Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.247/2002 /kra

Urteil vom 3. März 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Albrecht,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Strafzumessung (Widerhandlung gegen das BetmG),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,
vom 11. April 2002.

Sachverhalt:
A.
Mit Entscheid vom 6. September 1999 verurteilte das Bezirksgericht Zürich X._____, geboren 1975, wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu drei Jahren Gefängnis. Auf seine Berufung hin bestätigte das Obergericht das Urteil im Schuldpunkt und setzte das Strafmass - als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 6. November 1999 (60 Tage Gefängnis wegen Körperverletzung) - auf zwei Jahre und vier Monate Gefängnis fest.
B.
Gegen das Urteil des Obergerichts erhob X._____ eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils beantragte. Er suchte ausserdem um aufschiebende Wirkung für die Beschwerde und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung nach. Er erhob ausserdem kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich. Das Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Bundesgericht bis zum Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich sistiert.
C.
Mit Beschluss vom 21. Juni 2003 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Dagegen erhob X._____ staatsrechtliche Beschwerde, mit welcher er die Aufhebung des Beschlusses des Kassationsgerichts beantragte. Ausserdem suchte er um aufschiebende Wirkung für die Beschwerde und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung nach.
D.
Mit Verfügung vom 25. September 2003 erkannte der Präsident des Kassationshofes der staatsrechtlichen Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts aufschiebende Wirkung zu.
E.
Mit Entscheid vom heutigen Tag hat das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich abgewiesen, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil

des Obergerichts des Kantons Zürich nun zu behandeln ist.
F.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichtet auf Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Dabei hat der Beschwerdeführer kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einwände, Bestreitungen und Beweismittel sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP; BGE 126 IV 65 E. 1, mit Hinw.).
2.
Gemäss den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen liegt dem angefochtenen Urteil folgender Sachverhalt beziehungsweise folgende Prozessgeschichte zu Grunde. Der Beschwerdeführer wurde am 6. September 1999 wegen Drogenhandels zu drei Jahren Gefängnis verurteilt. Am 6. November 1999 erging gegen den Beschwerdeführer ein Strafbefehl über 60 Tage Gefängnis wegen einer am 5. November 1999 begangenen einfachen Körperverletzung. Auf Berufung gegen das bezirksgerichtliche Urteil hatte die Vorinstanz u.a. das Strafmass für die Drogendelikte neu festzusetzen und, ebenfalls neu, formell eine Zusatzstrafe zum Strafbefehl über 60 Tage Gefängnis auszusprechen. Aufgrund eines medizinischen Gutachtens, das im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens erstellt wurde, anerkannte die Vorinstanz sowohl hinsichtlich Drogenhandels wie auch, nachträglich, hinsichtlich des Körperverletzungsdeliktes eine leicht verminderte Zurechnungsfähigkeit. Der Gutachter hatte beim Beschwerdeführer ein organisches Psychosyndrom im Sinne einer kognitiven Störung diagnostiziert, die er auf eine im Rahmen eines Motorradunfalls im Jahre 1988 erlittene Hirngewebeschädigung zurückführte. Aufgrund dieses Gutachtens stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Revision des Strafbefehls wegen Körperverletzung. Die Vorinstanz sprach ihr Urteil, ohne den Entscheid über das hängige Revisionsgesuch abzuwarten. Sie trug der auch für die Körperverletzung vom 5. November 1999 von ihr anerkannten verminderten Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers bei der Bemessung der Zusatzstrafe Rechnung.
3.
Der Beschwerdeführer bringt vor, das Obergericht verstosse mit seinem Vorgehen gegen den Grundsatz, wonach die Rechtskraft eines ersten Urteils, zu dem in Anwendung von Art. 68 Ziff. 2 StGB eine Zusatzstrafe auszusprechen sei, nicht angetastet werden dürfe. Ausserdem lege es nicht offen, wie es die Strafe im Einzelnen bemesse. Das Urteil genüge deshalb den von der Rechtsprechung aus Art. 63 StGB abgeleiteten Begründungsanforderungen nicht. Schliesslich verstosse die Vorinstanz gegen Art. 13 StGB, weil ein medizinisches Gutachten für den Fall der Körperverletzung nicht eingeholt worden sei und der Gutachter, welcher den Beschwerdeführer wegen dessen Betäubungsmitteldelinquenz zu untersuchen hatte, keine Kenntnis der Körperverletzung gehabt habe.
4.
Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt der Richter die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 68 Ziff. 2 StGB).

Die Strafe, die sich der ersten anfügt, wird im Gegensatz zur Gesamtstrafe (peine d'ensemble, pena unica) Zusatzstrafe (peine complémentaire ou additionnelle ou supplémentaire, pena addizionale) genannt (BGE 116 IV 14 E. 2a S. 16 f. mit Hinweisen). Die Zusatzstrafe gleicht die Differenz zwischen der ersten, Einsatz- oder Grundstrafe, und der Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre. Bei der Bemessung der gedanklich zu bestimmenden Zusatzstrafe ist der Richter sowohl in Bezug auf die Strafart als auch hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheid gebunden (vgl. BGE 116 IV 14 E. 2a und b; 109 IV 90 E. 2d S. 93 mit Hinweisen). Hingegen darf der Richter das erste, rechtskräftig gewordene Urteil im Dispositiv nicht antasten. So ist insbesondere der

gegebenenfalls gewährte bedingte Vollzug für die erste Strafe zu beachten. Das Vorgehen bei der Festsetzung der Strafe und die Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung bei retrospektiver Realkonkurrenz wurden vom Bundesgericht in mehreren Urteilen ausführlich dargelegt (129 IV 113 E. 1.1, mit Hinweisen). Die Vorinstanz stellt richtigerweise fest, dass sie eine
Gesamtwürdigung vorzunehmen habe. Dabei sei von der hypothetischen Annahme auszugehen, dass zum Zeitpunkt des früheren Urteils bereits alle Taten und alle weiteren für die Strafzumessung relevanten Belange bekannt gewesen wären. Das könne dazu führen, dass die frühere Strafe, für sich betrachtet, als zu hoch erscheine. Zwar könne das frühere Urteilsdispositiv nicht abgeändert werden, es sei dem strafmindernden Umstand jedoch bei der Bemessung der Zusatzstrafe Rechnung zu tragen.

Die Vorinstanz verfährt in der Folge im Sinne dieser Vorgabe: Sie nimmt aufgrund des später erstellten psychiatrischen Gutachtens an, dass der Beschwerdeführer auch hinsichtlich des Körperverletzungsdelikts nur beschränkt zurechnungsfähig war. Sie fällt im Ergebnis ein Strafe von 30 Monaten Gefängnis aus (zwei Monate gemäss Strafbefehl und 28 Monate als Zusatzstrafe), im Unterschied zu 38 Monaten Gefängnis als Resultat des Strafbefehls und des Urteils des Bezirksgerichts. Nach dem Gesagten ist dieses Vorgehen nicht bundesrechtswidrig, zumal im Ergebnis gewährleistet ist, dass der Beschwerdeführer wegen der Zweiteilung des Verfahrens nicht härter bestraft worden ist, als er bei Ausfällung einer Gesamtstrafe bestraft worden wäre. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

5.

Für die Bemessung der Strafe billigt das Bundesgericht dem kantonalen Sachrichter ein erhebliches Ermessen zu. Gemäss den von der Rechtsprechung zu Art. 63 ff. StGB entwickelten Grundsätzen hat der Sachrichter aber seine Überlegungen zur Strafzumessung - Strafrahmen, straferhöhende und strafmindernde Faktoren etc. - so darzustellen, dass erkennbar wird, von welchen Grundsätzen er sich leiten liess, welche Gesichtspunkte er berücksichtigte und wie er diese gewichtete. Zusätzliche Anforderungen gelten für die Begründung von Zusatzstrafen (BGE 118 IV E. 2). Würden diese Anforderungen nicht erfüllt, fehlte einem Betroffenen die Handhabe, die Strafzumessung begründet zu beanstanden, und eine Rechtsmittelinstanz wäre nicht in der Lage, die Strafzumessung auf ihre Rechts- und Ermessenskonformität hin zu überprüfen.

Im vorliegenden Fall legt die Vorinstanz nicht detailliert dar, wie hoch es die Strafen für das Körperverletzungsdelikt und für die Drogendelikte ansetzt. Insoweit leidet das Urteil an einem gewissen Mangel. Das Urteil hält dennoch - sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung - vor Bundesrecht stand: Die Strafzumessung ist insgesamt sorgfältig begründet, die in Anschlag gebrachten Kriterien sind vollständig und ermessenskonform gewürdigt. Der geltend gemachte Mangel fällt insofern nicht ins Gewicht, als sich die Gewichtung der einzelnen Taten unschwer aus dem Urteil erschliessen lässt: Gegenüber dem Resultat der zunächst getrennt ermittelten Strafmasse von 38 Monaten reduzierte die Vorinstanz das Gesamtstrafmass auf 30 Monate und damit um knapp einen Viertel. Die Begründung für diese Reduktion liegt in der festgestellten leicht verminderten Zurechnungsfähigkeit, welche die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für das Körperverletzungsdelikt und für die Betäubungsmitteldelikte gleichermassen zubilligt. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz die Strafe für das Körperverletzungsdelikt auf ungefähr eineinhalb Monate und damit die Zusatzstrafe etwa einen halben Monat tiefer ansetzte, als sie es getan hätte, wenn
der Beschwerdeführer für das Körperverletzungsdelikt voll zurechnungsfähig gewesen wäre. Die Beschwerde ist demnach auch in diesem Punkt unbegründet. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht vorbringt, er halte die Strafzumessung für falsch, könne sie aber mangels differenzierterer Ausführungen der Vorinstanz nicht anfechten. Er erhebt insbesondere keine Einwände gegen das Strafmass.

6.

Art. 13 Abs. 1 StGB schreibt vor, dass ein Beschuldigter psychiatrisch zu begutachten ist, wenn Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit bestehen.

Im Strafbefehlsverfahren wegen Körperverletzung bestanden keine Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers. Dieser wurde erst im Zusammenhang mit den ihm vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikten neurologisch und psychiatrisch begutachtet. Der Gutachter, der vom Körperverletzungsdelikt keine Kenntnis hatte, kam zum Schluss, der Beschwerdeführer sei wegen einer 1988 erlittenen Hirnverletzung vermindert einsichtsfähig. Die Vorinstanz stützt ihr Erkenntnis betreffend die leichtgradig verminderte Zurechnungsfähig-

keit auf dieses Gutachten ab, und zwar nicht nur hinsichtlich des Betäubungsmittelhandels, sondern rückwirkend auch hinsichtlich der Körperverletzung. Diese Entscheidgrundlage ist offensichtlich genügend, auch wenn der Gutachter von der Körperverletzung keine Kenntnis hatte, zumal der psychiatrische Befund auf einer vorbestehenden organischen Ursache beruht. Es ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Erkenntnisse von einer erneuten, explizit auf das Körperverletzungsdelikt bezogenen Neubegutachtung erwartet werden könnten. Die Vorinstanz hat Art. 13 Abs. 1 StGB somit nicht verletzt, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt unbegründet ist.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist. Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Das Gesuch ist abzuweisen, da die Beschwerde von Anfang an aussichtslos war (Art. 152 Abs. 1 OG). Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 278 Abs. 1 BStP). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Bemessung der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. März 2004

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: