV, des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 und 2 VRV, des mehrfachen Fahrens trotz Entzug des Führerausweises im Sinne von Art. 95 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 SVG, der vorsätzlichen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG und Art. 3 Abs. 1 VRV, der Entwendung zum Gebrauch im Sinne von Art. 94 Ziff. 3 SVG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 aBetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG schuldig gesprochen. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von 35 Monaten bestraft, als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden vom 15. April 2013 ausgefallten Strafe, unter Anrechnung von 25 Tagen Haft sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.–. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 23 Monaten aufgeschoben, bei einer Probezeit von 4 Jahren und im Übrigen vollzogen. Ferner wurde eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet, ohne den vollziehbaren Teil der Strafe zugunsten der Massnahme aufzuschieben. Schliesslich wurde über die beschlagnahmten Gegenstände und die Schadenersatzbegehren der Privatkläger befunden (HD Urk. 132 S. 24 f.).

E. 1.2

Das vorinstanzliche Urteil wurde dem Beschuldigten, der Staatsanwaltschaft sowie dem Privatkläger B. _____ anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. September 2013 mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 23). Die Berufungsanmeldung des Beschuldigten erfolgte fristgerecht mit Eingabe vom 3. Oktober 2013 (HD Urk. 131). Das schriftlich begründete Urteil (HD Urk. 132) wurde dem Beschuldigten am 6. Februar 2014 zugestellt (HD Urk. 133).

E. 1.3

Mit Schreiben vom 25. Februar 2014 reichte der Beschuldigte fristgerecht die Berufungserklärung ein, mit welcher er die Berufung auf die Bemessung und den Vollzug der Freiheitsstrafe sowie gegebenenfalls den Aufschub der Strafe zugunsten der ambulanten Behandlung beschränkte (HD Urk. 136; Dispositiv- Ziffern 2, 4 und 7). Anschlussberufung wurde nicht erhoben, die Staatsanwaltschaft ersuchte indes um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welcher Antrag mit Datum vom 5. Mai 2014 bewilligt wurde (HD Urk. 141).

E. 1.4

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 1 zu Art. 402; Art. 437 StPO). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 30. September 2013 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuld- punkt), 3 und 5 (Busse betr. Übertretungen und Ersatzfreiheitsstrafe), 6 (ambulan- te Massnahme), 8 - 10 (Einziehungen), 11 (Zivilansprüche), sowie 12 - 14 (Kos- tendispositiv) rechtskräftig wurde.

E. 1.5

Der Beschuldigte liess den Beweisantrag stellen, wonach dem Gerichts- gutachter zusätzlich die Frage nach der Beeinträchtigung des Behandlungserfolgs der ambulanten Behandlung zu stellen sei, sollte die Freiheitsstrafe vollzogen werden (HD Urk. 136 S. 3; HD Urk. 148 S. 2). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen (vgl. Erwägung 4.2.) ergibt, besteht kein Anlass, eine solche Gut- achtensergänzung erstellen zu lassen.

E. 2

Strafe

E. 2.1

Die Verteidigung beantragt, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 24 Monaten zu bestrafen (HD Urk. 136 S. 2; HD Urk. 148 S. 1). Die Staatsanwaltschaft trägt auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an (HD Urk. 141).

- 8 -

E. 2.2

Die Vorinstanz fällte die verhängte Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden vom 15. April 2013 ausgefallten Geldstrafe aus (HD Urk. 132 S. 24).

E. 2.2.1

Gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB bestimmt das Gericht, wenn es eine Tat zu beurteilen hat, die der Täter beging, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt wurde, die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Somit soll das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, über die zeit- lich zusammen hätte befunden werden können, nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden. Die Zusatzstrafe gleicht dementspre- chend die Differenz zwischen der ersten Einsatz- oder Grundstrafe und der hypo- thetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Gerichts

bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre. Eine Zusatzstrafe kann aber nur dann ausgefällt werden, wenn eine zur Grundstrafe gleichartige Strafe gegeben ist (BGE 137 IV 57).

E. 2.2.2

Die Vorinstanz hat sich in den Erwägungen nicht dazu geäußert, inwiefern sie die Zusatzstrafe bemessen hat. Es ist nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohnehin nicht möglich, eine Zusatzstrafe zur mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Nidwalden vom 15. April 2013 ausgefallenen Geldstrafe auszufällen, da vorliegend eine Freiheitsstrafe auszusprechen sein wird und demzufolge keine gleichartigen Strafen vorliegen. Der angefochtene Entscheid ist entsprechend zu korrigieren.

E. 2.3

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe des schwersten Delikts und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb die-

- 9 - ses Strafraums festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen strafehöhernden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren.

E. 2.4

Die Vorinstanz hat die fraglichen Grundsätze der Strafzumessung aus Gesetz und Rechtsprechung zutreffend zitiert und den abstrakten Strafraum richtig festgelegt (HD Urk. 132 S. 8). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist darauf zu verweisen.

E. 2.5

Betreffend die objektive Tatschwere hat die Vorinstanz richtigerweise hervorgehoben, dass der Beschuldigte durch den Einsatz einer Sturmhaube und einer Spielzeugwaffe Elemente von Planung und krimineller Energie offenbarte. Wie ferner ausgeführt, bestand aber keine erhöhte Gefahr, dass sich eine Person im Bus hätte Verletzungen zuziehen können. Die Spielzeugwaffe stellt ein eher geringfügiges Nötigungsmittel dar, auch wenn sie echt wirkte. Dass der Beschuldigte kein Geld erbeutete (Versuch), relativiert das Verschulden nur marginal, da der fehlende tatbestandsmässige Erfolg am couragierten Verhalten des Chauffeurs scheiterte.

E. 2.6

Das Verschulden des Beschuldigten wiegt in objektiver Hinsicht unter Berücksichtigung aller Umstände nicht mehr leicht; das von der Vorinstanz veranschlagte mittelschwere Verschulden bedingte nämlich eine Strafe im oberen Segment des mittleren Bereichs des Strafraums bis zehn Jahre Freiheitsstrafe.

E. 2.7

Betreffend das subjektive Verschulden des Beschuldigten kann auf die zu- treffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 132 S. 11 f.), mit der Präzisierung, dass auch hier von einem nicht mehr leichten Verschulden zu sprechen ist.

- 10 -

E. 2.8

Insgesamt erweist sich für den versuchten Raub im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB eine Einsatzstrafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe als ange- messen.

E. 2.9

Straferhöhend wirken sich die weiteren Delikte, d.h. die mehrfachen Dieb- stähle, die Sachbeschädigung, der mehrfache Hausfriedensbruch, die Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen sowie die Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz (mehrfache grobe Verletzung der Verkehrsregeln, Fah- ren in fahrunfähigem Zustand, mehrfaches Fahren trotz Entzug des Führeraus- weises) aus.

E. 2.10

Auch diesbezüglich kann mit folgenden Präzisierungen und Ergänzungen auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Der Deliktsbetrag bei den beiden Diebstählen war erheblich und betrug rund Fr. 30'000.–, der verur- sachte Sachschaden etwa Fr. 1'500.–. Letztlich wohl aus Frust über den geschei- terten Raub entwendete der Beschuldigte den Zündschlüssel des Postautos und verursachte damit einen Unterbruch des Busbetriebs für ca. 30 Minuten. Zu Recht hat die Vorinstanz die in echter Idealkonkurrenz begangene grobe Verletzung der Verkehrsregeln hervorgehoben, bei welcher der Beschuldigte sowohl hinsichtlich der Geschwindigkeit als auch betreffend die Aufmerksamkeit auf den Strassen- verkehr eine gravierende abstrakte Gefährdung für weitere Strassenverkehrsteil- nehmer schuf. Dass dem Beschuldigten diese Straftat nur deshalb nachgewiesen werden konnte, weil er gemäss seinem Verteidiger "so naiv war, den Tacho mit seinem iPhone zu filmen", kann ihm nicht zugute gehalten werden (HD Urk. 148 S. 4). Für sich alleine betrachtet hätte diese Tat ebenfalls eine Strafe in der Grös- senordnung von 18 Monaten Freiheitsstrafe gerechtfertigt. Der vom Bezirksgericht Affoltern in diesem Zusammenhang vorgenommene Einbezug der Entwendung zum Gebrauch erscheint indes als unzulässig, da es sich hierbei um eine Übertre- tung handelt, die durch die ausgefallte Busse zu ahnden war. Hingegen ist das mehrfache Fahren trotz Entzug des Führerausweises mit zu berücksichtigen. Da- bei erscheint insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte nur wenige Tage nach Kenntnisnahme des Entzugs wiederholt ein Fahrzeug lenkte, als Zeichen ei- ner Impertinenz und Unbelehrbarkeit, die in einer Alleinbetrachtung zu einer Stra-

- 11 - fe in der Grössenordnung von 60 Tagen Geldstrafe geführt hätte; das Fahren in fahrunfähigem Zustand wiegt etwa halb so schwer. Zusammenfassend und unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe von 18 Monaten um 18 Monate zu erhöhen, weshalb eine Strafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe dem gesamten Verschulden des Beschuldigten als angemessen erscheint.

E. 2.11

Bezüglich der Darlegung der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 132 S. 14). Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung wären.

E. 2.12

Der Beschuldigte weist – wie von der Vorinstanz zutreffend erwähnt – zwei einschlägige Vorstrafen aus den Jahren 2006 und 2007 auf (HD Urk. 100). Dies wirkt sich strafferhöhend aus, wie auch die Delinquenz während des laufenden Strafverfahrens.

E. 2.13

Dass sich der Beschuldigte geständig zeigte, Reue erkennen liess, sich im Herbst 2012 selbständig einer stationären Massnahme unterzog und die lange Dauer des Verfahrens vor erster Instanz sind hingegen strafmindernd zu veranschlagen.

E. 2.14

Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich. Die gegebenen Straferhöhungs- und -minderungsgründe führen zu einer Reduktion der Strafe im Umfang eines Sechstels.

E. 2.15

Damit erweist sich eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessene Sanktion. Darauf anzurechnen sind 25 Tage, die durch die Untersuchungshaft erstanden sind (Art. 51 StGB).

E. 3

Vollzug

E. 3.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet die Anordnung einer Massnahme zugleich eine ungünstige Prognose, so dass eine gleichzeitig

- 12 - ausgefallte Strafe nicht bedingt gemäss Art. 42 oder teilbedingt gemäss Art. 43 StGB aufgeschoben werden kann. Dies gilt auch, wenn eine ambulante Massnahme ausgesprochen wird (BGE 135 IV 180 E. 2.3; ferner Urteil des Bundesgerichts 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 2 mit Hinweisen).

E. 3.2

Wie eingangs erwähnt ist in casu die Anordnung einer ambulanten Massnahme in Rechtskraft erwachsen. Eine bedingte bzw. teilbedingte Strafe erweist sich demnach angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung per se als unzulässig. Aufgrund des Verbotes der reformatio in peius ist dem Beschuldigten jedoch der teilbedingte Strafvollzug im gleichen Verhältnis (gerundet) wie im vorinstanzlichen Entscheid zu gewähren.

E. 3.3

Somit ist der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 20 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren aufzuschieben und im Übrigen (10 Monate abzüglich 25 Tage erstandener Haft) zu vollziehen.

E. 4

Aufschub der Strafe zugunsten der Massnahme

E. 4.1

Nach Art. 63 Abs. 2 StGB kann das Gericht den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme auf- schieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Es ist jedoch vom Ausnahmecharakter des Strafaufschubs auszugehen. Grundsätzlich wird die am- bulante Massnahme gleichzeitig mit dem Strafvollzug durchgeführt. Ein Aufschub muss sich aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen (vgl. BGE 129 IV 161 E. 4.1 und E. 4.3; Urteil 6B_495/2012 vom 6. Februar 2013 E. 6.2; je mit Hinweisen). Mit anderen Worten geht die Therapie vor, wenn bei einem Straf- aufschub gute Resozialisierungschancen bestehen, welche der Vollzug der Frei- heitsstrafe klar verhindern oder vermindern würde. Dabei muss die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung wirklich vorhanden sein. Bestehen die Erfolgsaus- sichten einer ambulanten Behandlung nur auf lange Frist oder in eher bescheide- nem Ausmass, sind die Voraussetzungen für einen Strafaufschub nicht erfüllt (Heer in BSK StGB I, N 48 zu Art. 63).

- 13 - Weder aus dem Gutachten (Urk. 56) noch dessen Ergänzung (Urk. 104) geht ex- plizit hervor, ob der ambulanten Behandlung des Beschwerdeführers auch bei gleichzeitigem Strafvollzug Rechnung getragen werden kann (vgl. auch Fragenka- talog der Vorinstanz [Urk. 50, 99]). Gestützt auf Art. 56 Abs. 3 StGB wäre indes grundsätzlich auch die Frage nach den Auswirkungen des Strafvollzugs auf den Heilungserfolg durch einen Gutachter zu beurteilen. Da der Beschuldigte ange- sichts seiner Arbeitstätigkeit den vollziehbaren Teil der Strafe voraussichtlich in Halbgefängenschaft wird verbüssen können (Art. 77b StGB), ist auch ohne Bei- zug einer fachkundigen Einschätzung nicht erkennbar, inwiefern die Massnahme mit dem Strafvollzug unvereinbar sein sollte. Die Strafvollzugsform der Halbge- fängenschaft ist ohne Zweifel schwieriger als ein Aufschub der Strafe – insbeson- dere für die Beziehungspflege und angesichts des langen Arbeitswegs – doch ist klar festzuhalten, dass ein allfällig auszustehender Strafvollzug und dessen nach- teilige Folgen für den Beschuldigten nicht der Justiz anzulasten ist. Der Beschul- digte hat die Konsequenzen seines Verhaltens zu tragen. Im Weiteren rechtferti- gen rein organisatorische Schwierigkeiten und damit einher gehende wirtschaftli- che Einbussen keinen Aufschub des Strafvollzugs zu Gunsten einer Massnahme. Dem Beschuldigten stünde es schliesslich auch offen, in der Vollzugseinrichtung um Beziehungsurlaub nachzusuchen. Es kommt hinzu, dass der Beschuldigte durch die Gewährung des teilbedingten Vollzugs bereits sinngemäss in den Ge- nuss eines Aufschubs kommt. Bei der ausgesprochenen Strafe von 30 Monaten wäre aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit ein Strafaufschub nur noch zu- rückhaltend zu bejahen gewesen (vgl. BGE 120 IV 1, E. 2), insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beschuldigte gemäss seiner eige- nen und der Angabe seines Therapeuten die Behandlung bei Dr. med. C._____ "etwa monatlich" – somit eher selten – wahrnimmt (HD Urk. 147/1; Prot. II S. 14). Der Beschuldigte hat offenbar in der Vergangenheit einen Suizidversuch unter- nommen und hatte mit Suizidgedanken zu kämpfen (Prot. II S. 14; HD Urk. 150 S. 6). Dies ist zwar nicht ausser Acht zu lassen. Indessen wird der seelische Zu- stand des Beschuldigten in einem aktuellen Arztzeugnis von Dr. med. C._____ als empfindlich bezeichnet, eine akute Suizidgefährdung jedoch nicht erwähnt (HD Urk. 147/1). So liegt die Beurteilung der Hafterstehungsfähigkeit denn auch in der

- 14 - Kompetenz des Justizvollzugs. Ein Strafaufschub zugunsten der ambulanten Massnahme ist im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung nicht angezeigt, entgegen der unbegründeten Auffassung des Therapeuten des Beschuldigten (HD Urk. 121/3).

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 5.1

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

E. 5.2

Beim vorliegenden Verfahrensausgang, bei dem der Beschuldigte mit seiner Berufung eine teilweise Reduktion des Strafmasses erreicht, im Übrigen aber unterliegt, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zu zwei Dritteln; der andere Drittel ist in Anwendung von Art. 436 Abs. 2 StPO definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

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