Urteilskopf

124 IV 254

42. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 11. November 1998 i.S. P. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 43 Ziff. 2, Art. 44 Ziff. 1 und 6 StGB.

Der Richter kann auf die Entscheidung der Fragen, ob eine Massnahme anzuordnen und der Vollzug der von ihm ausgefällten Freiheitsstrafe aufzuschieben sei, nicht mit der Begründung verzichten, dass sich die Frage der Anordnung einer Massnahme auch in einem andern, hängigen Strafverfahren stellen werde (E. 3 und 4).

Regeste (fr):
Art. 43 ch. 2, art. 44 ch. 1 et 6 CP.

Le juge ne peut pas se dispenser de trancher la question de savoir s'il convient d'ordonner une mesure et de suspendre l'exécution de la peine privative de liberté qu'il a lui-même fixée, cela au motif que le problème du prononcé d'une mesure se pose également dans une autre procédure encore pendante (consid. 3 et 4).

Regesto (it):
Art. 43 n. 2, 44 n. 1 e 6 CP.

Il giudice non può rinunciare a decidere se convenga ordinare una misura e sospendere l'esecuzione della pena privativa della libertà da lui pronunciata, per il motivo che la questione se debba essere ordinata una misura si pone anche in un altro procedimento pendente (consid. 3 e 4).

Sachverhalt ab Seite 254

A.- Ende 1991 knüpfte P. eine Beziehung zu B. an, die als Prostituierte arbeitete. Die Beziehung dauerte vier Monate. Im ersten Monat besuchte er Frau B. mindestens viermal, in den folgenden drei Monaten insgesamt fünfmal. Jedesmal brachte er Kokain mit, welches sie gleichzeitig und gemeinsam konsumierten. P. gab Frau B. unter neun Malen insgesamt rund 50 g Kokain ab. 45 g konsumierte Frau B. in Anwesenheit von P., den Rest konsumierte sie allein.

B.- Das Obergericht des Kantons Aargau sprach P. am 7. Mai 1998 der Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG schuldig und verurteilte ihn deswegen sowie wegen einfacher Verletzung von Verkehrsregeln durch Nichteinhalten eines ausreichenden Abstandes beim Hintereinanderfahren zu einer unbedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von acht Monaten und zu einer Busse von 100 Franken, als Zusatzstrafe zum Urteil des Richteramtes VII Bern vom 31. Januar 1992. Das Obergericht hielt zudem in Ziff. 3 des Urteilsdispositivs fest, über die Anordnung einer Massnahme gestützt auf Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 43 Ziff. 2 StGB sowie den allfälligen Aufschub des Vollzugs der Gefängnisstrafe von acht Monaten habe der Sachrichter im neuen Strafverfahren gegen P. zu entscheiden.

BGE 124 IV 254 S. 255

C.- P. ficht das Urteil des Obergerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde und mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde an. Mit der letzteren beantragt er, es sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau beantragt sinngemäss die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Erwägungen

Auszug aus den Erwägungen:

3. a) Der Beschwerdeführer beantragte im Berufungsverfahren eventualiter die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens unter anderem zu den Fragen seiner Zurechnungsfähigkeit und Massnahmebedürftigkeit. Die Vorinstanz hielt in ihrem Beschluss vom 29. Mai 1997 fest, ein solches Gutachten werde demnächst bereits vom Bezirksamt Aarau in einem andern hängigen Verfahren wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz in Auftrag gegeben. Die Vorinstanz wies das Bezirksamt an, ihr nach Eingang des Gutachtens eine Kopie desselben zuzustellen. Eine Kopie des Gutachtens des Forensischen Dienstes der Psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 31. Oktober 1997 ging am 20. November 1997 bei der Vorinstanz ein. b) Die Vorinstanz setzt sich im angefochtenen Urteil nicht mit den Schlussfolgerungen des Gutachtens betreffend die Anordnung einer stationären Massnahme auseinander und prüft nicht, ob der Vollzug der von ihr ausgefällten Gefängnisstrafe von acht Monaten in Würdigung des Gutachtens etwa zu Gunsten einer stationären Massnahme gemäss Art. 44 StGB aufzuschieben sei. Zur Begründung hält sie fest, es sei zu berücksichtigen, dass das Bezirksamt Aarau gegen den Beschwerdeführer erneut eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz durchführe. Dem Beschwerdeführer werde vorgeworfen, von Herbst 1995 bis Ende März 1996 zirka 1,55 kg Kokain zum Weiterverkauf erworben zu haben. Die Untersuchung stehe kurz vor dem Abschluss. Im Falle einer Verurteilung habe der Beschwerdeführer mit einer massiven Freiheitsstrafe zu rechnen. Die Frage der Anordnung einer Massnahme und des Aufschubs der Freiheitsstrafe werde sich auch im neuen Verfahren stellen. Sie soll durch den Entscheid im vorliegenden, vergleichsweise untergeordneten Verfahren nicht präjudiziert werden und sei dem Sachrichter im neuen Verfahren zu überlassen. Für den Antritt einer allfälligen Massnahme sei keine Dringlichkeit geboten.

BGE 124 IV 254 S. 256

c) Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dieses Vorgehen der Vorinstanz sei im Gesetz nicht vorgesehen und daher bundesrechtswidrig. Zudem verstosse es, wie auch in der konnexen staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht wird, gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung, da der Ausgang des hängigen Verfahrens, auf welches die Vorinstanz verweise, offen sei. d) Die Beschwerdegegnerin vertritt in ihren Gegenbemerkungen die Auffassung, dass sich eine einheitliche Beurteilung der Frage des Strafaufschubs für das vorliegende und für das neue Verfahren geradezu aufdränge. Sie habe sich einem Aufschub nicht grundsätzlich widersetzt, sondern nur eine Präjudizierung dieser Frage für das schwerer wiegende neue Verfahren verhindern wollen. In diesem neuen Verfahren sei nun zwischenzeitlich am 4. August 1998 beim Bezirksgericht Aarau Anklage erhoben und beantragt worden, die neu auszufällende Strafe (Antrag: 3 1/2 Jahre Zuchthaus) zusammen mit der im angefochtenen Urteil ausgefällten Strafe von acht Monaten Gefängnis aufzuschieben. Eine gesonderte vorgezogene bundesgerichtliche Beurteilung dieser Frage für das erste Verfahren dürfte sich damit erübrigen.

4. Gemäss Art. 44 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 6 StGB kann der Richter die Einweisung des Täters in eine Heilanstalt anordnen, wenn dieser rauschgiftsüchtig ist, die Tat damit in Zusammenhang steht und durch diese Massnahme die

Gefahr künftiger Verbrechen oder Vergehen verhütet werden kann. Der Richter kann auch ambulante Behandlung anordnen. Art. 43 Ziff. 2 StGB ist entsprechend anwendbar. Wird vom Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet, so schiebt er im Falle einer Freiheitsstrafe deren Vollzug auf. Zwecks ambulanter Behandlung kann der Richter den Vollzug der Strafe aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Das Gesetz sieht nicht vor, dass der Richter die Entscheidung über die Anordnung einer Massnahme und den allfälligen Aufschub des Vollzugs der von ihm ausgefällten Freiheitsstrafe unter Umständen einem andern Richter in einem andern, hängigen Verfahren betreffend gleichartige Straftaten überlassen dürfe. Die Vorinstanz hätte selber darüber entscheiden müssen. Dass das bei ihr hängige Verfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, begangen Ende 1991/Anfang 1992, im Vergleich zum andern, vor dem Bezirksamt Aarau hängigen Verfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, angeblich begangen zwischen Herbst 1995 und März 1996, allenfalls von vergleichsweise

untergeordneter Bedeutung ist, ist belanglos. Auch ein relativ geringfügiges Vergehen, ja unter Umständen sogar eine Übertretung (siehe Art. 19a Ziff. 4 BetmG [SR 812.121]), kann Anlass für eine Massnahme sein. Dass sich die Frage der Anordnung einer Massnahme allenfalls auch im andern, hängigen Verfahren stellen könnte, ist unerheblich. Der Richter im andern Verfahren hat gar nicht die Möglichkeit, den Vollzug der von der Vorinstanz ausgefällten Gefängnisstrafe von acht Monaten in Anwendung von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 43 Ziff. 2 StGB nachträglich zu Gunsten der von ihm angeordneten Behandlung aufzuschieben. Unerheblich ist ferner, dass nach der Auffassung der Vorinstanz «für den Antritt einer allfälligen Massnahme ... keine Dringlichkeit geboten» sei. Diese Dringlichkeit ist keine Voraussetzung für die richterliche Anordnung einer Massnahme. Die Dringlichkeit ist nur dann von Bedeutung, wenn etwa Massnahmen nach Art. 44 StGB und Freiheitsstrafen im Vollzug zusammentreffen; in diesem Fall ist von der zuständigen Behörde vorerst die am dringlichsten oder zweckmässigsten erscheinende Massnahme oder Strafe zu vollziehen und der Vollzug der andern aufzuschieben (siehe Art. 2 Abs. 8 VStGB 1). Inwiefern der Entscheid der Vorinstanz zur Frage der Anordnung einer Massnahme einen Entscheid im andern Verfahren präjudiziert hätte, ist nicht ersichtlich. Der Richter im andern Verfahren ist an die diesbezügliche Auffassung der Vorinstanz nicht gebunden. Insbesondere aber musste die Vorinstanz nach dem Grundsatz der Unschuldsvermutung davon ausgehen, dass der Ausgang des zur Zeit der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch vor dem Bezirksamt Aarau hängigen Verfahrens bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss sowohl im Schuldpunkt als auch hinsichtlich der Sanktion ungewiss ist. Das Vorgehen der Vorinstanz läuft, zumindest indirekt, auch auf eine Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung hinaus. Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese darüber entscheide, ob eine Massnahme anzuordnen sei.