

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 677/2019

Urteil vom 12. Dezember 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Oberholzer,  
Bundesrichter Rüedi,  
Bundesrichterin Jametti,  
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Roger Vago,  
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 15. März 2019 (SB180337-O/U/mc).

Sachverhalt:

A.

Am 3. Mai 2018 sprach das Bezirksgericht Zürich A. \_\_\_\_\_ der einfachen Körperverletzung und der mehrfachen Tötlichkeiten zum Nachteil seiner Lebenspartnerin schuldig. Es verurteilte ihn unter Widerruf des bedingten Vollzugs einer teilweise verbüsst 24-monatigen Freiheitsstrafe vom 26. Oktober 2010 zu 30 Monaten Gesamtfreiheitsstrafe sowie zu Fr. 700.-- Busse. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es zugunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung) auf.

Das von A. \_\_\_\_\_ angerufene Obergericht des Kantons Zürich verurteilte ihn am 15. März 2019 wegen einfacher Körperverletzung und mehrfachen Tötlichkeiten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten sowie zu Fr. 700.-- Busse und erteilte ihm die Weisung, die bisherige ambulante (psychotherapeutische) Behandlung während der Probezeit solange wie nötig fortzuführen. Hingegen widerrief das Obergericht den bedingten Vollzug der mit Urteil vom 26. Oktober 2010 ausgefallenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon 575 Tage erstanden waren.

B.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A. \_\_\_\_\_, die vorinstanzlich verhängte Freiheitsstrafe von 10 Monaten sei zu vollziehen; vom Widerruf der Reststrafe gemäss Urteil vom 26. Oktober 2010 sei hingegen zugunsten einer Verwarnung sowie der Weisung, die bisherige ambulante Behandlung solange wie nötig fortzusetzen, abzusehen. Eventualiter sei A. \_\_\_\_\_ entsprechend dem bezirksgerichtlichen Urteil zu bestrafen.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer beanstandet den Widerruf der Vorstrafe.

## 1.1.

1.1.1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB; in der ab 1. Januar 2018 gültigen Fassung). Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten warnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 2 Sätze 1 und 2 StGB).

Eine bedingte Strafe oder der bedingte Teil einer Strafe ist nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.3 ff.). Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten [...] ist auch miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Der Richter kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB verneint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden (BGE 134 IV 140 E. 4.5; Urteile 6B 1070/2018 vom 14. August 2019 E. 5.5; 6B 529/2010 vom 9. November 2010 E. 3.2; je mit Hinweisen; SCHNEIDER/GARRÉ, Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019 N. 38 ff. zu Art. 46 StGB).

Die Regelung der Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB hat im Rahmen der jüngsten Revision des Sanktionenrechts gegenüber der Fassung, wie sie bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft stand, eine Änderung erfahren (AS 2006 3472; Änderung des StGB [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 19. Juni 2015; AS 2016 1249). In BGE 145 IV 146 E. 2.1 ff. insb. E. 2.3.5 hat das Bundesgericht auch seine diesbezügliche Rechtsprechung geändert. Demnach ergibt sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie der systematischen Stellung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB, dass das Gericht - die Gleichartigkeit der einzelnen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt - mit den früheren Taten und den während der Probezeit begangenen Taten eine Gesamtstrafe bilden muss. Demgegenüber war die Gesamtstrafenbildung unter altem Recht praxismässig nur möglich, wenn eine früher bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt und anschliessend eine Gesamtgeldstrafe gebildet wurde (BGE 145 IV 146 E. 2.1).

1.1.2. Dem Sachgericht steht bei der Beurteilung der Legalprognose ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift darin nur ein, wenn das Sachgericht sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 145 IV 137 E. 2.2; 134 IV 140 E. 4.2).

1.2. Die Vorinstanz begründet ausführlich und überzeugend, weshalb sie für die hier beurteilten Straftaten einzig eine Freiheitsstrafe als angemessen erachtet und zum Schluss gelangt, dass dem Beschwerdeführer hierfür nur unter gleichzeitigem Widerruf der Reststrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Oktober 2010 und der damit einhergehenden Warnwirkung gerade noch eine günstige Prognose gestellt werden kann. Darauf ist grundsätzlich zu verweisen.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt in diesem Vorgehen kein Widerspruch (vgl. oben E. 1.1.1). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das ihr bei der Strafzumessung und Legalprognose zustehende Ermessen missbraucht oder wesentliche Kriterien ausser Acht gelassen hätte. Der Beschwerdeführer behauptet dies denn auch nicht. Namentlich ist solches weder darin zu erblicken, dass die Vorinstanz anders entscheidet als das Erstgericht, noch darin, dass es nach Auffassung des Beschwerdeführers naheliegender wäre, eine - den Widerruf ausschliessende - Warnwirkung bereits aufgrund der augenscheinlich im vorliegenden Verfahren erstandenen mehrmonatigen Untersuchungshaft zu bejahen. Es spricht auch nicht gegen einen Widerruf der Reststrafe bei gleichzeitig knapp positiver Prognose hinsichtlich der hier beurteilten, beziehungsassoziierten Taten, dass zwischen diesen und der Vorstrafe wegen Betäubungsmitteldelikten kein unmittelbarer Zusammenhang bestehen mag. Angesichts der unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellung, wonach sich der Paarkonflikt in der Zwischenzeit entschärft zu haben scheint, ist die insoweit positive Prognose im Gegenteil nachvollziehbar. Ferner ist mit Bezug auf den Widerruf der Vorstrafe

irrelevant, weshalb die hier beurteilten, neuen Straftaten überhaupt Eingang in die Anklage fanden, und ob der Beschwerdeführer diese bestritt. Ebenso ist unerfindlich, was er aus dem Umstand für

sich ableiten will, dass er die hier beurteilten Straftaten "noch knapp während der Probezeit" des Urteils vom 26. Oktober 2010 begangen habe. Er behauptet jedenfalls nicht, die Probezeit sei bereits abgelaufen gewesen.

Der Widerruf der Vorstrafe ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz verkennt ferner nicht, dass bei diesem Ergebnis nach neuem Recht eine Gesamtstrafe mit den während der Probezeit begangenen Straftaten gebildet werden müsste, zumal gleichartige Strafen vorliegen (oben E. 1.1.1). Da diesfalls aber angesichts der ungünstigen Prognose im Zusammenhang mit dem Widerruf der Vorstrafe eine unbedingte Gesamtstrafe ausgesprochen werden müsste (vgl. SCHNEIDER/GARRÉ, Basler Kommentar, a.a.O., N. 37 zu Art. 46 StGB), - was das erstinstanzliche Gericht im Übrigen auch getan hat - bezeichnet die Vorinstanz das bisherige Recht trotz der nach neuem Recht möglichen Asperation zutreffend als das für den Beschwerdeführer mildere und wendet jenes an (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB; Urteil 6B 1053/2018 vom 26. Februar 2019 E. 3.4 mit Hinweis).

2.

Der Beschwerdeführer rügt in seinem Eventualstandpunkt eine Verletzung des Verbots der "reformatio in peius".

2.1.

2.1.1. Gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO darf die Rechtsmittelinstanz Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Der Sinn dieses Verschlechterungsverbots (Verbot der "reformatio in peius") besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll (BGE 144 IV 198 E. 5.3; 143 IV 469 E. 4.1; je mit Hinweisen). Das Verschlechterungsverbot untersagt sowohl eine Verschärfung der Sanktion als auch der rechtlichen Qualifikation der Tat. Massgebend ist das Dispositiv (vgl. BGE 142 IV 129 E. 4.5; 141 IV 132 E. 2.7.3; Urteil 6B 606/2018 vom 12. Juli 2019 E. 1.2.1; je mit Hinweisen).

2.1.2. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Verhältnis der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Sanktionenordnung und der bis dato gültig gewesenen Regelung, welche auch zur Beantwortung der Frage nach einer Schlechterstellung herangezogen werden kann (BGE 134 IV 82 E. 7.1 mit Hinweisen; ZIEGLER/KELLER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3a zu Art. 391 StPO), sind die Sanktionen aufgrund der gesetzlichen Systematik in Strafart, Strafvollzugsmodalität und Strafmass zu unterscheiden. In der Abstufung der Strafarten (Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Freiheitsstrafe) wie auch der Strafvollzugsmodalitäten (bedingte, teilbedingte, unbedingte Strafe) kommt eine Rangfolge zum Ausdruck. Darin liegt eine Bewertung des Gesetzgebers, welche beim Vergleich der Sanktionsschwere als verbindlicher Massstab zu betrachten ist. Auszugehen ist demnach von einer eigentlichen Kaskadenanknüpfung: (1.) Die Sanktionen (Hauptstrafen) sind nach der Qualität der Strafart zu vergleichen. (2.) Bei gleicher Strafart entscheidet die Strafvollzugsmodalität. (3.) Bei gleicher Strafart und Strafvollzugsmodalität kommt es auf das Strafmass an. (4.) Bei Gleichheit der Hauptstrafe sind allfällige Nebenstrafen zu berücksichtigen. Erst wenn sich die Entscheidung auf einer Stufe nicht herbeiführen lässt, weil sich im konkreten Fall keine Veränderung der Rechtsfolgen ergibt, ist der Vergleich auf der nächsten Stufe fortzusetzen.

2.2. Es ist unbestritten, dass nur der Beschwerdeführer ein Rechtsmittel ergriffen hat, nachdem die Staatsanwaltschaft ihre Berufung im Verfahren zurückzog. Das Verbot der "reformatio in peius" ist daher zu beachten und es ist zu prüfen, welche der von den kantonalen Instanzen verhängte Sanktion die schärfere ist. Gemäss der vorstehend dargestellten Rechtsprechung ist hierfür primär auf die Strafart abzustellen. Nachdem indes beide Vorinstanzen jeweils Freiheitsstrafen für angemessen erachteten, ist in zweiter Linie die Vollzugsmodalität massgebend, wobei der bedingte Vollzug am leichtesten, der unbedingte Vollzug am schwersten wiegt. Hier zeigt sich, dass die erste Instanz eine unbedingte Gesamtfreiheitsstrafe von 30 Monaten verhängte (abzüglich 575 Tage erstandener Haft = 485 Tage), während gemäss angefochtenem Urteil nur der noch nicht verbüsste Teil einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, nämlich 145 Tage (720 minus 575 Tage), oder knapp fünf Monate, zu vollziehen sind. Wie die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zutreffend erwägt, schliesst der Vollzugsaspekt zwar die Modalitäten (bedingter Vollzug), Anrechnung von Haft etc. ein, nicht aber den Aufschub des Vollzugs oder seine virtuelle Umwandlung (POPP/BERKEMEIER, Basler

Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage 2019, N. 20 zu Art. 2 StGB). Für die Sanktionsschwere muss daher ausser Acht bleiben, dass die erste Instanz die Strafe zugunsten einer Massnahme

aufgeschoben hat. Die vorinstanzliche Sanktion ist daher unter dem Gesichtspunkt der Vollzugsmodalitäten die mildere. Hingegen käme das Strafmass im Sinne der absoluten Straflänge erst und nur dann zum Tragen, wenn sich die Entscheidung auf der vorangehenden Stufe des Vollzugs nicht herbeiführen liesse. Es ist daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht von Belang, dass die vorinstanzliche Strafe infolge Nicht-Anwendung des Asperationsprinzips absolut um vier Monate länger ausfällt als diejenige des Bezirksgerichts. Sie ist damit, entsprechend der bundesgerichtlichen Kaskadenlösung, woran festzuhalten ist, - auch im Dispositiv - nicht härter. Ebenso wenig leuchtet ein, inwiefern der Wegfall einer angeordneten Massnahme zugunsten einer blossen Weisung eine Schlechterstellung darstellen soll. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch eine Anhörung des Beschwerdeführers hierzu.

3.  
Der angefochtene Entscheid ist rechtmässig; die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.  
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.  
Der Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten von Fr. 3'000.--.

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

Lausanne, 12. Dezember 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt