Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.22/2006 /Rom

Urteil vom 7. April 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Weissenberger.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hugo Werren,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Strafzumessung (schwere Körperverletzung usw.),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 17. Oktober 2005.

Sachverhalt:
A.
Mit kantonal erstinstanzlichem Urteil vom 17. Oktober 2005 sprach das Obergericht des Kantons Zürich X._____ der schweren Körperverletzung (Art. 122 Abs. 1 StGB), der mehrfachen einfachen Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB), der mehrfachen Tätlichkeiten (Art. 126 Abs. 1 und 2 StGB), des Diebstahls, des Hausfriedensbruchs sowie der geringfügigen Sachbeschädigung schuldig und bestrafte ihn mit acht Jahren und acht Monaten Zuchthaus. Ferner ordnete das Gericht eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ohne Aufschub des Strafvollzugs an und erklärte zwei Vorstrafen aus dem Jahr 2004 für vollziehbar.

Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:
A.a In der Zeitspanne von Februar bis ca. 7. Mai 2004 schlug X._____ seinen Sohn Y._____ (geb. 17. Juli 2002) wiederholt. Er fügte ihm dabei einen Knorpelbruch an der 4. Rippe rechts, Knochenbrüche der Knorpelknochengrenzen der 4. bis 9. Rippe rechts, eine Schädelfraktur von der rechten Kopfseite über die Hinterhauptschuppe bis zur linken Kopfseite sowie einen verschobenen Oberschenkelbruch rechts zu. Diese Verletzungen bewirkten keine unmittelbare Lebensgefahr.

Vor dem 14. Mai 2004 ohrfeigte X._____ mehrfach seinen Sohn Y._____ und schlug ihm mit der Faust stark in den Bauch. Y._____ erlitt dadurch einen Dünndarmabriss und Einblutungen des Darmaufhängebandes und als Folge davon eine Bauchfellentzündung, was am 14. Mai 2004 einen lebensbedrohlichen Zustand bewirkte. Trotz einer Notoperation verstarb Y._____ am 15. Mai 2004 an einem Multiorganversagen.
A.b In den Monaten vor dem 14. Mai 2004 versetzte X._____ seinen vier anderen Kindern ab und zu Ohrfeigen und Fusstritte in das Gesäss.
A.c Am 21./22. Februar 2004 schnitt X._____ mit einem Komplizen den Maschendrahtzaun eines Hühnerhofs auf und entwendete aus dem Hühnerstall zwölf Legehennen im Gesamtwert von Fr. 350.–.

B.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Oktober 2005 in Bezug auf das Strafmass aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Jahren auszusprechen sei.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat grundsätzlich auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet. Es verweist ergänzend darauf, dass die Behauptung des Beschwerdeführers, das Gericht habe sich im Gerichtssaal durch Emotionen leiten lassen, nicht zutreffe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Soweit der Beschwerdeführer mehr verlangt als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ist auf sein Rechtsmittel nicht einzutreten, da die Nichtigkeitsbeschwerde rein kassatorischer Natur ist (Art. 277ter Abs. 1 BStP).
2.
Der Beschwerdeführer wendet sich einzig gegen die Strafzumessung. Er macht geltend, die Vorinstanz habe sich offensichtlich durch Emotionen im Gerichtssaal leiten lassen und eine unhaltbar hohe Strafe ausgesprochen, welche insbesondere sein Verschulden und seine persönlichen Verhältnisse nicht hinreichend berücksichtige. Auszugehen sei vom Strafrahmen für die schwere Körperverletzung als schwerste Tat von sechs Monaten Gefängnis bis 10 Jahren Zuchthaus. Dieser Strafrahmen sei wegen Deliktsmehrheit nur theoretisch zu erweitern. Die Tat- und Deliktsmehrheit könne sich im Gesamtbild der zu beurteilenden Taten nur geringfügig auswirken. Ferner habe die Vorinstanz die verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 11 StGB nicht hinreichend strafmildernd gewertet und die bejahte Strafmilderung bundesrechtswidrig mit Straferhöhungsgründen kompensiert. Die Vorinstanz hätte für die vom Gutachten bejahte mittelgradige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit eine Strafmilderung im Umfang von 40% und nicht bloss 25% vornehmen müssen. Sodann seien die schwere Jugend, das abgelegte volle Geständnis, die Reue und Einsicht in das begangene Unrecht und die eigene Betroffenheit des Beschwerdeführers gar nicht, zu wenig oder gar zu seinen
Ungunsten gewertet worden.
3.
Die Vorinstanz geht vom Strafrahmen der schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB als schwerste Tat aus. Der Strafrahmen reicht von sechs Monaten Gefängnis bis 10 Jahren Zuchthaus (Art. 122 Abs. 4 StGB). Die Vorinstanz stellt sodann fest, dass der Beschwerdeführer mehrere Straftatbestände erfüllt hat, sowie teilweise eine mehrfache Tatbegehung gegeben ist. In Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sei deshalb die Dauer der auszufällenden Strafe angemessen zu erhöhen. Der Strafrahmen würde sich nach oben theoretisch auf 15 Jahre Zuchthaus erhöhen. Die Berücksichtigung der Delikts- bzw. teilweisen Tatmehrheit wirke sich im beurteilten Fall jedenfalls straferhöhend aus.

Das Tatverschulden in Bezug auf die im Vordergrund stehende Tat wiege insgesamt schwer bis sehr schwer. Der Beschwerdeführer habe seinen Sohn Y._____ über eine längere Dauer körperlich massiv misshandelt und sei dabei äusserst brutal vorgegangen. Die Handlung, welche zum Tod des Sohnes geführt habe, liege im Grenzbereich zur eventualvorsätzlichen Tötung und sei äusserst gravierend. Die Überforderung des Beschwerdeführers mit seiner Vaterrolle und der Umstand, dass er Weinen und Schreie nicht ertrage, liessen das subjektive Verschulden nicht geringer erscheinen. Im Vergleich zur Haupttat würden die Tätlichkeiten gegenüber den anderen Kindern deutlich in den Hintergrund treten. Beim Einbruchdiebstahl sei die objektive Tatschwere noch als leicht zu werten.

In subjektiver Hinsicht liege eine verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 11 StGB vor. Der psychiatrische Gutachter habe beim Beschwerdeführer Hinweise auf eine Entwicklungsstörung im Kindesalter mit aggressivem Verhalten festgestellt. Gemäss dem Gutachter zeige der Beschwerdeführer psychopathologisch zwar ein mittelgradig depressives Zustandsbild, doch verfüge er über ein klar strukturiertes Denken und eine gute Realitätskontrolle. Es sei eine dissoziale Persönlichkeitsstörung mit deutlichen Anteilen einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typus gegeben. Mit anderen Worten liege eine kombinierte

Persönlichkeitsstörung (dissozial und impulsiv) vor. Gesamthaft betrachtet lasse sich aus der persönlichkeitsbedingten leicht verminderten Fähigkeit zu einsichtsgemässem Handeln eine verminderte Zurechnungsfähigkeit schätzungsweise leichten Grades herleiten. Zudem sei beim Beschwerdeführer von einer schweren Suchtmittelproblematik auszugehen, bei welcher Alkohol im Vordergrund stehe. Gehe man zusätzlich bei den tätlichen Übergriffen von einem gewissen Alkoholisierungsgrad aus, wobei dieser zumindest einem mittelschweren Rauschzustand entsprochen haben müsste, um forensisch relevant zu sein, so liesse
sich daraus allenfalls eine Verminderung der Fähigkeit zu einsichtsgemässem Handeln in Richtung mittelschweren Grades und somit auch eine entsprechende Verminderung der Zurechnungsfähigkeit herleiten. Die Vorinstanz bezeichnet das Gutachten als klar und die Schlussfolgerungen als überzeugend. Aufgrund des Untersuchungsergebnisses sei zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass er vor den jeweiligen Gewalttaten einige Biere getrunken habe und deshalb "angetrunken" gewesen sei. Für einen mittelschweren oder gar ausgeprägten Rauschzustand gäbe es jedoch keine Anhaltspunkte. Unter Berücksichtigung seines psychischen Zustandes und der Alkoholisierung zur Tatzeit sei davon auszugehen, dass seine Zurechnungsfähigkeit in etwas mehr als leichtem Masse aber noch nicht mittelschwer herabgesetzt gewesen sei.

Erheblich strafmindernd zu werten sei das nach anfänglichen Teilgeständnissen abgelegte vollumfängliche Geständnis. Auch wenn der Beschwerdeführer über den Tod seines Sohnes eine starke Verzweiflungs- und Trauerreaktion gezeigt habe und unter der Trennung von seiner Familie leide, sei darin keine besondere, eine Strafreduktion rechtfertigende Strafempfindlichkeit zu erblicken. Leicht strafmindernd wirke sich hingegen die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens versteckte Drohung der Untersuchungsbehörde gegen den Beschwerdeführer aus, er käme vor Obergericht besser weg als vor Geschworenengericht, sowie die Bemerkung, dass er bei einer Verurteilung durch das Obergericht wegen schwerer Körperverletzung mit einer Strafe von ca. fünf Jahren Zuchthaus rechnen könne.

Straferhöhend gewichtet die Vorinstanz die drei Vorstrafen in der Schweiz wegen Einbruchdiebstählen und Verkehrsdelikten sowie drei weitere Vorstrafen in Deutschland. Die in Bezug auf das Vermögensdelikt einschlägigen Vorstrafen wirkten sich erheblich straferhöhend aus, ebenso die Straffälligkeit während laufender Probezeiten.

Schliesslich bestimmt die Vorinstanz eine Gesamtstrafe, wobei sie davon die teilweise Zusatzstrafe ausscheidet. Der Beschwerdeführer habe die Delikte teilweise vor und teilweise nach den Vorstrafen vom 19. Februar 2004 (3 Monate Gefängnis) und 5. April 2004 (30 Tage Gefängnis als Zusatzstrafe zum Urteil vom 19. Februar 2004) begangen. Es sei deshalb eine Gesamtstrafe auszufällen, wobei angesichts der Frage des allfälligen Widerrufs des bedingten Strafvollzugs eine entsprechende Strafausscheidung vorzunehmen sei. Das schwerste Delikt habe der Beschwerdeführer nach Ausfällung der beiden Vorstrafen begangen. Zu seinen Gunsten sei anzunehmen, dass er die einfachen Körperverletzungen zum Nachteil seines verstorbenen Sohnes und die Tätlichkeiten zum Nachteil der anderen Kinder vor den letzten beiden Verurteilungen begangen habe und diese mithin nicht in die angesetzten Probezeiten fielen. Den Einbruchdiebstahl und den Beinbruch zum Nachteil des verstorbenen Sohnes habe der Beschwerdeführer zwischen den beiden Verurteilungen begangen. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe wäre eine Gesamtstrafe für alle Delikte von neun Jahren Zuchthaus auszusprechen. Demnach sei der Beschwerdeführer mit acht Jahren und acht Monaten zu bestrafen,
teilweise als Zusatzstrafe zu den Urteilen vom 5. April 2004 und 19.Februar 2004. Für alle Delikte, die der Beschwerdeführer nach der Verurteilung vom 5. April 2004 begangen habe, wäre eine Strafe von sieben Jahren Zuchthaus angemessen.
4.
4.1 Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern 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).

Bei der Beurteilung von Straftaten, die teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind, ist im Falle, dass die nach der Verurteilung verübte Tat die schwerere ist, von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und deren Dauer wegen der vor der ersten Verurteilung begangenen Tat angemessen zu

erhöhen, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass für die frühere(n) Tat(en) eine Zusatzstrafe auszufällen ist (BGE 69 IV 54 E.4; 115 IV 17 E. 5b/bb; vgl. BGE 116 IV 14 und 129 IV 113 E. 1.1 mit Hinweisen; Jürg-Beat Ackermann, Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar, Basel 2003, Art. 68 N. 67). Es ist eine Gesamtstrafe auszufällen, teilweise als Zusatzstrafe zum früheren Urteil (vgl. nur BGE 116 IV 14 E. 2b S. 17 mit Hinweis). Bei mehreren zu beurteilenden früheren Straftaten und selbständigen Urteilen ist in gleicher Weise vorzugehen. Allerdings ist jede ältere Tat mit der Verurteilung in Zusammenhang zu bringen, die ihr folgt, womit es möglich wird, Straftatengruppen zu bilden. Um eine Gesamtstrafe festzusetzen, wird die schwerste Tat (oder Tatgruppe) ermittelt und die Strafe dafür festgelegt. Anschliessend werden die Strafen bestimmt, welche die Zusatzstrafen bilden (BGE 116 IV 14 E. 2c S. 17 f.).
4.2 Im angefochtenen Urteil sind Straftaten zu beurteilen, die vor und nach den Urteilen vom 19. Februar 2004 (3 Monate Gefängnis) und vom 5. April 2004 (30 Tage Gefängnis als Zusatzstrafe zum ersten Urteil) begangen wurden. Die Vorinstanz nimmt an, der Beschwerdeführer habe die schwerste Tat (vorsätzliche schwere Körperverletzung) nach dem Urteil vom 5. April 2004 begangen, den Einbruchdiebstahl, den Oberschenkelbruch zum Nachteil des Sohnes und offenbar einen Teil der Tätlichkeiten zum Nachteil aller Kinder zwischen beiden früheren Urteilen sowie den grössten Teil der Tätlichkeiten vor dem ersten Urteil.
4.2.1 Für die nach der letzten Verurteilung vom 5. April 2004 begangene schwere Körperverletzung, die zutreffend die schwerste Tat darstellt, ist eine selbständige Strafe festzulegen (vgl. BGE 69 IV 54 E. 4 S. 61), die nach Massgabe der Zusatzstrafe für die früheren Straftaten angemessen zu erhöhen ist um so zu einer Gesamtstrafe zu gelangen. Die selbständige Strafe hat auch die zwischen dem 19. Februar und 5. April 2004 begangenen Taten (Einbruchdiebstahl, Oberschenkelbruch zum Nachteil des Sohnes und offenbar teilweise die Tätlichkeiten zum Nachteil aller Kinder) zu erfassen, da das Urteil vom 5. April 2004 eine Zusatzstrafe zum Urteil vom 19. Februar 2004 bildet und damit unter dem Gesichtspunkt von Art. 68 Ziff. 2 StGB keine selbständige Bedeutung hat. Nur für die Tätlichkeiten zu Lasten aller Kinder, die der Beschwerdeführer vor dem 19. Februar 2004 begangen hat, ist eine Zusatzstrafe zu diesem Urteil auszufällen.

Die Erhöhung um die Zusatzstrafen erfolgt nach der Strafzumessungsregel von Art. 68 Ziff. 1 StGB, und es gelten dafür die allgemeinen Begründungsanforderungen (vgl. nur BGE 118 IV 119). Es kann daher die Zusatzstrafe nicht einfach zur selbständigen Strafe (für die späteren Straftaten) hinzugezählt werden (Kumulation), sondern die letztere muss angemessen nach Massgabe der Zusatzstrafen erhöht und so die Gesamtstrafe gebildet werden (Asperationsprinzip). Der Richter verurteilt "zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen" (Art. 68 Ziff. 1 StGB). Praktisch bedeutet dies, dass die Zusatzstrafen nicht für sich festgesetzt werden dürfen, sondern sie die angemessene Erhöhung der selbständigen Strafe nach Massgabe der im ursprünglichen Urteil nicht abgegoltenen Schuld darstellen (vgl. BGE 69 IV 54 E. 4 S. 61).
4.2.2 Die Vorinstanz wählt jedoch ein anderes, in mehrerer Hinsicht Bundesrecht verletzendes Vorgehen.

Sie setzt zuerst mit pauschaler Begründung eine im Einzelnen nicht begründete und damit nicht nachvollziehbare Gesamtstrafe von neun Jahren fest, in der sie nicht nur die von ihr beurteilten Delikte einbezieht, sondern zusätzlich auch die bereits rechtskräftig abgeurteilten. Letzteres wäre nur richtig, wenn für alle zu beurteilenden Delikte eine Zusatzstrafe zu einem früheren Urteil auszufällen gewesen wäre. Hier aber verletzt das Vorgehen das oben dargelegte Asperationsprinzip und offenbart ein falsches Verständnis der Gesamtstrafe.

Von der Gesamtstrafe zieht die Vorinstanz anschliessend die Strafen der früheren Entscheide ab und nennt dann fast beiläufig die Höhe der selbständigen Strafe, ohne diese näher zu begründen. Insoweit ist nicht nur die Begründungspflicht verletzt, sondern einige Taten werden als Zusatzstrafe statt im Rahmen der Festsetzung der selbständigen Strafe beurteilt. Die Vorinstanz beschränkt die selbständige Strafe auf die nach dem 5. April 2004 begangene Tat. Richtigerweise waren die zwischen den beiden früheren Urteilen begangenen Delikte miteinzubeziehen.
Die Zusatzstrafe ergibt sich einzig aus der Differenz zwischen der Grundstrafe von sieben Jahren für die schwerste Tat und der verhängten Strafe (beträgt also ein Jahr und acht Monate). Es fehlt dafür nicht nur eine Begründung. Vielmehr wird auch kein Zusammenhang zu den früheren Urteilen hergestellt. Der angefochtene Entscheid genügt auch damit den Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung nicht.
4.3 Die Beschwerde ist somit wegen bundesrechtswidriger Anwendung von Art. 63 und Art. 68 StGB gutzuheissen. Da die Strafzumessung nicht nachvollziehbar ist, wäre auf die erhobenen weiteren Strafzumessungs-

rügen an sich nicht weiter einzugehen. Im Interesse der Verfahrensökonomie sei dennoch auf Folgendes kurz hingewiesen.
Die von der Vorinstanz bejahte mehr als leichte aber noch nicht mittelgradig verminderte Zurechnungsfähigkeit, das als erheblich strafmindernd gewertete Geständnis und die festgestellte Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens mussten sich insgesamt deutlich strafmindernd auswirken. Demgegenüber ist der Begründung im angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, inwiefern sich die Vorstrafen wegen Vermögensdelikten und die erneute Begehung eines Vermögensdelikts während laufender Probezeiten je erheblich straferhöhend auswirken sollten. Jedenfalls vermögen die Straferhöhungsgründe die von der Vorinstanz bejahten gewichtigen Strafminderungsgründe nicht zu kompensieren. Dem wird bei der neuen Beurteilung eingehender Rechnung zu tragen sein.
5.
Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP). Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Die Entschädigung ist jedoch dem Vertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen.

Da der vom Anwalt des Beschwerdeführers geleistete Kostenvorschuss praxisgemäss jenem wieder zurückerstattet wird, ist dessen Antrag gegenstandslos, das Bundesgericht möge den zur Vermeidung einer Fristversäumnis von ihm dem Beschwerdeführer vorgestreckten Betrag nach Abschluss des Verfahrens wieder zurückerstatten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 17. Oktober 2005 aufgehoben, und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. Hugo Werren, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. April 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: