Urteilskopf

135 IV 146

19. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerde in Strafsachen) 6B_765/2008 vom 7. April 2009

Regeste (de):
Art. 87, Art. 388 Abs. 1 und 3, Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 StGB; Übergangsrecht, Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren, Vollzug der Gesamtstrafe.

Die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts rechtskräftig gewordene Verfügung der Verwaltungsbehörde betreffend die Probezeit bei einer bedingten Entlassung bleibt auch in Bezug auf die verhängte Dauer bestehen. Es erfolgt keine Anpassung an das neue Recht (E. 1). Voraussetzungen und Methodik der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren nach Art. 89 Abs. 6 StGB (E. 2.4). Die Gesamtstrafe kann weder bedingt noch teilbedingt ausgesprochen werden (E. 2.4.2).

Regeste (fr):
Art. 87, art. 388 al. 1 et 3, art. 89 al. 6 CP en relation avec l'art. 49 al. 1 CP; droit transitoire, prononcé d'une peine d'ensemble en cas de procédure de réintégration, exécution de la peine d'ensemble.

La décision relative au délai d'épreuve en cas de libération conditionnelle, prise par l'autorité administrative et entrée en force avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, continue de produire ses effets également en ce qui concerne la durée du délai d'épreuve. Il n'y a pas lieu de l'adapter au nouveau droit (consid. 1). Conditions et méthode pour prononcer une peine d'ensemble en cas de procédure de réintégration au sens de l'art. 89 al. 6 CP (consid. 2.4). La peine d'ensemble ne peut pas être prononcée avec sursis ou sursis partiel (consid. 2.4.2).

Regesto (it):
Art. 87, art. 388 cpv. 1 e 3, art. 89 cpv. 6 CP unitamente all'art. 49 cpv. 1 CP; diritto transitorio, commisurazione della pena unica nella procedura di ripristino, esecuzione della pena unica.

La decisione concernente il periodo di prova in caso di liberazione condizionale, presa dall'autorità amministrativa e cresciuta in giudicato prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto, continua a esplicare i suoi effetti anche per quanto riguarda la durata del periodo di prova. Non viene adattata al nuovo diritto (consid. 1). Presupposti e metodica per commisurare la pena unica nell'ambito della procedura di ripristino ai sensi dell'art. 89 cpv. 6 CP (consid. 2.4). L'esecuzione della pena unica non può essere sospesa né con la condizionale né con la condizionale parziale (consid. 2.4.2).

Sachverhalt ab Seite 146

A. Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X. am 11. April 2002 zweitinstanzlich wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu zwei Jahren und vier Monaten Gefängnis als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich

vom 6. November 1999 (60 Tage Gefängnis wegen Körperverletzung). Die dagegen erhobenen Rechtsmittel an das Bundesgericht blieben ohne Erfolg (vgl. Urteile 6P.117/2003 und 6S.247/2002 vom 3. März 2004). X. trat die ausgefällte Strafe am 28. Juni 2004 an. Mit Entscheid des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 9. August 2005 wurde er auf den 27. August 2005 bei einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Vor Ablauf der Probezeit, d.h. am 14./15. März 2007, delinquierte X. erneut, indem er 56 Gramm reines Kokain kaufte und verkaufte.

B. Mit Urteil vom 22. Mai 2008 stellte das Obergericht des Kantons Zürich im Berufungsverfahren die Rechtskraft des erstinstanzlichen Schuldspruchs wegen (erneuter) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz fest. Es ordnete die Rückversetzung von X. in den Vollzug der am 11. April 2002 ausgefällten Freiheitsstrafe (Reststrafe: 284 Tage) an und bestrafte ihn unter Einbezug dieses Strafrests mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten als Gesamtstrafe. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von 12 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von fünf Jahren bedingt auf. Im Umfang von 12 Monaten erklärte es die Freiheitsstrafe als vollziehbar.

C. X. gelangt mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei unter Kostenfolgen aufzuheben, auf die Rückversetzung in den Strafvollzug sei zu verzichten und die neu auszufällende Freiheitsstrafe sei auf maximal 15 Monate festzusetzen mit bedingtem Strafvollzug und einer Probezeit von drei Jahren. Eventuell sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. Vernehmlassungen wurde keine eingeholt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. In Anwendung der übergangsrechtlichen Regelung von Art. 388 StGB, ergänzt durch Ziff. 1 Abs. 3 der Schlussbestimmungen der Änderung des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002, hat die Vorinstanz die zu beurteilende Frage der Nichtbewährung bzw. Rückversetzung entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach neuem Recht beurteilt (Urteil des Bundesgerichts 6B_303/2007 vom

6. Dezember 2007 E. 4.3 mit Hinweis auf BGE 133 IV 201). Hiegegen sind in der Beschwerde zu Recht keine Einwendungen erhoben worden. Soweit der Beschwerdeführer vor Bundesgericht geltend macht, es hätten nicht nur die revidierten Bestimmungen zur Nichtbewährung gemäss Art. 89 StGB, sondern richtigerweise auch diejenigen zur Probezeit gemäss Art. 87 StGB angewendet werden müssen, kann ihm nicht beigepflichtet werden. Denn diejenigen Elemente einer altrechtlichen Sanktion, die - wie die Probezeit - keinen Einfluss auf die Organisation und den institutionellen Ablauf des Sanktionenvollzugs haben und von daher nicht das Voll-

zugsregime im Sinne von Art. 388 Abs. 3 StGB betreffen, unterstehen dem Grundsatz nach Art. 388 Abs. 1 StGB, also dem Vollzug nach altem Recht (siehe SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 321 f.; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, N. 3 zu Art. 388 StGB). Im Übrigen handelt es sich vorliegend - der Beschwerdeführer wurde am 9. August 2005 mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich bei einer Probezeit von drei Jahren bedingt aus dem Strafvollzug entlassen - um einen Verwaltungsakt, der unter der Herrschaft des alten Rechts ergangen und unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Dieser Akt bleibt vollständig - d.h. auch in Bezug auf die Dauer der verhängten Probezeit - bestehen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat das neue Recht hier nicht zur Folge, dass die bereits rechtskräftig beurteilte Frage der Dauer der Probezeit im Sinne von Art. 87 StGB in Wiedererwägung zu ziehen wäre. Anders zu argumentieren hiesse, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sämtliche laufenden Probezeiten für bedingt Entlassene hätten überprüft und nötigenfalls neu angesetzt werden müssen. Das entspricht nicht der Meinung des Gesetzgebers (vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [...], BBl 1999 II 2183 Ziff. 239.21). Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten deshalb zutreffend von der Massgeblichkeit der unter der Herrschaft des alten Rechts am 9. August 2005 verfügten und in Rechtskraft erwachsenen dreijährigen Probezeit ausgegangen.

2. (...)

2.4 Die Vorinstanz bildet aus der Strafe von mindestens 18 und höchstens 20 Monaten, die sie für die neue Tat allein ausfällen würde, unter Einbezug des Vorstrafenrests von 284 Tagen bzw. rund 9 ½ Monaten in "Anwendung des Asperationsprinzips" (Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 6 StGB) eine Gesamtstrafe von 24

Monaten. Sie gewährt hierfür den teilbedingten Strafvollzug, im Wesentlichen unter Zugrundelegung der Urteilserwägungen der ersten Instanz, welche davon ausging, dass der Beschwerdeführer aus dem Vollzug eines Teils der Gesamtstrafe die nötigen Lehren ziehen würde, weshalb ihm hinsichtlich des verbleibenden Rests die nötige günstige bzw. besonders günstige Prognose zu stellen sei. Den unbedingt und den bedingt vollziehbaren Teil der Strafe setzt sie auf je 12 Monate fest.

2.4.1 Sind auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Artikel 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 Satz 1 StGB). Aus dieser Formulierung ergibt sich zunächst, dass die Bildung einer Gesamtstrafe überhaupt nur in Betracht fällt, wenn die Reststrafe und die neu ausgefällte Freiheitsstrafe für die Probezeitdelikte zu vollziehen sind. Ist dies der Fall, so hat das Gericht gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB eine solche Gesamtstrafe in "Anwendung von Art. 49 StGB" zu bilden. Wie das im Einzelnen geschehen bzw. was damit genau gemeint sein soll, ist nicht ohne weiteres einsehbar. Die Lehre hat sich dazu soweit ersichtlich nicht geäussert. In der Botschaft des Bundesrates wird (lediglich) ausgeführt, dass die vorgeschlagene Bestimmung das Zusammentreffen eines durch Widerruf vollziehbaren Strafrests mit einer neuen (unbedingt vollziehbaren) Freiheitsstrafe "sachgerechter" regle als das bisherige Recht: Der Richter kumuliere nicht einfach wie bisher beide Strafen, sondern bilde aus ihnen eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln der bedingten Entlassung erneut anwendbar seien (Botschaft, a.a.O., 2123 Ziff. 214.34; vgl. BGE 134 IV 241 zum Widerruf des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 46 StGB). Sollte Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB zum Ausdruck bringen wollen, dass das Gericht für die der teilweise bereits verbüssten Vorstrafe und die der neuen Strafe zugrunde liegenden Taten eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip bilden soll, wie wenn es alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte, erscheint dies als nicht sachgerecht. Das Gericht müsste in einem solchen Fall unter Zugrundelegung sämtlicher Straftaten - also derjenigen, welche der Täter nach Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit begangen hat, als auch derjenigen, für die er

rechtskräftig verurteilt wurde und die Strafe bereits teilweise verbüsst hat - den Strafrahmen für die schwerste Tat festlegen, innerhalb dieses Strafrahmens

BGE 135 IV 146 S. 150

die Einsatzstrafe für die schwerste Tat festsetzen, diese unter Einbezug aller anderen Straftaten angemessen zur Gesamtstrafe erhöhen und schliesslich feststellen, dass diese Strafe im Umfang des verbüssten Teils der Vorstrafe bereits vollzogen ist. Das macht wenig Sinn. Der Fall eines Täters, der aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung einen Teil seiner Strafe bereits verbüsst hat und nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit erneut delinquiert, unterscheidet sich ganz massgeblich vom Fall des Täters, der sämtliche Taten begangen hat, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB zur Konkurrenz) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB zur retrospektiven Konkurrenz) verurteilt wird. Eine Gleichstellung dieser Fälle bei der Strafzumessung erscheint deshalb als sachfremd, zumal damit auch die straferhöhend zu wertenden Kriterien, dass der Täter bereits vorbestraft ist und einen Teil der Taten während der Probezeit nach der bedingten Entlassung verübt hat, bei der Zumessung der Strafe zu Unrecht unberücksichtigt bleiben müssten. Offenkundig kann es deshalb nicht die mutmassliche Meinung des Gesetzgebers (gewesen) sein, das System von Art. 49 StGB bei der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren unbesehen zu übernehmen. Ebenso wenig soll es insoweit aber zulässig sein, den Vorstrafenrest und die ausgefällte Strafe für die neuen Straftaten gemäss dem Kumulationsprinzip wie bisher einfach zu addieren (vgl. Botschaft, a.a.O.). Es kann deshalb im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB nur darum gehen, dem Täter bei der Festlegung der Sanktion in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips - im Vergleich zum Kumulationsprinzip - eine gewisse Privilegierung zu gewähren, wenn sowohl die Freiheitsstrafe für das neue Delikt als auch die konkrete Reststrafe zum Vollzug anstehen. Das Gericht hat dabei methodisch stets von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausgefällt hat. Das gilt insbesondere deshalb, weil sich der noch zu vollziehende Vorstrafenrest in der Regel keiner, also auch nicht einer allfällig schwersten Tat zuordnen lässt, da insbesondere bei Vorliegen mehrerer Straftaten nicht gesagt werden kann, welche Delikte des Täters durch Strafverbüssung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind. Die für die neuen Straftaten ausgefällte Freiheitsstrafe bildet als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation. Das Gericht hat diese folglich mit Blick auf den

BGE 135 IV 146 S. 151

Vorstrafenrest angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren.

2.4.2 Dass die im Verfahren nach Art. 89 Abs. 6 StGB gebildete Gesamtstrafe unbedingt anzuordnen und damit in jedem Fall vollständig zu vollziehen ist, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass eine solche überhaupt nur gebildet werden kann, wenn die Voraussetzungen für einen unbedingten Vollzug der neuen Freiheitsstrafe vorliegen und die Reststrafe ebenfalls für vollziehbar erklärt worden ist. Die Gewährung sowohl des bedingten (Art. 42 StGB) als auch des teilbedingten Strafvollzugs (Art. 43 StGB) fällt bei einer gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB gebildeten Gesamtstrafe mithin ausser Betracht.

2.4.3 Die Vorinstanz ist bei der Bildung der Gesamtstrafe methodisch insgesamt korrekt vorgegangen. Sie hat insbesondere entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung separat geprüft, ob die neue Freiheitsstrafe unbedingt anzuordnen ist. In der Folge hat sie nicht einfach eine Strafe von mindestens 27 ½ bzw. höchstens

29 ½ Monaten ausgefällt, welche sich aus der Addition der ausgefällten Strafe von mindestens 18 und höchstens 20 Monaten für die neue Tat und des Strafrests von rund 9 ½ Monaten ergibt, sondern in Anwendung des Asperationsprinzips, ausgehend von der für die neue Straftat ausgefällten Freiheitsstrafe unter Einbezug des Vorstrafenrests zur angemessenen Erhöhung, eine Gesamtstrafe von 24 Monaten gebildet. Dagegen gibt es - auch mit Blick auf das weite Ermessen, das der Vorinstanz hier zukommt - nichts einzuwenden. Insoweit ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Allerdings hat die Vorinstanz den teilbedingten Strafvollzug angeordnet und die Strafe in einen unbedingt und einen bedingt vollziehbaren Teil von je 12 Monaten aufgeteilt. Wie ausgeführt kann die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren indessen weder bedingt noch teilbedingt ausgesprochen werden. Das Urteil erweist sich deshalb auch in diesem Punkt als mangelhaft, wobei sich der fragliche Mangel wiederum nicht zu Lasten des Beschwerdeführers auswirkt, sondern zu seinem Vorteil. Die Beschwerde ist daher insgesamt abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.