

BGer 6B 209/2022 vom 18. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_209_2022

FR: TF 6B 209/2022 du 18 août 2023

IT: TF 6B 209/2022 del 18 agosto 2023

Regeste

Veruntreuung | Straftaten

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt, der objektive Tatbestand der Veruntreuung sei nicht erfüllt. Er habe sich keine fremde Sache angeeignet, sondern habe den anvertrauten Wagen verkaufen dürfen. Eine Geldsumme sei ihm nicht anvertraut worden. Der Verkaufserlös habe sich mit seinem übrigen Barvermögen vermischt. Ihm komme als Kommissionär eine Abrechnungspflicht gegenüber dem Kommittenten zu. Er habe eine Verrechnung seiner eigenen Ansprüche geltend gemacht, was die Vereinbarungen der Parteien nicht ausschlossen. Aus dem zeitlichen Ablauf ergebe sich, dass die Subsumtion durch die Vorinstanz unkorrekt sei. Ihm werde vorgeworfen, am 19. Dezember 2016 eine Veruntreuung begangen zu haben, weil er keinen Anspruch auf Verrechnung habe. Die gegenseitigen Ansprüche der Parteien seien aber erst mit Urteil des Zivilgerichts des Broyebezirks vom 23. August 2018 gerichtlich bestimmt worden. Es sei widersinnig, dass ihm die Vorinstanz gestützt auf ein Urteil aus dem Jahr 2018 eine Veruntreuung im Jahr 2016 vorwerfe.

E. 1.2

Die Vorinstanz erachtet den objektiven Tatbestand der Veruntreuung als erfüllt. Das Fahrzeug sei im Eigentum des Beschwerdegegners 2 gestanden und dem Beschwerdeführer als fremde bewegliche Sache anvertraut worden. Der Beschwerdeführer als Beauftragter habe das alleinige Verkaufsrecht gehabt und die Pflicht, für den Fall des Eintausches dem Auftraggeber den Bargelderlös und damit das Ersatzsubstrat sofort herauszugeben. Mangels anderweitiger Abrede sei der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen, den aus dem Verkauf erlangten Vermögenswert sofort an den Beschwerdegegner 2 weiterzuleiten. Die vorgebrachten Verrechnungsforderungen seien nachträglich konstruiert und es handle sich dabei um nicht glaubwürdige Schutzbehauptungen. Es habe auch kein Anspruch auf Verrechnung bestanden. Es sei zudem, zwar nach dem Tatzeitpunkt und somit nachträglich, aber dennoch rechtskräftig, mit Entscheid des Zivilgerichts des Broyebezirks vom 23. August 2018 über den (Nicht-) Bestand dieser Forderungen entschieden worden.

E. 1.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art.

105 Abs. 2 BGG ; zum Willkürbegriff: BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur, soweit sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist. Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt es nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1; je mit Hinweisen).

E. 1.4.1

Eine Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB begeht, wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern. Den Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllt, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. Die Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe geahndet.

E. 1.4.2

Die tatbestandsmässige Handlung besteht bei der Veruntreuung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in einem Verhalten, durch welches der Täter eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (BGE 133 IV 21 E. 6.1.1 mit Hinweis). Als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern (BGE 143 IV 297 E. 1.3; 133 IV 21 E. 6.2 mit Hinweis). Dabei genügt, dass der Täter ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist. Der Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfasst Fälle, in denen - anders als bei der Veruntreuung von Sachen gemäss Abs. 1 derselben Bestimmung - zivilrechtlich die Fremdheit der anvertrauten Werte nicht gegeben oder zumindest zweifelhaft ist. Voraussetzung ist aber, dass der Fall mit der Veruntreuung von Sachen vergleichbar ist. In den Fällen, in denen Abs. 2 zur Anwendung kommt, erwirbt der Treuhänder an den erhaltenen Werten Eigentum. Er erlangt daher nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Verfügungsmacht. Die ins Eigentum des Treuhänders übergegangenen Werte sind jedoch bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufließen. In diesem Sinne sind sie wirtschaftlich fremd. Der Treuhänder ist deshalb verpflichtet, dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten (zum Ganzen: BGE 133 IV 21 E. 6.2 mit Hinweisen). Die Treuepflicht des Täters im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB kann auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachung beruhen. Für die Werterhaltungspflicht genügt auch die Begründung eines faktischen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnisses (BGE 143 IV 297 E. 1.4; 133 IV 21 E. 6.2).

E. 1.4.3

Verkaufskommissionär ist, wer gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt (sog. Verkaufskommission; Art. 425 Abs. 1 OR). Für das Kommissionsverhältnis kommen die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung, soweit nicht die Bestimmungen von Art. 425 ff. OR über die Kommission etwas anderes enthalten (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR). Der Verkaufskommissionär ist mangels anderweitiger Abrede verpflichtet, den aus dem Verkauf erlangten Vermögenswert sofort an den Kommittenten weiterzuleiten. Der vom Käufer bezahlte Verkaufserlös ist dem

Verkaufskommissionär daher im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut (BGE 92 IV 174 E. 1; Urteile 6B_621/2019 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1; 6B_1035/2016 vom 10. November 2016 E. 2.2).

E. 1.5.1

Der Beschwerdeführer verweist auf den "unbestrittenen Sachverhalt" und rügt eine falsche rechtliche Würdigung desselben, respektive beanstandet dessen Subsumtion unter den objektiven Tatbestand der Veruntreuung. Gleichwohl wendet er sich im Rahmen seiner Ausführungen gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung. Das ist der Fall, wenn er entgegen den Erwägungen der Vorinstanz und deren Verweis auf act. 2026 geltend macht, die Vereinbarungen der Parteien hätten "eine [solche] Verrechnung" nicht ausgeschlossen, ihn habe mithin keine Pflicht getroffen, den Bargelderlös aus dem Verkauf sofort herauszugeben; ebenso, wenn er entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen pauschal auf dem Bestand verrechenbarer Forderungen beharrt. Abgesehen davon, dass er keine explizite Willkürüge erhebt, handelt es sich hierbei jeweils um eine blosser Schilderung seiner Sicht der Dinge. Er setzt sich nicht mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern deren gezogene Schlüsse schlechterdings unhaltbar wären (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Solches ist nicht geeignet, eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung darzutun. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz zur Begründung unter anderem auch das nach dem Tatzeitpunkt ergangene Urteil des Zivilgerichts des Broyebezirks vom 23. August 2018 anführt. Hierbei handelt es sich um eine Zusatzbegründung, welche für die Erstellung der Tatsache, dass keine Verrechnungsforderungen bestanden, nicht ausschlaggebend ist. Die Vorinstanz stützt ihren Schluss vielmehr und insbesondere darauf, dass sie die Verrechnungsforderungen als "konstruiert" und "nicht nachvollziehbar" qualifiziert. Damit steht für das Bundesgericht verbindlich fest (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass der Beschwerdeführer im Rahmen des unbestrittenermassen abgeschlossenen Kommissionsauftrags als Beauftragter das Verkaufsrecht am fremden Fahrzeug und gleichzeitig die Pflicht hatte, den Bargelderlös aus dem Verkauf sofort herauszugeben. Der Beschwerdeführer hat aber das im Eigentum des Beschwerdegegners 2 stehende Fahrzeug in Kommission verkauft, ohne diesem den Verkaufserlös weiterzuleiten, obschon er gemäss Kommissionsauftrag hierzu verpflichtet gewesen wäre und ihm keine verrechenbaren Forderungen zukamen.

E. 1.5.2

In rechtlicher Hinsicht führt der Beschwerdeführer zu Recht aus, dass er das ihm anvertraute Fahrzeug verkaufen und dem Dritterwerber Eigentum daran verschaffen durfte. Dies führt aber nicht zu einem Freispruch, wie er es beantragt.

E. 1.5.2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die in der Beschwerde vorgetragene Begründung der Rechtsbegehren noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann eine Beschwerde mithin auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 146 IV 88 E. 1.3.2; 143 V 19 E. 2.3; Urteile 6B_27/2023 vom 5. Mai 2023 E. 2.1; 6B_243/2022 vom 18. Januar 2023 E. 2.1). Das Bundesgericht darf indes nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Zusammenfassend bezieht sich die freie rechtliche Prüfung auf die angefochtenen Punkte des letztinstanzlichen kantonalen

Urteilsdispositiv. Damit prüft das Bundesgericht sämtliche Fragen des eidgenössischen Rechts aufgrund des verbindlich festgestellten Sachverhalts im Rahmen der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge frei und von Amtes wegen (vgl. BGE 132 IV 20 E. 3.1.3 m.w.H.).

E. 1.5.2.2

Das Bundesgericht kann demnach im vorliegenden Fall frei prüfen, ob der Schuldspruch wegen Veruntreuung mit Bundesrecht in Einklang steht. Der Schuldspruch kann dabei durch die Formulierung des Rechtsbegehrens durch den Beschwerdeführer nicht weiter eingeschränkt werden. Wenn der Beschwerdeführer einen Freispruch vom Vorwurf der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB begehrt, hindert dies das Bundesgericht mithin unter dem Gesichtspunkt von Art. 107 Abs. 1 BGG nicht, eine allfällige Verletzung des Tatbestandes im Lichte der wesensgleichen Tatvariante von Abs. 2 derselben Bestimmung zu prüfen (vgl. wiederum BGE 132 IV 20 und dort E. 3.4 im Zusammenhang mit einer falschen Anschuldigung im Sinne von Art. 303 Ziff. 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB).

E. 1.5.2.3

Das Fahrzeug stand unbestrittenermassen im Eigentum des Beschwerdegegners 2 und war damit für den Beschwerdeführer fremd. Sowohl das Fahrzeug als auch der aus dem Verkauf erzielte Erlös war dem Beschwerdeführer anvertraut (BGE 92 IV 174 E. 1). Der Verkauf des Fahrzeugs erfolgte abredgemäß in Kommission, weshalb sich der Beschwerdeführer durch den Verkauf keiner Veruntreuung schuldig gemacht hat. Gemäss dem von der Vorinstanz willkürfrei festgestellten Sachverhalt war der Beschwerdeführer aber mangels anderweitiger Abrede verpflichtet, den aus dem Verkauf erlangten und ihm entgegen seinen Ausführungen (Beschwerde S. 5) ebenfalls anvertrauten Verkaufserlös sofort an den Kommittenten weiterzuleiten. Dazu war er indes offensichtlich nicht gewillt, machte er doch stattdessen - von der Vorinstanz willkürfrei als Schutzbehauptung und nachträglich konstruiert qualifizierte - Verrechnungsforderungen geltend und bekundete so seinen Willen, den Anspruch des Treugebers zu vereiteln. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz den objektiven Tatbestand der Veruntreuung im Ergebnis zwar zu Recht als erfüllt erachtet, der von ihr festgestellte Sachverhalt allerdings unter die Tatbestandsvariante der Veruntreuung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zu subsumieren ist. Auf die Konsequenzen dieser abweichenden rechtlichen Qualifikation ist nach Prüfung der Rügen des Beschwerdeführers zum subjektiven Tatbestand der Veruntreuung einzugehen (vgl. nachfolgend E. 3).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, es fehle am subjektiven Tatbestand der Aneignung einer anvertrauten fremden Sache oder von anvertrauten Vermögenswerten. Er habe den Beschwerdegegner 2 seit dem Verkauf des Fahrzeugs auf seinen Verrechnungswillen hingewiesen. Dies schliesse den Enteignungs- und den Zueignungswillen eo ipso aus. Es könne keine Veruntreuung vorliegen, wenn die Tathandlung mit einem anderen Ziel als der ungerechtfertigten Bereicherung erfolge. Es sei lediglich wichtig, dass er aus nachvollziehbaren Gründen der subjektiven Ansicht gewesen sei, dass ihm gegenüber dem Beschwerdegegner 2 noch Forderungen zustehen würden.

E. 2.2

Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer vorsätzlich gehandelt und von Anfang an wissentlich und willentlich beabsichtigt habe, die ihm fremde anvertraute Sache zu verkaufen, den Beschwerdegegner 2 dauerhaft zu enteignen und sich das Fahrzeug bzw. dessen Wert anzueignen sowie sich am Ersatzsubstrat (dem Kaufpreis) unrechtmässig zu bereichern. Der Beschwerdeführer habe nie ernsthaft die Absicht gehabt, dem Beschwerdegegner 2 den Erlös aus dem Verkauf des Fahrzeugs herauszugeben.

E. 2.3.1

In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der Veruntreuung Vorsatz und ein Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Nach der Rechtsprechung bereichert sich bei der Veruntreuung von Vermögenswerten unrechtmässig, wer die Vermögenswerte, die er dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, in seinem Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, sie jederzeit sofort zu ersetzen (BGE 133 IV 21 E. 6.1.2 S. 27 mit Hinweisen).

E. 2.3.2

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (BGE 141 IV 369 E. 6.3; 137 IV 1 E. 4.2.3; je mit Hinweisen).

E. 2.4

Auch die Rügen des Beschwerdeführers bezüglich den subjektiven Tatbestand der Veruntreuung erweisen sich im Kern als Sachverhaltsrügen. Die Vorinstanz stellt fest, dass der Beschwerdeführer wissentlich und willentlich vor hatte, sich am Kaufpreis unrechtmässig zu bereichern, und dass er nie ernsthaft die Absicht hatte, dem Beschwerdegegner 2 den Erlös aus dem Verkauf des Fahrzeuges herauszugeben. Einen Sachverhaltsirrtum betreffend das Vorliegen von Verrechnungsforderungen, den der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz noch geltend gemacht hatte, schliesst die Vorinstanz nach sorgfältiger Prüfung aus. Damit einhergehend gelangt sie zum Schluss, dass es sich um nicht glaubwürdige Schutzbehauptungen bzw. nachträglich konstruierte Verrechnungsforderungen handle (vgl. angefochtenes Urteil S. 5). Dagegen bringt der Beschwerdeführer nichts vor (vgl. oben E. 1.5.1). Er macht geltend, aus nachvollziehbaren Gründen der subjektiven Ansicht gewesen zu sein, dass ihm gegenüber dem Beschwerdegegner 2 (doch) noch Forderungen zustehen würden, und er daher mit dem Erlös des Fahrzeugs eine Verrechnung habe vornehmen dürfen. Es erschliesst sich aber nicht, inwiefern er hiervon hätte ausgehen können, wenn die Vorinstanz die geltend gemachten Verrechnungsforderungen willkürfrei als Schutzbehauptungen und nachträglich konstruiert qualifiziert. Der Beschwerdeführer vermag wiederum nicht darzutun, dass die Vorinstanz unhaltbare Schlüsse gezogen, erhebliche Beweise übersehen oder solche willkürlich ausser Acht gelassen hätte und ihre Beweiswürdigung im Ergebnis schlechterdings unhaltbar wäre. Die Vorinstanz verfällt durch ihre Feststellungen zum Vorsatz nicht in Willkür und durfte auf die Erfüllung des subjektiven Tatbestands der Veruntreuung schliessen.

E. 3

Gemäss den vorstehenden Erwägungen (E. 1 und 2) ist der Schuldspruch wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB im Grundsatz zu bestätigen. Dass die Vorinstanz durch die Subsumtion des Sachverhalts unter Absatz 1 von Art. 138 Ziff. 1 StGB eine im Vergleich zum vorliegenden Urteil (Subsumtion unter Absatz 2 von Art. 138

Ziff. 1 StGB) abweichende rechtliche Qualifikation vornimmt, ändert nichts an der Rechtmässigkeit des wegen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB ergangenen Schuldspruchs. Das angefochtene Urteil ist jedoch dahingehend zu korrigieren, als dass die von der Vorinstanz unter Absatz 1 vorgenommene Subsumtion durch eine solche unter Absatz 2 zu ersetzen ist. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 344 StPO) in Bezug auf die abweichende rechtliche Würdigung ist nicht erforderlich, da sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde auch zum Verkaufserlös, respektive zur Frage geäußert hat, ob ihm der Verkaufserlös anvertraut gewesen sei und er sich diesen angeeignet habe (Beschwerde S. 5).

E. 4.1

Der Beschwerdeführer rügt, das vorinstanzliche Urteil sei in Bezug auf die Strafzumessung verbunden mit dem Widerruf des bedingten Vollzugs fehlerhaft. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einer schlechten Prognose aus. Er habe während mindestens sieben Jahren deliktfrei gelebt und meistere seine schwierigen finanziellen Verhältnisse, ohne weitere Straftaten zu begehen. Es könne nicht von einer grossen Rückfallgefahr gesprochen werden. Er sei selbstständig, arbeite, sei in seiner Sozialumgebung beliebt und verfüge über viele soziale Bindungen. Zudem lege die Vorinstanz Art. 46 Abs. 5 StGB falsch aus. Nach dieser Bestimmung dürfe der Widerruf nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen seien. Die Probezeit beginne mit der Eröffnung des Urteils zu laufen, das vollstreckbar werde. Die mit Urteil vom 18. Juni 2014 angeordnete Probezeit von vier Jahren sei am 18. Juni 2018 abgelaufen. Die drei Jahre der Widerrufsfrist gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB seien am 18. Juni 2021 abgelaufen. Diese Frist sei im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils überschritten gewesen. Massgebend sei der Zeitpunkt der zweitinstanzlichen Beurteilung. Das Kantonsgericht rechne zu Unrecht die Dauer des Vollzugs des unbedingt zu vollziehenden Teils der Vorstrafe zur Probezeit hinzu. Es stütze sich dabei zwar auf die in BGE 143 IV 441 publizierte Rechtsprechung des Bundesgerichts. Diese sei aber überholt und die neue Bestimmung von Art. 44 Abs. 4 StGB müsse als *lex mitior* zur Anwendung gelangen. Zu berücksichtigen sei nur die Eröffnung des Urteils, das vollstreckbar werde.

E. 4.2

Die Vorinstanz erachtet die Voraussetzungen für den Widerruf als erfüllt. Sie geht von einer schlechten Prognose aus. Der Beschwerdeführer sei einschlägig vorbestraft und wegen weiterer strafbarer Handlungen gegen das Vermögen verurteilt worden. Die Art der neuen Delinquenz und die Straftat im einschlägigen Bereich legten eine schlechte Prognose nahe. Die Vorstrafen und die laufende Probezeit schienen den Beschwerdeführer nicht beeindruckt zu haben. Es sei von einer gewissen Unbelehrbarkeit und einer persistierenden Uneinsichtigkeit auszugehen. Auch wenn sich der Beschwerdeführer in den letzten Jahren wohl verhalten habe oder es zumindest zu keiner neuen Verurteilung gekommen sei, sei zu befürchten, dass er weitere Straftaten verüben werde. Die Frist für die mit Urteil des Kantonsgerichts vom 18. Juni 2014 ausgesprochene Probezeit von vier Jahren sei grundsätzlich bis am 18. Juni 2018 gelaufen und habe sich aufgrund des unbedingt zu vollziehenden Teils der Strafe um neun Monate bis zum 18. März 2019 verlängert. Der Beschwerdeführer habe das zu beurteilende Delikt in der Probezeit begangen. Die dreijährige Widerrufsfrist nach Art. 46 Abs. 5 StGB sei im Urteilszeitpunkt am 22. Dezember 2021 noch nicht abgelaufen.

E. 4.3.1

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). Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten verwarnen 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). Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 134 IV 140 E. 4.4). In die Beurteilung der Bewährungsaussichten ist auch miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Das Gericht 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 144 IV 277 E. 3.2; 134 IV 140 E. 4.5).

E. 4.3.2

Dem Sachgericht steht bei der Beurteilung der Legalprognose ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur korrigierend ein, wenn das Sachgericht sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 145 IV 137 E. 2.2; 144 IV 277 E. 3.1.1; je mit Hinweis).

E. 4.3.3

Nach Art. 46 Abs. 5 StGB darf der Widerruf einer bedingten Strafe nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind. Die Probezeit beginnt mit der Eröffnung des Urteils zu laufen, das vollstreckbar wird. Wird der erstinstanzliche Entscheid, der den Verurteilten unter Bewährungsprobe stellt, an eine obere Instanz weitergezogen, läuft die Probezeit von der Eröffnung desjenigen Urteils an, das nach Abschluss des Verfahrens zur Vollstreckung kommt. Massgebend ist demnach, ob im Falle der Abweisung des Rechtsmittels der angefochtene Entscheid bestehen bleibt und vollstreckbar wird oder, ob an seine Stelle das oberinstanzliche Urteil tritt (Urteil 6B_934/2015 vom 5. April 2016 E. 5.3.2 mit Hinweisen). Bei teilbedingten Strafen verlängert sich die Probezeit um die Dauer des Vollzugs des unbedingt zu vollziehenden Teils der Strafe. Entsprechend beginnt die Frist zur Anordnung eines Widerrufs nach Art. 46 Abs. 5 StGB später zu laufen (BGE 143 IV 441 E. 2.3 f.). Massgebend für die Einhaltung der Frist nach Art. 46 Abs. 5 StGB ist das Urteil der Berufungsinstanz, soweit es das erstinstanzliche Urteil auch betreffend den Widerruf ersetzt (vgl. BGE 143 IV 441 E. 2.2 mit Hinweis; Urteil 6B_114/2013 vom 1. Juli 2013 E. 7).

E. 4.4.1

Die Vorinstanz gelangt unter Würdigung der wiederholten Delinquenz des Beschwerdeführers im einschlägigen Bereich zum Schluss, dass die Legalprognose schlecht

sei. Der Beschwerdeführer setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz zur negativen Legalprognose nicht rechtsgenügend auseinander. Wiederum stellt er den Erwägungen der Vorinstanz seine eigene Sicht gegenüber, ohne eine begründete Sachverhaltsrüge zu erheben. Auch hier verkennt er die Natur seiner Vorbringen als solche tatsächlicher Natur. Die Ergänzung des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts ist vor Bundesgericht nur unter den Voraussetzungen von Art. 105 Abs. 2 BGG möglich (vgl. oben E. 1.3). Die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie von einer negativen Legalprognose ausgeht.

E. 4.4.2

Im Hinblick auf die Widerrufsfrist besteht kein Anlass, von der publizierten (und nun kodifizierten, vgl. hierzu E. 4.4.3 nachfolgend) Rechtsprechung abzuweichen. Eine andere Beurteilung für die Halbgefängenschaft, wie sie der Beschwerdeführer argumentiert, drängt sich nicht auf. Auch in Halbgefängenschaft befindet sich der Täter nicht in Freiheit, sondern im Strafvollzug, und damit unter spürbarem äusserem Druck und unter engmaschiger Betreuung. Er hat die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 77b Abs. 1 StGB auch nach Bewilligung der Halbgefängenschaft zu erfüllen und die Bedingungen und Auflagen der Vollzugsbehörde zu befolgen, ansonsten die Freiheitsstrafe im Normalvollzug vollzogen wird (Art. 77b Abs. 4 StGB). Der Täter hat damit nicht gleichermassen wie in Freiheit die Gelegenheit, sich ungehindert zu bewähren (vgl. zur entsprechenden Begründung BGE 143 IV 441 E. 2.3; zur geringeren Bedeutung des Wohlverhaltens in Halbgefängenschaft als in [voller] Freiheit im Bereich des Migrationsrechts vgl. Urteil 2C_367/2021 vom 30. September 2021 E. 4.2.2 mit Hinweis).

E. 4.4.3

Am 23. Januar 2023 ist Art. 44 Abs. 4 StGB in Kraft getreten. Gemäss dieser Bestimmung beginnt die Probezeit mit der Eröffnung des Urteils, das vollstreckbar wird. Diese Regelung übernimmt die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 120 IV 172 E. 2a; Urteil 6B_934/2015 vom 5. April 2016 E. 5.3.2 m.w.H; vgl. dementsprechend Botschaft des Bundesrates zum Strafregistergesetz vom 20. Juni 2014, BBl 2014 S. 5713 ff., 5862). Nach der Praxis des Bundesgerichts zur Beschwerde in Strafsachen (Art. 78 ff. BGG) findet neues Recht vor Bundesgericht ungeachtet Art. 2 Abs. 2 StGB keine Anwendung, wenn es - wie vorliegend - erst während des Verfahrens vor Bundesgericht in Kraft tritt (BGE 145 IV 137 E. 2.8 mit Hinweisen; Urteil 2C_113/2018 vom 25. November 2019 E. 2.1). Mithin prüft das Bundesgericht nicht, ob mit dem nach Ausfällung des angefochtenen Entscheids in Kraft getretenen Art. 44 Abs. 4 StGB milderes Recht geschaffen wurde. Entsprechend ist auf die diesbezüglichen Erwägungen des Beschwerdeführers nicht weiter einzugehen.

E. 4.4.4

Die vorinstanzliche Berechnung von Probezeit und Widerrufsfrist ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Die Widerrufsfrist nach Art. 46 Abs. 5 StGB war im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils noch nicht abgelaufen, da die Probezeit um die Dauer des Vollzugs des unbedingt zu vollziehenden Teils der teilbedingten Freiheitsstrafe verlängert wurde. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

E. 5

Der Beschwerdeführer beantragt eine vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Er stellt aber keine Anträge betreffend die vorinstanzlich auf den Zivilweg

verwiesenen Zivilforderungen des Beschwerdegegners 2. Ebenso wenig begründet er seinen eventualiter gestellten Antrag auf Ausfällung einer "angemessenen Geldstrafe, eventuell Freiheitsstrafe". Darauf ist jeweils nicht einzutreten (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG). Seine Anträge betreffend eine Neuverlegung der kantonalen Verfahrenskosten begründet der Beschwerdeführer ausschliesslich mit dem beantragten Freispruch. Da es bei der Verurteilung bleibt, ist darauf nicht weiter einzugehen.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als dass Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs zu korrigieren und durch die mit Abs. 2 von Art. 138 Ziff. 1 StGB erfasste Tatvariante der Veruntreuung von Vermögenswerten zu ersetzen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Eine Rückweisung an die Vorinstanz hat nicht zu erfolgen. Die Beschwerde an das Bundesgericht ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 107 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht kann die notwendige Abänderung des vorinstanzlichen Dispositivs selbst vornehmen. Mit dem vorliegenden Entscheid wird einzig die Qualifikation des Schuldspruchs wegen Veruntreuung als Fall von Abs. 1 von Art. 138 Ziff. 1 StGB durch Abs. 2 derselben Bestimmung ersetzt. Der vorinstanzliche Entscheid ist darüber hinaus vollumfänglich zu bestätigen. Insbesondere wird auch der Schuldspruch für Veruntreuung trotz teilweiser Abänderung von Ziff. 1 des Dispositivs bestätigt und das vorinstanzliche Urteil in dieser Hinsicht nicht durch das vorliegende Urteil ersetzt. Andere Gründe, die eine Rückweisung an die Vorinstanz notwendig machen würden, liegen keine vor. Die Strafandrohung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 3 StGB gilt für beide Tatbestandsvarianten gemäss Abs. 1 und Abs. 2. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, weshalb aufgrund der abweichenden rechtlichen Qualifikation eine neue Strafzumessung vorgenommen werden müsste. Der Sachverhalt ist unbestritten und bleibt unverändert. Der Beschwerdeführer begründet nicht, inwiefern die vorinstanzliche Strafzumessung eventualiter zu beanstanden wäre (vgl. oben E. 5). Da die Gutheissung lediglich zu einer geringfügigen Korrektur des vorinstanzlichen Urteils führt und dieses in Bezug auf den Schuldspruch, die Strafzumessung, den Widerruf und die Zivilforderungen bestätigt wird, braucht die Sache auch nicht zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen zu werden.

E. 7

Da die Beschwerde lediglich insofern gutzuheissen ist, als dass Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs zu korrigieren, mithin durch die mit Abs. 2 von Art. 138 Ziff. 1 StGB erfasste Tatvariante der Veruntreuung von Vermögenswerten zu ersetzen ist und die Gutheissung letztlich von Amtes wegen erfolgt, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.