Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1378/2017

Urteil vom 4. Juni 2018

Strafrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Alexandra Hardegger,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand
Strafzumessung (mehrfacher Betrug usw.),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 7. September 2017 (SB170106-O/U/jv).

Sachverhalt:

A.
Am 1. Juli 2011 sprach das Bezirksgericht Horgen X._____ der mehrfachen, teilweise versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern, der versuchten Nötigung und des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage schuldig. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Sache in der Folge zweimal zur teilweisen Neubeurteilung an das Bezirksgericht zurück, wobei die Schuldsprüche in Rechtskraft erwuchsen. Am 26. April 2016 verurteilte das Bezirksgericht Horgen X._____ schliesslich unter Einbezug weiterer Anklagen wegen mehrfacher versuchter Nötigung, mehrfachen Betrugs sowie Beschimpfung zu 24 Monaten Freiheitsstrafe, 10 Tagessätzen à Fr. 30.-- Geldstrafe und Fr. 500.-- Busse, teilweise als Zusatzstrafe zu einem Strafbefehl vom 29. März 2010. Ferner hob es eine am 3. April 2002 angeordnete, zuletzt am 21. Dezember 2010 verlängerte ambulante Massnahme auf und ordnete den Vollzug der 2002 aufgeschobenen Zuchthausstrafe von zwei Jahren an.
Auf Berufung von X._____ und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Obergericht das erstinstanzliche Urteil am 7. September 2017 im Schuldpunkt und erhöhte die Freiheitsstrafe auf 32 Monate. Es ordnete ebenfalls die Aufhebung der Massnahme und den Vollzug der aufgeschobenen Zuchthausstrafe von 2002 an, wobei es die aufgrund der Massnahme anrechenbaren Tage von 41 auf 33 reduzierte.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X._____, die Freiheitsstrafe sei auf 26 Monate zu reduzieren und auf den Vollzug der Zuchthausstrafe von 2002 sei zu verzichten. Eventualiter sei die Sache zur Neufestsetzung der Freiheitsstrafe sowie der daran anzurechnenden ambulanten Therapie an das Obergericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung.

1.1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 134 IV 17 E. 2.1; je mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; 132 IV 102 E. 8 f.; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Das Sachgericht hat die für die Strafzumessung erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Dabei steht ihm ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz 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.

1.2. Die Vorinstanz erwägt unter Verweis auf das bezirksgerichtliche Urteil, der als schwerstes Delikt erscheinende mehrjährige Sozialhilfebetrug falle angesichts des erheblichen Tatverschuldens mit einer hypothetischen Einsatzstrafe von 18 Monaten ins Gewicht. Diese sei aufgrund der unbestritten gebliebenen, nicht mehr leicht wiegenden resp. recht erheblichen Tatvorwürfe der mehrfachen, teilweise versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern und der versuchten Nötigung gemäss bezirksgerichtlichem Urteil vom 1. Juli 2011 um neun Monate zu erhöhen. Obschon einer dieser Vorwürfe trotz Schuldspruchs infolge geänderter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Strafzumessung ausser Acht zu bleiben habe, rechtfertige sich eine Erhöhung entsprechend der vom Bezirksgericht ausgesprochenen Strafe. Die von diesem angesetzte Einsatzstrafe erscheine zu tief. Zufolge einer mehrfachen versuchten Nötigung zum Nachteil einer weiteren 15-Jährigen nimmt die Vorinstanz eine Erhöhung um drei Monate vor. Alsdann erhöht sie die Strafe aufgrund der Täterkomponente, namentlich einschlägiger Vorstrafen sowie der Delinquenz trotz laufender Strafverfahren, um weitere vier Monate, reduziert diese dagegen aufgrund der eher langen Verfahrensdauer um zwei
Monate, sodass eine Gesamtstrafe von 32 Monaten resultiert.

1.3. Die Vorinstanz begründet die Strafzumessung ausführlich und überzeugend. Es ist nicht ersichtlich, dass sie sich von sachfremden Kriterien hätte leiten lassen oder das ihr zustehende Ermessen überschritten hätte. Dies behauptet der Beschwerdeführer denn auch gar nicht. Entgegen seiner Auffassung verletzt die Vorinstanz das Verbot der reformatio in peius nicht, wenn sie die 18-monatige Einsatzstrafe aufgrund der Tatvorwürfe gemäss Urteil vom 1. Juli 2011 wie das Bezirksgericht um 9 Monate erhöht, obwohl sie anders als dieses einen der Schuldsprüche bei der Strafzumessung ausser Acht lässt und nur der Beschwerdeführer das Urteil angefochten hatte. Wie aus den vorinstanzlichen Erwägungen erhellt, betrifft der unberücksichtigte, aber in Rechtskraft erwachsene Schuldspruch die mehrfach versuchte Anbahnung eines Treffens mit einer 14-Jährigen, wobei der Beschwerdeführer das "Verhältnis" in sexuelle Bahnen zu lenken versucht habe, indem er via SMS sexuelle Praktiken angetönt, namentlich erwähnt habe, er wolle das Mädchen "streicheln" und "verführen". Dieser Vorwurf erscheint im Vergleich zu den verbliebenen Schuldsprüchen, insbesondere den mehreren tatsächlichen Treffen mit einer 15-Jährigen, wobei es zu Zungenküssen und Berührungen
an den Brüsten sowie unter der Hose im Vaginalbereich kam, sowie der mehrfachen versuchten Nötigung, deutlich geringfügiger. Die Vorinstanz war daher trotz der nach heutiger Rechtsprechung straflosen versuchten Anbahnung eines Sexualkontakts mit einer Minderjährigen nicht gehalten, eine Strafmilderung gegenüber der bezirksgerichtlichen Einschätzung vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, als das Verhalten im Tatzeitpunkt strafbar war und der Schulspruch unangefochten blieb. Sie verletzt auch das Asperationsprinzip nicht, da sie nachvollziehbar eine höhere als neunmonatige Freiheitsstrafe für angemessen erachtet hätte. Das Verbot der reformatio in peius hindert diese Feststellung entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht, ist doch hierfür das Dispositiv massgebend (BGE 142 IV 129 E. 4.5; Urteil 6B 375/2013 vom 13. Januar 2014 E. 5.1.1). Mit der Erhöhung um neun Monate respektiert die Vorinstanz sowohl das Asperationsprinzip als auch das Verbot der reformatio in peius, geht sie doch insoweit nicht über die vom Bezirksgericht festgesetzte Strafe hinaus. Im Übrigen liegt die Gesamtstrafe von 32 Monaten klarerweise innerhalb des vorinstanzlichen Ermessens.

2.
Der Beschwerdeführer beanstandet die Anordnung des Vollzugs der am 3. April 2002 ausgefällten, mehrmals aufgeschobenen Freiheitsstrafe von zwei Jahren.

2.1. Gemäss Art. 63b Abs. 2 StGB ist die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen, wenn die

ambulante Behandlung wegen Aussichtslosigkeit, Erreichen der gesetzlichen Höchstdauer oder Erfolglosigkeit aufgehoben wird. Es obliegt dem Gericht darüber zu entscheiden, ob stattdessen eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Art. 59 - 61 StGB oder eine (neue) ambulante Behandlung nach Art. 63 StGB anzuordnen ist (Art. 63b Abs. 5 StGB; BGE 143 IV 1 E. 5.4). Das Gericht entscheidet darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird. Liegen in Bezug auf die Reststrafe die Voraussetzungen der bedingten Entlassung oder der bedingten Freiheitsstrafe vor, so schiebt das Gericht den Vollzug auf (Art. 63b Abs. 4 StGB). Eine Anrechnung an die Freiheitsstrafe fällt nur in Betracht, wenn die ambulante Massnahme beim Betroffenen eine Einschränkung in der persönlichen Freiheit, d.h. in seinem Recht, sich nach Belieben frei zu bewegen, sich aufzuhalten und zu wohnen, bewirkt. Massgeblich ist dabei, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Behandlung verbunden war. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine
beschränkte Anrechnung in Frage. Dem Richter steht bei der Bestimmung des Umfangs der Anrechnung ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 122 IV 51 E. 3a; 121 IV 303 E. 4b; 120 IV 176 E. 2; Urteile 6B 926/2013 vom 6. März 2014 E. 5.2; 6B 206/2012 vom 5. Juli 2012 E. 3.2.1; 6S.121/2004 vom 7. Oktober 2004 E. 2.2).
Zufolge der per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen, mit Bezug auf Zuchthausstrafen gegenüber der früheren Regelung günstigeren Bestimmungen über die Vollstreckungsverjährung gemäss Art. 100 StGB beginnt die Verjährung mit dem Tag, an dem das Urteil rechtlich vollstreckbar wird. Bei der bedingten Strafe oder beim vorausgehenden Vollzug einer Massnahme beginnt sie mit dem Tag, an dem der Vollzug der Strafe angeordnet wird. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an den Vollzug der Strafe im Anschluss an den Vollzug von sog. therapeutischen Massnahmen im Sinne von Art. 59 (Behandlung von psychischen Störungen), Art. 60 (Suchtbehandlung), Art. 61 (Massnahmen für junge Erwachsene) und Art. 63 (ambulante Behandlung; vgl. MATTHIAS ZURBRÜGG, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 42 f. zu Art. 99 StGB und N. 5 zu Art. 100 StGB).

2.2. Die Vorinstanz erwägt, die 2002 angeordnete Freiheitsstrafe sei während insgesamt zwölfeinhalb Jahren zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben worden. Vor diesem Hintergrund sowie angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer trotzdem weiter einschlägig delinquiert habe, müsse von der Aussichtslosigkeit der Massnahme ausgegangen werden. Der in diesem Zusammenhang der Einwand des Beschwerdeführers, wonach er sich nach 2007 kein Sexualdelikt mehr habe zuschulden kommen lassen, sei unzutreffend. Auch die im virtuellen Raum im Rahmen von Kontaktanbahnungen getätigten Nötigungen gegenüber minderjährigen Mädchen seien einschlägig. Nach schlüssiger Einschätzung des Gutachters sowie des vormals behandelnden Therapeuten sei die Massnahme zudem undurchführbar und mangle es dem Beschwerdeführer an Behandlungsfähigkeit und -bereitschaft. Schliesslich sei die Rückfallgefahr weiterhin mindestens mittelhoch. Die ambulante Massnahme sei daher gescheitert und aufzuheben und die aufgeschobene Freiheitsstrafe sei bei ungünstiger Prognose zu vollziehen, zumal gemäss Gutachter auch von einer stationären Massnahme keine therapeutische Beeinflussung zu erwarten sei. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sei die Strafe
schliesslich nicht verjährt. Da deren Vollzug bis dato nicht angeordnet worden sei, habe die Vollstreckungsverjährung noch nicht einmal zu laufen begonnen.

2.3. Der Beschwerdeführer bestreitet die vorinstanzlichen Ausführungen hinsichtlich der Erfolglosigkeit der ambulanten Massnahme nicht und macht nicht geltend, diese sei fortzusetzen oder durch eine andere Massnahme zu ersetzen. Die Vorinstanz begründet denn auch überzeugend, weshalb sie von einem Scheitern der Massnahme ausgeht. Nach dem in E. 2.1 vorstehend Gesagten verletzt sie zudem kein Bundesrecht, wenn sie annimmt, die vormals zugunsten der Massnahme aufgeschobene Freiheitsstrafe sei nicht verjährt. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand des Beschwerdeführers, wonach die Verjährung unter altem Recht durch den Vollzug einer ambulanten Massnahme nicht gehemmt worden sei, ist unzutreffend. Vielmehr sind altes und neues Recht in Bezug auf Fristen, Ruhegründe und Fristbeginn im Bereich der Vollstreckungsverjährung identisch (MATTHIAS ZURBRÜGG, a.a.O., N. 42 zu Art. 99 StGB). Auch nach damaliger Rechtsprechung des Bundesgerichts, woran es trotz teilweise in der Lehre geübter Kritik festhielt, schloss bereits die Regelung von Art. 74 aStGB die Verjährung während des Massnahmenvollzugs von vornherein aus und hatte zur Folge, dass der nachträgliche Strafvollzug theoretisch zeitlich unbegrenzt angeordnet werden konnte. Dies im
Einklang mit Art. 75 Ziff. 1 aStGB, wonach die Vollstreckungsverjährung während des ununterbrochenen Vollzugs von Freiheitsstrafen und Massnahmen ruhte, wobei dies explizit auch für ambulante Massnahmen galt (Urteil 6S.121/2004 vom 7. Oktober 2004 E. 2.1 mit Hinweisen). Die vom Beschwerdeführer unter Hinweis auf einen angeblich abweichenden gesetzgeberischen Willen

geübte Kritik an dieser Rechtslage geht fehl.
Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers erscheint der Vollzug der aufgeschobenen Freiheitsstrafe trotz des langen Zeitablaufs nicht unbillig. Wie die Vorinstanz willkürfrei und daher für das Bundesgericht verbindlich feststellt (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG), fehlte es dem Beschwerdeführer nach Einschätzung des psychiatrischen Gutachters sowie seines langjährigen Therapeuten über weite Strecken am erforderlichen, insbesondere deliktsorientierten Therapiewillen und an Motivierbarkeit zu einer strukturierten Verhaltenstherapie. Dies äusserte sich etwa in zahllosen nicht oder nur verspätet wahrgenommenen Therapiesitzungen, was eine strukturierte Therapie verunmöglichte und darauf zurückzuführen sei, dass der Beschwerdeführer stets die Kontrolle über ein Geschehen beanspruche. Dieser hat es somit weitgehend selber zu verantworten, dass die langjährige Therapie erfolglos blieb. Daran ändert nichts, ob eine unheilbare Persönlichkeitsstörung vorliegt und ein ordentlicher Abschluss der Massnahme im Sinne einer Heilung daher von vornherein unmöglich war, wie er geltend macht. Dieser Umstand stand einer namhaften Verbesserung der Symptomatik oder zumindest einer Verminderung der Rückfallgefahr offensichtlich nicht im Weg, andernfalls die
Massnahme kaum wiederholt verlängert worden wäre. Vielmehr fehlte es dem Beschwerdeführer nach Auffassung des Gutachters augenscheinlich am Willen, sich mit dem eigenen Tatverhalten überhaupt ernsthaft auseinander zu setzen. Von einer unverschuldeten Krankheit resp. Therapieresistenz kann keine Rede sein. Soweit der Beschwerdeführer seine Kooperation sowie den Therapieerfolg nicht als derart schlecht beurteilt wissen will, wie es aufgrund der Akten der Fall ist, erschöpft sich sein Einwand in appellatorischer Kritik am vorinstanzlichen Urteil. Darauf ist nicht einzugehen. Im Übrigen begründet die Vorinstanz nachvollziehbar, weshalb sie die Einwände des Beschwerdeführers als unzutreffend beurteilt (oben E. 2.2).

2.4. Der Beschwerdeführer rügt in seinem Eventualantrag, das Ausmass der Anrechnung der ambulanten Therapie an die zu vollziehende Freiheitsstrafe durch die Vorinstanz sei ungenügend. Es sei willkürlich, ausgehend von einem Vierundzwanzigstundentag 16 Therapiestunden mit einem Tag Freiheitsentzug gleichzusetzen, zumal auch bei der gemeinnützigen Arbeit vier Arbeitsstunden einem Tag Freiheitsentzug entsprechen würden Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz begründet ihre Einschätzung ausführlich und überzeugend. Darauf kann verwiesen werden. Wie vorstehend dargelegt (oben E. 2.1), kommt dem urteilenden Gericht bei der Anrechnung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es ist nicht erkennbar, dass die Vorinstanz diesen überschritten hätte. Vor dem Hintergrund, dass eine Anrechnung an die Freiheitsstrafe grundsätzlich nur in Frage kommt, wenn die ambulante Massnahme beim Betroffenen eine Einschränkung in der persönlichen Freiheit bewirkt, und solches weder geltend gemacht wird noch angesichts der wöchentlich nach Vereinbarung mit dem Beschwerdeführer stattfindenden einstündigen Therapiesitzungen ersichtlich ist, erscheint die vorinstanzliche Anrechnung vielmehr grosszügig. Sie ist jedenfalls nicht
bundesrechtswidrig. Dies gilt ebenso für die Kürzung um einen Fünftel gegenüber dem Bezirksgericht aufgrund der ungenügenden Compliance, was der Beschwerdeführer im Übrigen nicht beanstandet.

3.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

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

Lausanne, 4. Juni 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt