Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 788/2008/bri

Urteil vom 26. Dezember 2008
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Favre, Zünd,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Leonhardt,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz, Archivgasse 1, 6430 Schwyz,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Versuchte vorsätzliche Tötung; Strafzumessung; bedingter Strafvollzug, Probezeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, Strafkammer, vom 17. Juni 2008.

Sachverhalt:

A.
Mit Urteil vom 23. November 2007 sprach das kantonale Strafgericht Schwyz X._____ schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 aStGB in Verbindung mit Art. 22 Abs.1 aStGB. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sprach es ihn hingegen frei. Es verurteilte ihn zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 30 Monaten, unter Anrechnung von 48 Tagen Untersuchungshaft.

B.
Gegen dieses Urteil legte X._____ Berufung ein, welcher sich die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz anschloss. Das Kantonsgericht Schwyz hiess die Berufung, soweit darauf einzutreten war, und die Anschlussberufung teilweise gut. Im Übrigen wies es sie ab. Es erklärte X._____ schuldig sowohl der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB als auch der Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG und bestrafte ihn mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, abzüglich 48 Tagen erstandene Untersuchungshaft, und einer Busse von Fr. 50.–, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Bezirksamts Einsiedeln vom 17. Dezember 2007, lautend auf eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von 16 Monaten auf und setzte die Probezeit auf drei Jahre fest. Im Übrigen, d.h. im Umfang von acht Monaten, abzüglich 48 Tagen erstandene Untersuchungshaft, liess es die Freiheitsstrafe vollziehen.

C.
Dagegen wendet sich X._____ mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragt, er sei

wegen versuchter schwerer Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB zu verurteilen und mit einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten, abzüglich erstandener Untersuchungshaft, und einer Busse von Fr. 50.–, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Bezirksamts Einsiedeln vom 17. Dezember 2007, zu bestrafen. Dabei sei ihm der bedingte Strafvollzug zu gewähren und die Probezeit auf drei Jahre festzusetzen. Eventualiter sei das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz im Strafpunkt dahingehend zu berichtigen, dass in Dispositiv-Ziffer 1.2 die Freiheitsstrafe auf 23 (statt auf 24) Monate festgelegt werde. Im Weiteren verlangt X._____ die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D.
Das Kantonsgericht Schwyz und die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz beantragen in ihren Vernehmlassungen vom 11. Dezember 2008 die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.
Nach dem Dafürhalten des Beschwerdeführers ist der vorinstanzliche Schluss auf eine eventualvorsätzliche Tötung verfehlt. Er habe dem Opfer weder tödliche Verletzungen zufügen wollen noch solche in Kauf genommen. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt könne ihm nur die Inkaufnahme einer allfällig schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB vorgeworfen werden.

1.1 Die Vorinstanz geht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass der Beschwerdeführer, ohne zuvor provoziert oder bedroht worden zu sein, mit einem Küchenmesser in der Hand (Klingenlänge von ca. 20 cm und Klingenbreite von max. 2,8 cm) auf das Opfer zugegangen sei und diesem gezielt zwei Stichverletzungen in den Bauch und den Rücken versetzt habe, nachdem es das Messer mit einem Fusstritt vergeblich abzuwehren versucht habe. Insbesondere die 8 - 10 cm tiefe Stichverletzung im Rücken neben der Wirbelsäule rechts habe der Beschwerdeführer mit einigem Kraftaufwand bzw. mit einer erheblichen Schwungbewegung ausgeführt, zumal das Opfer mit Pullover und Jacke bekleidet gewesen sei. Dass es letztlich bei leicht zu qualifizierenden Stichverletzungen geblieben sei, sei nur dem Zufall zu verdanken: Der Stichkanal am rechten Oberbauch habe einen organnahen Verlauf aufgewiesen bzw. die Leber touchiert. Wäre die Stichverletzung nur geringfügig tiefer gegangen, hätte sich gemäss ärztlicher Einschätzung rasch ein lebensgefährlicher Zustand entwickeln können (angefochtener Entscheid, S. 26).

1.2 Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Für den Nachweis des Vorsatzes kann sich das Gericht - soweit der Täter nicht geständig ist - regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählen auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser dieses Risiko ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 131 IV 1 E. 2.2; 130 IV 58 E. 8.2).

1.3 Der vorinstanzliche Schuldspruch wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung verletzt kein Bundesrecht. Es ist offensichtlich, dass derjenige, der einen anderen mit Kraftaufwand gezielt in den Bauch und den Rücken sticht, weiss, dass das Opfer sterben könnte, und dass er den Tod für den Fall, dass er eintritt, auch in Kauf nimmt. Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe eventualvorsätzlich gehandelt, ist daher nicht zu beanstanden. Soweit dieser mit seinen rechtlichen Ausführungen zum Eventualvorsatz vom festgestellten Sachverhalt der Vorinstanz abweicht, ist darauf mangels substanziierter Sachverhalts- bzw. Willkürrügen nicht einzutreten (Art. 106 Abs. 2 BGG). Ansonsten ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

2.
Der Beschwerdeführer wendet sich im Hinblick auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gegen die

Strafzumessung. Er macht insbesondere geltend, dass vorliegend auch die Festsetzung einer Gesamtstrafe von 24 Monaten, statt einer solchen von 27 Monaten, vertretbar gewesen wäre. Mit dieser Frage habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt, obschon im angefochtenen Entscheid ausführlich begründet werde, dass trotz der zu Ungunsten des Beschwerdeführers sprechenden Fakten die Prognose insgesamt nicht als ungünstig zu werten sei.

2.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum neuen Recht sind die Folgen einer unbedingten Freiheitsstrafe bei der Strafzumessung nach wie vor mit einzubeziehen. Dass der Verurteilte durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe aus einem günstigen Umfeld he-rausgerissen wird, kann sich deshalb wie bisher strafmindernd auswirken und zur Folge haben, dass die auszufällende Strafe unter der schuldangemessenen Strafe liegt. Angesichts der einschneidenden Konsequenzen des Vollzugs hat der Richter bei der Strafzumessung folglich den Umstand mit zu berücksichtigen, dass die subjektiven Voraussetzungen des Strafaufschubs im Sinne einer günstigen beziehungsweise nicht ungünstigen Prognose im konkreten Fall an sich erfüllt sind. Liegt die ins Auge gefasste Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) beziehungsweise für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) mit umfasst, hat sich der Richter daher die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar wäre. Bejaht er sie, hat er diese Strafe zu verhängen. Andernfalls ist es ihm unbenommen, auch nur eine unwesentlich über den Grenzwert liegende - angemessene und begründbare - Strafe auszufällen (BGE 134 IV 17 E.
3.4-3.5).

2.2 Ausgehend von einer Freiheitsstrafe von 5 ½ Jahren erkennt die Vorinstanz nach einlässlicher Strafzumessung auf eine (hypothetische) Gesamtstrafe von 27 Monaten, welche die gesetzliche Obergrenze für den bedingten Strafvollzug mithin um drei Monate übersteigt (Art. 42 Abs. 1 StGB). In ihre Erwägungen hat die Vorinstanz die Gesichtspunkte der persönlichen Verhältnisse und der Auswirkungen des Vollzugs einer Freiheitsstrafe auf das Leben des Beschwerdeführers explizit mit einbezogen und zu seinen Gunsten berücksichtigt (vgl. angefochtenen Entscheid, S. 32, 33, 37). Nach Würdigung aller massgeblichen Umstände kommt sie zum Schluss, dass vorliegend eine (hypothetische) Gesamtstrafe auszusprechen sei, die die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht mehr zulasse (vgl. angefochtenen Entscheid, S. 34). Damit bringt sie zum Ausdruck und begründet entgegen der Beschwerde im Sinne von Art. 50 StGB hinreichend, dass bzw. weshalb sie eine Freiheitsstrafe im Grenzbereich zum bedingten Strafvollzug ausschliesst bzw. eine weitere Reduktion der Strafe nicht mehr für angemessen hält. Die Erwägungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar und ihre Schlüsse leuchten ein. Das ihr zustehende weite Ermessen hat sie nicht überschritten. Eine
Rechtsverletzung liegt nicht vor. Die Beschwerde ist in diesem Punkt mithin ebenfalls unbegründet.

3.
3.1 Im angefochtenen Entscheid geht die Vorinstanz von einer hypothetischen Gesamtfreiheitsstrafe von 27 Monaten aus. Die davon abzuziehende Grundstrafe gemäss Strafbefehl des Bezirksamts Einsiedeln vom 17. Dezember 2007 lautet auf eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen, was einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten entspricht. Die Zusatzstrafe wird von der Vorinstanz mit 24 Monaten angegeben (angefochtenes Urteil, S. 33 E. 6h).

3.2 Der Beschwerdeführer stellt sich vor diesem Hintergrund auf den Standpunkt, dass der Vorinstanz bei der Umrechnung der Grundstrafe von 120 Tagessätzen Geldstrafe (auf drei Monate Freiheitsstrafe) offensichtlich ein Versehen unterlaufen sei, welches zu berichtigen sei. Die Zusatzstrafe betrage richtigerweise 23 und nicht 24 Monate. Die Vorinstanz und die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz bringen in ihren Stellungnahmen zur Beschwerde demgegenüber zum Ausdruck, dass nicht die Festsetzung der Höhe der Zusatzstrafe irrtümlich erfolgte, sondern die zahlenmässige Umschreibung der (hypothetischen) Gesamtfreiheitsstrafe. Da der Tötungsversuch mit 24 Monaten Freiheitsstrafe sanktioniert worden sei und die rechtskräftige Grundstrafe 120 Tagessätze Geldstrafe betrage, sei vorliegend von einer Gesamt(freiheits)strafe von 28 Monaten statt von 27 Monaten auszugehen.

3.3 Anhaltspunkte, die für die in den Stellungnahmen geäusserten Auffassungen der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft sprechen, lassen sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen und sind auch sonst nicht

ersichtlich. In Bezug auf die vorgenommene Festsetzung der hypothetischen Gesamtfreiheitsstrafe auf 27 Monate ergibt sich denn auch nichts, was auf einen entsprechenden Verschrieb im angefochtenen Entscheid hindeuten würde, zumal es sich bei der in einem ersten Schritt vorzunehmenden Festsetzung der hypothetischen Gesamtstrafe um eine gedankliche Gesamtbewertung aller zu beurteilenden Straftaten und damit um eine Frage der Methodik handelt, und nicht wie bei der in einem zweiten Schritt zu erfolgenden Ermittlung der Zusatzstrafe um eine rechnerische Operation (hypothetische Gesamtstrafe minus Grundstrafe). Bei näherer Betrachtung der zur Beschwerde eingereichten Stellungnahmen von Vorinstanz und Staatsanwaltschaft zeigt sich, dass der behauptete Verschrieb bei der Gesamtstrafenfestsetzung rein rechnerisch anhand einer methodisch ohnehin fehlerhaften Addition von Zusatzstrafe und Grundstrafe begründet wird. Darauf ist nicht abzustellen. Unter diesen Umständen ist, wie im angefochtenen Entscheid ausdrücklich festgehalten
wurde, von einer Gesamtstrafe von 27 Monaten auszugehen. Davon ist die rechtskräftige Grundstrafe in Abzug zu bringen. Wie erwähnt entsprechen 120 Tagessätze Geldstrafe vier und nicht drei Monaten Freiheitsstrafe. Die konkret auszufällende Zusatzstrafe beträgt folglich 23 Monate. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet und der angefochtene Entscheid ist unter Rückweisung an die Vorinstanz aufzuheben. Bei der Neubeurteilung wird sie den zu vollziehenden und den aufzuschiebenden Teil der Freiheitsstrafe neu festsetzen müssen.

4.
Die Beschwerde ist damit teilweise gutzuheissen, im Übrigen ist sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird im Rahmen seines Unterliegens kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Soweit er obsiegt, wird das Gesuch gegenstandslos, im Übrigen war die Beschwerde aussichtslos und ist das Gesuch deshalb abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Bei der Festsetzung der Gerichtskosten ist seinen finanziellen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, hat er Anspruch auf Parteientschädigung. Der Kanton Schwyz hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 17. Juni 2008 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen; im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.
Der Kanton Schwyz hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Matthias Leonhardt, für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1’000.– zu entschädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Dezember 2008

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Schneider Arquint Hill