



Geschäfts-Nr. SE060035/U

I. Strafkammer

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. F. Bollinger und Ersatzoberrichterin lic. iur. J. Haus Stebler sowie
der Obergerichtssekretär lic. iur. K. Rechsteiner

Urteil vom 22. März 2007

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin

gegen

A,

Angeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B

betreffend **versuchte schwere Körperverletzung etc.**

Aus dem Sachverhalt:

Der Angeklagte hat zwischen August 2003 und März 2006 (im Alter von 19 bis 22 Jahren) verschiedentlich aus nichtigem und von ihm provozierten Anlass Personen mit einem Messer bedroht oder geschlagen. Delinquent wurde unter Geltung des alten allgemeinen Teils des StGB, die Beurteilung erfolgte unter Geltung des neuen Rechts. In diesem Zusammenhang stellte sich unter anderem die Frage, ob neben der Anordnung einer Massnahme auch eine Strafe auszufallen sei.

Aus den Erwägungen:

[...]

"III. Strafe / Massnahme

A. Neues Recht

1. Übergangsrecht

1.1. Am 1. Januar 2007 ist das neue Strafgesetzbuch in Kraft getreten. Nach neuem Recht wird grundsätzlich nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Delikt begangen hat (Art. 2 Abs. 1 StGB). Hat jedoch der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen und erfolgt die Beurteilung erst nachher, so ist dieses neue Gesetz anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB).

1.2. In der Schweiz folgen Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung der lex mitior der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt (Riklin, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, AJP 12/2006 S. 1473). Dabei hat die Bewertung immer zuerst bei der Strafbarkeit einzusetzen. Ist sie unter beiden Rechten gegeben, so sind die Sanktionen zu taxieren.

2. Sofortige Anwendbarkeit des Massnahmerechts

2.1. Der Angeklagte befindet sich bereits im Massnahmezentrum Uitikon im vorzeitigen Massnahmevollzug. Heute wurde von der Staatsanwaltschaft beantragt, es sei eine Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB anzuordnen. Da im alten Recht neben der Massnahme keine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden konnte, im neuen Recht jedoch auch bei Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene eine - wenn auch zugunsten der Massnahme aufzuschiebende - Freiheitsstrafe auszufallen ist, stelle die Massnahme nach neuem Recht einen weitergehenden Eingriff in die Rechtsposition des Angeklagten dar. Deshalb sei das alte Recht das mildere und mithin im vorliegenden Fall anwendbar. Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe neben der Anordnung einer Massnahme für junge Erwachsene würde das Rückwirkungsverbot verletzen. Nachdem es jedoch die Arbeitserziehungsanstalten des alten Rechts nicht mehr gäbe und sich der Vollzug somit nach neuem Recht zu richten habe, sei eine nach dem Übergangsrecht auf maximal vier Jahre beschränkte Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB anzuordnen. Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe entfalle somit, da sie nach altem Recht vorbehalten bleibe für den Fall, dass die Massnahme scheitern sollte (HD Urk. 32 S. 1 und S. 8 f.). Die Verteidigung beantragte ebenfalls die Einweisung in eine Anstalt für junge Erwachsene unter Verzicht auf Ausfällung einer Strafe (HD Urk. 33 S. 1). Zur Begründung wurde auf die diesbezüglichen Ausführungen der Staatsanwaltschaft verwiesen (HD Urk. 33 S. 5 i.V.m. Prot. S. 38 f.).

2.2. Ziffer 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen zum neuen Recht sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des neuen Rechts über die Massnahmen (Art. 56 - 65 StGB) und über den Massnahmevollzug (Art. 90 StGB) auch auf die Täter anwendbar sind, welche vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben. Dabei ging man wohl davon aus, dass das neue Recht das mildere sei. Wo das neue Recht ausnahmsweise nicht milder ist, wurde seine Anwendung konsequenterweise begrenzt (Schwarzenegger / Hug / Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. A. Zürich 2007, S. 319). Insbesondere sieht Ziffer 2 Abs. 1 lit. b. der erwähnten Schlussbestimmungen vor, dass eine Einweisung junger Er-

wachsener in eine Arbeitserziehungsanstalt (Art. 100bis in der Fassung vom 18. März 1971) und eine Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) nicht länger als vier Jahre dauern dürfen.

Zum Einwand von Verteidigung und Staatsanwaltschaft, dass eine Massnahme nach neuem Recht einen weitergehenden Eingriff in die Rechtsposition des Angeklagten darstelle, da neben der Massnahme auch eine Strafe festzusetzen ist (Art. 61 StGB i.V.m. Art. 57 StGB), ist zu bemerken, dass die heute festzusetzende Strafe nur beim Scheitern der Massnahme zum Vollzug gelangt und dass auch nach altem Recht beim Scheitern einer Massnahme eine Strafe festzusetzen wäre (Art. 100ter Ziff. 4 aStGB). Es ist damit nicht ersichtlich, inwiefern das alte Recht im Falle eines Scheiterns der Massnahme milder wäre, zumal auch nach neuem Recht die im Massnahmevollzug verbrachte Zeit an eine Freiheitsstrafe anzurechnen wäre. Bei erfolgreicher Massnahme ist selbst eine längere, den Massnahmevollzug überdauernde Freiheitsstrafe nicht mehr zu vollziehen (Art. 62 b Abs. 3 und Art. 62 c Abs. 2 StGB), sodass sich auch hinsichtlich des Verzichts auf den Strafvollzug bei erfolgreicher Massnahme das alte Recht nicht als milder erweist. Es besteht somit auch unter dem Blickwinkel des Rückwirkungsverbot es kein Anlass, von der gesetzlichen Regelung nach Ziffer 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen zum neuen Recht abzuweichen."

(Entscheid ist rechtskräftig)