Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 712/2010

Urteil vom 13. Dezember 2010
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Mathys, Bundesrichterin
Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiber Keller.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung, Strafart

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 17. Juni 2010.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Zürich sprach am 20. Dezember 2007 X._____ wegen Diebstahls, Betrugs, Urkundenfälschung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs sowie Fahrens in fahrunfähigem Zustand schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von sieben Monaten, bei einer Probezeit von drei Jahren, auf. In einem Punkt sprach es ihn von der Anklage der falschen Anschuldigung frei. Ferner erklärte das Bezirksgericht die mit Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004 bedingt ausgesprochene Strafe von 30 Tagen Gefängnis als vollziehbar. Es fällte die Freiheitsstrafe von 14 Monaten, unter Einbezug der Strafe des Bezirksamts Baden, als Gesamtstrafe sowie teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2003 (Busse von Fr. 700.–) aus.

B.
Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 19. Dezember 2008 die erstinstanzlichen Schuldsprüche, soweit sie nicht in Rechtskraft erwachsen waren, und verurteilte X._____ zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten, unter Anrechnung von 17 Tagen Untersuchungshaft, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2003 sowie zum Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von sechs Monaten, bei einer Probezeit von drei Jahren, auf. Die bedingte Gefängnisstrafe von 30 Tagen gemäss Strafbefehl des Bezirksamtes Baden widerrief es nicht, verlängerte jedoch die Probezeit um ein Jahr. Auf die Anklage betreffend Sachbeschädigung trat es nicht ein.

C.
Das Bundesgericht hob am 29. Oktober 2009 im Verfahren 6B 172/ 2009 das Urteil der Vorinstanz in Bezug auf die Strafzumessung sowie die ausgefällte Strafart auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht des Kantons Zürich zurück.

D.
Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X._____ am 17. Juni 2010 zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten, unter Anrechnung von 17 Tagen Untersuchungshaft, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004 und zum zwischenzeitlich ergangenen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. März 2009 (240 Stunden vollziehbare gemeinnützige Arbeit). Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von sechs Monaten, bei einer Probezeit von drei Jahren, auf. Es verzichtete auf den Widerruf der bedingten Gefängnisstrafe gemäss Strafbefehl des Bezirksamtes Baden sowie auf eine Verlängerung der Probezeit.

E.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. Er beantragt sinngemäss, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, und er sei zu einer teilbedingten Geldstrafe von 330 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu verurteilen, wovon 133 Tage zu vollziehen und 197 Tage, bei einer Probezeit von drei Jahren, aufzuschieben seien. Er stellt zudem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

F.
Die Vorinstanz sowie die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden die Strafzumessung sowie die von der Vorinstanz ausgefällte Strafart.
1.1
1.1.1 Der Beschwerdeführer rügt, das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2003 hätte bei der Strafzumessung nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben dürfen und hätte sich unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips strafmindernd auswirken müssen. Die Strafe müsse insgesamt schuldangemessen sein, was nicht der Fall sei, wenn das Gesamtergebnis ohne das Urteil des Bezirksgerichts Bülach identisch zum ersten Urteil der Vorinstanz vom 19. Dezember 2008 bleibe (Beschwerde, S. 1 f.).
1.1.2 Unzutreffend sei überdies die Auffassung der Vorinstanz, wonach die gemeinnützige Arbeit eine zur Freiheitsstrafe gleichartige Strafe sei. Die gemeinnützige Arbeit sei keine Unterart der Freiheitsstrafe, sondern stelle eine eigenständige dritte Sanktionsform dar. Es sei daher unzulässig und verletze Bundesrecht, eine Zusatzfreiheits- oder Zusatzgeldstrafe zur gemeinnützigen Arbeit auszufällen (Beschwerde, S. 2).
1.1.3 Die von der Vorinstanz gebildeten Straftatengruppen führten gemäss Beschwerdeführer dazu, dass die eine Gruppe im Verhältnis zur anderen Gruppe praktisch nicht von der Asperation profitieren könne. Wären alle Taten zwischen 2001 und 2008 gemeinsam beurteilt worden, hätte sich eine schuldangemessene Strafe von 14 Monaten ergeben. Hiervon wären die Strafen des Bezirksamtes Baden sowie der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland abzuziehen gewesen, weshalb eine Strafe von lediglich elf Monaten resultiert hätte (Beschwerde, S. 2).
1.1.4 Der Beschwerdeführer beanstandet ausserdem, dass die lange Verfahrensdauer im Rahmen der Strafzumessung nicht berücksichtigt worden sei (Beschwerde, S. 3).
1.1.5 Der Beschwerdeführer wendet sich auch gegen die ausgefällte Strafart. Die Vorinstanz begründe ihre Wahl der Freiheitsstrafe mit Überlegungen, die nicht stichhaltig seien und Bundesrecht verletzten. Die präventive Effizienz der Freiheitsstrafe sei nicht erkennbar. Die altrechtliche bedingte Freiheitsstrafe von 2004 könne nicht als Begründung dienen, da unter dem alten Recht eine Geldstrafe gar nicht möglich gewesen sei. Ein Täter, der eine altrechtliche Freiheitsstrafe erhalten habe, könne gemäss Argumentation der Vorinstanz nie zu einer Geldstrafe verurteilt werden, da die frühere Freiheitsstrafe ihren Zweck immer verfehlt hätte (Beschwerde, S. 3).

1.2
1.2.1 Die Vorinstanz hält fest, dass sich die zu beurteilenden Straftaten des Beschwerdeführers zwischen dem 28. Februar und 1. März 2001 sowie zwischen dem 7. September und 5. Oktober 2004 ereignet hätten. Diese Delikte habe er teilweise vor dem Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004 und teilweise vor dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. März 2009 begangen. In Bezug auf diese beiden Vorstrafen sei eine Zusatzstrafe auszufällen. Eine Zusatzfreiheits- oder Zusatzgeldstrafe zu einer ausgesprochenen gemeinnützigen Arbeit sei möglich, weil diese anstelle von Freiheits- oder Geldstrafe angeordnet werden könne und daher als gleichartig im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB gelte (angefochtenes Urteil, S. 17).

1.2.2 Die Vorinstanz teilt die vom Beschwerdeführer verübten Delikte in zwei Straftatengruppen, die einerseits die zwischen 2004 und 2008 verübten Delikte umfasst (angefochtenes Urteil, S. 19 ff.), während die zweite Gruppe diejenigen zwischen 2001 und 2003 einschliesst (angefochtenes Urteil, S. 24 ff.). Sie legt für die beiden Straftatengruppen, ausgehend vom jeweils schwersten Delikt, zunächst die Einsatzstrafen fest und bildet anhand der Tat- und Täterkomponenten die hypothetischen Gesamtstrafen. In der ersten Gruppe zieht sie die rechtskräftige Sanktion des Strafbefehls des Bezirksamtes Baden ab und in der zweiten Gruppe diejenige des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland. Dies ergibt Zusatzstrafen von elf Monaten Freiheitsstrafe und von (altrechtlichen) 2 ½ Monaten Gefängnis. In Anwendung des Asperationsprinzips resultiert hieraus gemäss Vorinstanz eine Zusatzstrafe von insgesamt zwölf Monaten Freiheitsstrafe (angefochtenes Urteil, S. 27).
1.2.3 Die Vorinstanz erachtet eine Freiheitsstrafe als angemessen. Sie stützt sich hierfür auf die Kriterien der präventiven Effizienz sowie der Zweckmässigkeit der Strafe. Der Beschwerdeführer habe sich durch die bedingte Gefängnisstrafe von 30 Tagen gemäss Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004 nicht davon abhalten lassen, bereits während laufender Probezeit im September und November 2004 wieder straffällig zu werden. Er habe sich auch während des hängigen Verfahrens nicht vor einer drohenden Freiheitsstrafe abschrecken lassen und sei gleich zweimal wieder straffällig geworden (Strafbefehl vom 18. März 2009 der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland). Es bestehe daher keine Veranlassung, eine mildere Strafart zu wählen als jene, die bereits früher ihren spezialpräventiven Zweck verfehlt habe. Eine Geldstrafe erweise sich darum als unzweckmässig.
1.3
1.3.1 Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Beschwerde in Strafsachen hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat. Nach Art. 50 StGB hat der Richter die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1 mit Hinweisen).
1.3.2 Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Art. 49 Abs. 2 StGB will im Wesentlichen das Asperationsprinzip (Art. 49 Abs. 1 StGB) auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Bei der Festsetzung der Zusatzstrafe zu einer ergangenen Grundstrafe hat sich das Gericht vorerst zu fragen, welche Strafe es bei gleichzeitiger Verurteilung in Beachtung des Asperationsprinzips ausgesprochen hätte. Die Zusatzstrafe für die neu zu beurteilende Straftat ergibt sich aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der Grundstrafe. Bei der retrospektiven Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offen zu legen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 132 IV 102 E. 8 mit Hinweisen).
1.3.3 Der Beschwerdeführer macht zu Unrecht geltend, die Vorinstanz habe das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2003 im Rahmen der Strafzumessung nicht berücksichtigt. Das Bundesgericht begründete im ersten Verfahren in vorliegender Sache (Urteil 6B 172/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 4.4), weshalb die Busse von Fr. 700.– des Bezirksgerichts Bülach nicht zur Bildung einer zur Busse ungleichartigen Zusatzfreiheitsstrafe hinzugezogen werden darf. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Berücksichtigung dieses Urteils strafmindernd auswirken sollte. Der Verlust der Asperation, wie der Beschwerdeführer argumentiert, führt

nicht zu einer Strafminderung, da ungleichartige Strafen nicht dem Asperationsprinzip unterstehen, sondern nebeneinander - kumulativ - auszusprechen sind. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist, dass die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorgelegen hätten. Es ist daher ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Busse auszusprechen (Urteil des Bundesgerichts 6B 785/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.5 mit Hinweisen).
1.3.4 Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, ist die gemeinnützige Arbeit keine Unterart der Freiheitsstrafe, sondern bildet eine eigenständige dritte Sanktionsform. Sie ist zur Freiheitsstrafe nicht gleichartig (JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 49 StGB N 37 f.). Nach der gesetzlichen Rangordnung kann die gemeinnützige Arbeit entgegen dem diesbezüglich missverständlichen Wortlaut von Art. 37 Abs. 1 StGB lediglich an Stelle einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen angeordnet werden (Urteil 6B 312/2007 vom 15. Mai 2008 E. 4.5), während kurze Freiheitsstrafen nur unter den Bedingungen von Art. 41 StGB zulässig sind. Vorausgesetzt wird hierzu unter anderem, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann.
1.3.5 Die Vorinstanz verletzt das in Art. 49 StGB verankerte Asperationsprinzip und damit Bundesrecht, indem sie eine Zusatzfreiheitsstrafe zu den im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. März 2009 ausgesprochenen 240 Stunden gemeinnützige Arbeit ausspricht. Sie hat das Asperationsprinzip nur im Zusammenhang mit dem Strafbefehl des Bezirksamtes Baden vom 27. Mai 2004 anzuwenden. Die anderen Vorstrafen fallen für die Bildung einer Zusatzstrafe ausser Betracht. Die Vorinstanz hat somit die Strafzumessung neu vorzunehmen, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung zurückzuweisen ist.

2.
Aus verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen. Er rügt, die Vorinstanz habe die lange Verfahrensdauer bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt.
Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist es nicht zulässig, verfahrensrechtliche Einwendungen, welche in einem früheren Verfahrensstadium hätten geltend gemacht werden können, noch später vorzubringen (BGE 133 III 638 E. 2; 117 Ia 491 E. 2a). Der Beschwerdeführer hätte die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebots bereits im bundesgerichtlichen Verfahren 6B 172/2009 oder nach der Rückweisung der Sache bei der Vorinstanz vorbringen müssen. Sein Verhalten bzw. sein Zuwarten widerspricht Treu und Glauben. Ausserdem ist insofern der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft bzw. der Entscheid nicht letztinstanzlich im Sinne von Art. 80 Abs. 1 BGG (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2007 6B 317/2007 E. 2). Inwiefern die Vorinstanz im Übrigen seit dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid das Beschleunigungsverbot verletzt haben sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Auf die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebots ist nicht einzutreten.

3.
Der Beschwerdeführer wendet sich auch zu Unrecht gegen die von der Vorinstanz ausgefällte Strafart. Nachdem das Bundesgericht im Verfahren 6B 172/2009 die vorinstanzliche Begründung der (anstelle einer Geldstrafe) ausgefällten Freiheitsstrafe beanstandet hat, begründet sie nun ausführlich, weshalb sie eine Freiheitsstrafe als angemessen erachtet. Sie stützt sich auf die Kriterien der präventiven Effizienz sowie der Zweckmässigkeit der Strafe. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind die Erwägungen stichhaltig und nachvollziehbar. Die Vorinstanz begründet die Freiheitsstrafe insbesondere mit dem Umstand, dass der Beschwerdeführer im Jahre 2004 während der Probezeit delinquierte und sich auch während des vorliegenden Verfahrens nicht von einer drohenden Freiheitsstrafe abschrecken liess, indem er erneut zweimal straffällig wurde. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz eine Geldstrafe als unzweckmässig erachtet.

4.
Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Juni 2010 ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist infolge Gutheissung der Beschwerde gegenstandslos geworden.

Der Beschwerdeführer war nicht anwaltlich vertreten. Besondere Verhältnisse oder Auslagen weist er nicht nach. Eine Entschädigung rechtfertigt sich daher nicht (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 113 Ib 353 E. 6b).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Juni 2010 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Dezember 2010

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Favre Keller