Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 684/2011

Urteil vom 30. April 2012
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Schöbi,
Gerichtsschreiberin Horber.

Verfahrensbeteiligte
Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, Amt der Region Oberwallis, Kantonsstrasse 6, 3930 Visp,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Fernando Willisch,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, I. Strafrechtliche Abteilung, vom 7. September 2011.

Sachverhalt:

A.
Das Kantonsgericht Wallis sprach X._____ mit Urteil vom 7. September 2011 in zweiter Instanz der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, des mehrfachen Diebstahls, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, der mehrfachen versuchten Nötigung und des Fahrens in fahrunfähigem Zustand mit einer qualifizierten Blutalkoholkonzentration schuldig. Von den Vorwürfen des mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln und der Sachbeschädigung sprach es ihn frei. Es verurteilte ihn unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 22 Tagen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Amtsgerichts Bergen auf Rügen in Deutschland vom 20. Mai 2008 ausgefällten Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren. Weiter verhängte es eine bedingt vollziehbare Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.– und eine Busse von Fr. 1'000.–. Die beschlagnahmten Betäubungsmittel und Vermögenswerte zog es ein.

B.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis erhebt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, die Ziffern 3 und 6 des Dispositivs des Urteils des Kantonsgerichts Wallis (Strafmass und Kostenverteilung) seien aufzuheben, und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren seien X._____ aufzuerlegen.

C.

Das Kantonsgericht Wallis verzichtet auf eine Vernehmlassung. X._____ beantragt mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2012 die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Wallis. Zudem ersucht er um unentgeltliche Verbeiständung.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche Strafzumessung. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Bundesrecht (Art. 47 und Art. 49 StGB).

2.
2.1 Der Beschwerdegegner wurde vom Amtsgericht Bergen auf Rügen in Deutschland mit Urteil vom 20. Mai 2008 wegen Einfuhr von unerlaubten Betäubungsmitteln (2.5 kg Marihuana) zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, unter Einbeziehung einer durch das Amtsgericht Potsdam mit Urteil vom 20. Juli 2004 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von sechs Monaten (Urteil, E. 3b S. 11; kantonale Akten, act. 161). Die vorliegend zu beurteilenden qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfache Diebstahl beging der Beschwerdegegner vor der Verurteilung durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen. Der mehrfache Hausfriedensbruch und die mehrfache versuchte Nötigung erfolgten teils vor und teils nach besagtem Urteil. Das Strassenverkehrsdelikt verübte der Beschwerdegegner nach dem Urteil.
2.2
2.2.1 Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 mit Hinweis).
2.2.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 StGB). Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so 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).
Hat der Richter Straftaten zu beurteilen, die der Täter teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen hat (teilweise retrospektive Konkurrenz), so ist grundsätzlich eine Gesamtstrafe auszufällen. Bei deren Bildung hat der Richter nach der Rechtsprechung, wenn die vor dem ersten Entscheid verübte Tat schwerer wiegt, hierfür eine - hypothetische - Zusatzstrafe zum ersten Urteil auszufällen und deren Dauer anschliessend wegen der nach dem ersten Entscheid begangenen Tat angemessen zu erhöhen (BGE 116 IV 14 E. 2b; 115 IV 17 E. 5b/bb; Urteil 6B 26/2011 vom 20. Juni 2011 E. 3.9.2; je mit Hinweisen). In gleicher Weise vorzugehen ist bei mehreren Taten vor und nach einer früheren Verurteilung. Der Richter muss zunächst je eine hypothetische Gesamtstrafe für die nach der Verurteilung begangenen Taten und für die vor der Verurteilung begangenen Taten zusammen mit der bereits ausgefällten Strafe bilden. Die für die vor der Verurteilung begangenen Taten auszufällende Zusatzstrafe ergibt sich aus der Differenz der hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits ausgefällten Strafe. Wiegen die mit Zusatzstrafe zu ahndenden Straftaten schwerer, ist ausgehend von dieser Zusatzstrafe eine Erhöhung für die nach der Verurteilung
begangenen Taten vorzunehmen (BGE 129 IV 113 E. 1.4; Urteil 6B 151/2011 vom 20. Juni 2011 E. 5.4 mit Hinweisen).

3.
Die Vorinstanz fällt als Zusatzstrafe zum Urteil des Amtsgerichts Bergen auf Rügen eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten aus. Sie erwägt, die schwerste Straftat vor diesem Urteil sei die in doppelter Hinsicht qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, begangen durch den Handel mit 23.220 kg Marihuana, wobei der Beschwerdegegner einen Umsatz von Fr. 160'000.– und einen Gewinn von mindestens Fr. 20'000.– erzielt habe. Dieser sei während zwei Jahren einem lukrativen, indes illegalen Nebenerwerb nachgegangen und

habe rein egoistisch und alleine des Geldes wegen gehandelt. Der Wille, mittels Drogenhandels Geld zu verdienen, zeige sich zudem in der Einfuhr und Übergabe von weiteren 2.5 kg Marihuana nach bzw. in Deutschland (vgl. Verurteilung durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen vom 20. Mai 2008). Der Beschwerdegegner weise zahlreiche Vorstrafen auf, insbesondere im Bereich der Vermögensdelikte. Der Diebstahl des Kinderwagens und des Laptops bezeuge die Unverfrorenheit und Selbstverständlichkeit, mit der er sich über Rechtsregeln und das Eigentum Dritter hinwegsetze. Der Hausfriedensbruch und die versuchte Nötigung fielen zwar nicht sonderlich ins Gewicht, würden aber aufzeigen, mit welcher Vehemenz er versucht
habe, Drogengelder einzutreiben. Die Strafdrohung für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG als schwerste Straftat betrage Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis maximal 20 Jahre (Art. 40 StGB), womit eine Geldstrafe verbunden werden könne. Zu berücksichtigen sei beim Drogenhandel einerseits dessen Dauer und Intensität, andererseits der Umstand, dass der Beschwerdegegner lediglich mit einer weichen Droge gehandelt habe. Insgesamt sei dessen Verschulden als beträchtlich zu beurteilen. Straferhöhend seien die Tatmehrheit und die Vorstrafen zu werten. Die Vorinstanz erachtet insgesamt eine Gesamtstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen, weshalb sie nach Abzug der durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen ausgesprochenen Strafe von zwei Jahren eine Zusatzstrafe von sechs Monaten ausfällt (Urteil, E. 3d S. 13 f.).
Hinsichtlich der Straftaten nach der früheren Verurteilung erachtet die Vorinstanz eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.–, verbunden mit einer Busse von Fr. 1'000.– als angemessen (Urteil, E. 3e S. 14 ff.).

4.
4.1 Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung der Strafzumessungsregeln nach Art. 47 ff. StGB geltend. Die Zusatzstrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe sei unhaltbar mild (Beschwerde, S. 5 f.).

4.2 Hinsichtlich der neu zu beurteilenden Taten, die der Beschwerdegegner vor der Verurteilung durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen beging, liegt ein Anwendungsfall von Art. 49 Abs. 2 StGB vor. Gemäss Rechtsprechung hat der Richter die Strafe auszufällen, die ausgesprochen worden wäre, wenn sämtliche strafbaren Handlungen gleichzeitig zur Beurteilung gestanden hätten. Die neu zu beurteilenden Straftaten sind mit den bereits beurteilten als ein Ganzes zu betrachten. Der Richter hat nach seinem Ermessen gedanklich eine Gesamtstrafe festzulegen und in den Strafzumessungserwägungen zu beziffern. Davon hat er die Dauer der im rechtskräftigen Entscheid ausgefällten Einsatz- oder Grundstrafe abzuziehen. Die Differenz ist die Zusatzstrafe (Urteil 6B 460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 137 IV 57). Vorliegend ist somit nicht die Zusatzstrafe von sechs Monaten für sich alleine betrachtet zu beurteilen. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass eine Gesamtstrafe für alle in die Gesamtbeurteilung miteinzubeziehenden strafbaren Handlungen zu bestimmen ist (d.h. ohne Berücksichtigung der Taten, die der Beschwerdegegner nach dem Urteil des Amtsgerichts Bergen auf Rügen begangen hat). Es kommt nicht darauf an, welche Strafe für
die nur in diesem Verfahren zu beurteilenden Straftaten angemessen wäre. Die Vorinstanz begründet die Bemessung der von ihr als angemessen erachtete hypothetische Gesamtstrafe von 30 Monaten ausführlich. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diese unangemessen sein soll. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz beim Verschulden dem Umstand angemessen Rechnung trägt, dass der Beschwerdegegner nicht mit harten Drogen, sondern mit einer sogenannten weichen Droge Handel betrieben hat (vgl. Urteile 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007 E. 5; 6S.231/2005 vom 21. September 2005 E. 2.2, wonach die vorinstanzliche Erwägung, ein grosser Umsatz von über Fr. 800'000.– müsse mehr als die Minimalstrafe von einem Jahr Freiheitsentzug nach sich ziehen, dass diese Erhöhung jedoch nur relativ gering ausfallen dürfe, weil das Sucht- und Gefährdungspotential von Hanfkraut im Vergleich zu den harten Drogen gering sei, nicht zu beanstanden sei). Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

5.
5.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz nehme die Strafzumessung methodisch falsch vor und verletze dadurch Art. 49 StGB. Statt für die Straftaten vor und nach der Verurteilung durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen eine Gesamtstrafe auszufällen, bilde sie zwei eigenständige Strafen und kumuliere diese (Beschwerde, S. 3 f.).

5.2 Die Methodik der vorinstanzlichen Strafzumessung ist mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtspre-

chung nicht zu beanstanden. Eine allfällige Erhöhung der Zusatzstrafe von vorliegend sechs Monaten für die nach der früheren Verurteilung begangenen Taten wäre in Anwendung der Strafzumessungsregel nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen. Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne dieser Bestimmung ist indes nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (BGE 137 IV 249 E. 3.4.2). Das alte Recht hielt in aArt. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ausdrücklich fest, dass für die Gesamtstrafenbildung die konkret verwirkte Strafe massgeblich ist ("Hat jemand ... mehrere Freiheitsstrafen verwirkt"; vgl. auch BGE 75 IV 2 E. 1). Die Praxis zu aArt. 68 StGB ist weiterhin massgebend. Demgemäss sind im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB "die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt", wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen
Normverstoss gleichartige Strafen ausfällte. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (vgl. dazu auch GÜNTER STRATENWERTH, Gesamtstrafenbildung nach neuem Recht, forumpoenale 6/2008 S. 356 ff.; derselbe, Erneut zur Gesamtstrafenbildung, forumpoenale 6/2011 S. 349 f.; JÜRG-BEAT ACKERMANN, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, N. 36 zu Art. 49 StGB; a.M. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Die Sanktionsfolgenbestimmung und der Anwendungsbereich des Asperationsprinzips bei der Konkurrenz (Art. 49 Abs. 1 StGB), in: Festschrift für Hans Wiprächtiger, 2011, S. 45 ff.; MARKUS HUG, in: Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 18. Aufl. 2010, N. 5 zu Art. 49 StGB; ANNETTE DOLGE, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, ZStrR 128/2010 S. 77; KATHRIN GIOVANNONE-HOFMANN, Bemerkungen zu BGE 137 IV 57, forumpoenale 1/2012 S. 3 ff.).
Für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG als schwerste Straftat ist vorliegend zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen. Für die Delikte, die der Beschwerdegegner nach der Verurteilung durch das Amtsgericht Bergen auf Rügen begangen hat, sind je alternativ Freiheitsstrafe oder Geldstrafe möglich (Art. 91 Abs. 1 SVG, Art. 181 und 186 StGB). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für diese Straftaten eine Geldstrafe verhängt. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit gebietet, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall jene gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 97 E. 4.2.2).
Die Beschwerde ist in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen.

6.
Die Vorinstanz erklärt die Zusatzstrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe als vollziehbar (Urteil, E. 3d S. 14). Auf den Vollzug der Geldstrafe verzichtet sie, was nicht zu beanstanden ist (Beschwerde, S. 6 N. C). Hinsichtlich der Vollzugsfrage ist bei kumulierten ungleichartigen Strafen nicht auf die aus Freiheits- und Geldstrafe zusammengesetzte Gesamtsanktion (wie bei gleichartigen asperierten Strafen) abzustellen, sondern die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe sind je für sich zu betrachten (Urteil 6B 165/2011 vom 19. Juli 2011 E. 2.3.4).

7.
Die Vorinstanz begründet die Kostenverteilung für das Berufungsverfahren ausführlich. Darauf kann verwiesen werden (Urteil, E. 4 S. 18). Inwiefern ihre Schlussfolgerung, der Beschwerdegegner sei teilweise mit seinen Anträgen durchgedrungen, weshalb ihm nur zwei Drittel der Kosten aufzuerlegen seien, willkürlich sein soll, legt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dar (Beschwerde, S. 6 N. 2) und ist nicht ersichtlich (zu den Begründungsanforderungen der Rüge der willkürlichen Anwendung von kantonalem Recht BGE 136 I 65 E. 1.3.1; Art. 106 Abs. 2 BGG).

8.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Wallis hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Praxisgemäss ist die Parteientschädigung dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Der Kanton Wallis hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners, Rechtsanwalt Fernando Willisch, für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– auszurichten.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Wallis, I. Strafrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. April 2012

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Horber