

# **BGer 6B\_520/2007 vom 16. Mai 2008**

Bundesgericht, 2008-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_520\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_520_2007)

FR: TF 6B\_520/2007 du 16 mai 2008

IT: TF 6B\_520/2007 del 16 maggio 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Auf die vorliegende Beschwerde in Strafsachen kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie in Berücksichtigung des Fristenstillstands ( Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ) unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und Form ( Art. 42 BGG ) von der in ihren Anträgen unterliegenden beschuldigten Person ( Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG ) eingereicht wurde und sich gegen einen von der letzten kantonalen Instanz ( Art. 80 BGG ) gefällten Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in Strafsachen ( Art. 78 Abs. 1 BGG ) richtet.

### **E. 2**

Die Frage des bedingten Vollzugs bestimmt sich unstreitig nach dem im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Berufungsentscheids geltenden neuen Recht, da dieses für den Beschwerdeführer offensichtlich milder ist, weil nach dem neuen Recht im Unterschied zum alten für die in ihrem Ausmass unangefochtene Freiheitsstrafe von 22 Monaten der vollbedingte oder zumindest ein teilbedingter Vollzug in Betracht fällt.

### **E. 3.1**

Art. 42 StGB regelt gemäss seinem Randtitel die "bedingten Strafen". Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten ( Art. 42 Abs. 1 StGB ). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen ( Art. 42 Abs. 2 StGB ). Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs kann auch verweigert werden, wenn der Täter eine zumutbare Schadenbehebung unterlassen hat ( Art. 42 Abs. 3 StGB ). Eine bedingte Strafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Artikel 106 verbunden werden ( Art. 42 Abs. 4 StGB ). Art. 43 StGB regelt gemäss seinem Randtitel die "teilbedingten Strafen". Das Gericht kann den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen ( Art. 43 Abs. 1 StGB ).

Art. 42 Abs. 2 StGB betreffend das Erfordernis besonders günstiger Umstände ist vorliegend unstreitig nicht anwendbar, da die Vorstrafe des Beschwerdeführers gemäss Strafbefehl vom 7. September 2001 wegen Veruntreuung lediglich zwei Monate beträgt. Der bedingte Vollzug dieser Vorstrafe kann unstreitig gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB nicht widerrufen werden, weil seit dem Ablauf der Probezeit mehr als drei Jahre vergangen sind.

### **E. 3.2**

Bei einer Freiheitsstrafe zwischen einem Jahr und zwei Jahren und somit auch bei der vorliegend ausgefallenen Freiheitsstrafe von 22 Monaten kommt neben dem unbedingten Strafvollzug sowohl ein vollbedingter Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB als auch ein teilbedingter Vollzug nach Art. 43 Abs. 1 StGB in Betracht. Demgegenüber ist bei Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren bis zu drei Jahren neben dem unbedingten Vollzug bloss ein teilbedingter, aber nicht auch ein vollbedingter Vollzug möglich.

#### **E. 3.2.1**

Während nach dem alten Recht für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nach dem neuen Recht, Art. 42 Abs. 1 StGB, das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Die Gewährung des bedingten Strafaufschubs setzt mit anderen Worten nicht mehr die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang ( BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2.2**

Auch die bloss teilbedingte Strafe gemäss Art. 43 StGB setzt das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraus. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug zumindest eines Teils der Strafe bedingt aufgeschoben werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Das Gericht kann gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB den Vollzug "nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen". Die Bedeutung dieser sog. "Verschuldensklausel" ist weitgehend unklar ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.3).

Für Freiheitsstrafen von über zwei Jahren bis zu drei Jahren, die mithin über der Grenze für bedingte Strafen liegen, sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor. An die Stelle des vollbedingten Strafvollzugs, der hier ausgeschlossen ist ( Art. 42 Abs. 1 StGB ), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind. Der Zweck der Spezialprävention findet seine Schranke am gesetzlichen Erfordernis, dass angesichts der Schwere des Verschuldens wenigstens ein Teil der Strafe zu vollziehen ist. Hierin liegt die hauptsächliche Bedeutung von Art. 43 StGB ( BGE 134 IV 1 E. 5.5.1). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen von über zwei Jahren bis zu drei Jahren wiege das Verschulden des Täters so schwer, dass trotz günstiger beziehungsweise nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens vollzogen werden muss.

Dieses Kriterium des Verschuldensausgleichs kann bei Freiheitsstrafen von einem Jahr bis zu zwei Jahren, mithin im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und 43 StGB, nicht relevant sein. Denn bei diesen Strafen ist der vollumfängliche Aufschub des Strafvollzugs nach Art. 42 StGB die Regel, die grundsätzlich vorgeht. Der teilbedingte Vollzug bildet dazu die Ausnahme. Sie ist nur zu bejahen, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Teil der Strafe unbedingt vollzogen wird. Damit verhält es sich ähnlich wie bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Fall eines Widerrufs des bedingten Strafvollzugs. Ergeben sich -

insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen - ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht anstelle des Strafaufschubs den teilbedingten Vollzug gewähren. Auf diesem Wege kann es im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint ( BGE 134 IV 1 E. 5.5.2). Im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und 43 StGB , mithin bei Freiheitsstrafen von einem Jahr bis zu zwei Jahren, erweist sich das in Art. 43 StGB genannte Verschulden als sachfremdes Kriterium.

### **E. 3.2.3**

Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Artikel 106 verbunden werden. Aufgrund dieser Bestimmung, die durch eine nachträgliche Gesetzesanpassung eingefügt worden ist, kann namentlich eine bedingte Freiheitsstrafe mit einer unbedingten Geldstrafe kombiniert werden. Diese Kombination kommt etwa in Betracht, wenn das Gericht dem Täter zwar den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewähren, ihm aber doch einen spürbaren Denkkzettel verabreichen möchte. Die Strafenkombination dient hier spezialpräventiven Zwecken. Sie erlaubt innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen ( BGE 134 IV 1 E. 4.5.2, 53 E. 5.2).

### **E. 3.2.4**

Bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und zwei Jahren, mithin im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und 43 StGB , ist der teilweise Vollzug gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB für die Erhöhung der Bewährungsaussichten nicht unumgänglich (siehe E. 3.2.1 hievore), solange die Gewährung des vollbedingten Vollzuges der Freiheitsstrafe kombiniert mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse ( Art. 42 Abs. 4 StGB ) spezialpräventiv ausreichend ist. Diese Möglichkeit hat das Gericht vorgängig zu prüfen ( BGE 134 IV 1 E. 5.5.2).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer war von Herbst 2000 bis Frühling 2002 an der Herstellung und am Verkauf von rund 336 kg Marihuana beteiligt, wobei ein Umsatz von zirka Fr. 1,8 Mio. und ein Gewinn von mindestens Fr. 1,2 Mio. erzielt wurde, an dem der Beschwerdeführer mit wenigstens Fr. 55'900.-- beteiligt war. Nach seiner Entlassung aus der 11-tägigen Untersuchungshaft im April 2002 war der Beschwerdeführer vom Sommer 2002 bis Sommer 2004 weiterhin an der Produktion von Marihuana beteiligt, wobei ein Umsatz von Fr. 307'920.-- und ein Ertrag von mindestens Fr. 166'000.-- erzielt wurde. Der Beschwerdeführer befand sich daher im März 2003 und im Juli 2004 wiederum für einige Tage in Untersuchungshaft. Durch die beschriebenen Taten machte sich der Beschwerdeführer nach der unangefochtenen Auffassung der kantonalen Instanzen der wiederholten qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. b und c BetmG schuldig.

Am 20. Dezember 2000 verkaufte der Beschwerdeführer einen von ihm geleasteten Personenwagen. Dadurch machte er sich nach der unangefochtenen Auffassung der kantonalen Instanzen der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB schuldig. Der Beschwerdeführer hatte bereits früher eine Veruntreuung verübt, wofür er durch Strafbefehl des Untersuchungsrichteramts des Kantons Schaffhausen vom 7. September 2001 zu einer Gefängnisstrafe von zwei Monaten verurteilt wurde, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

Die Vorinstanz verurteilte den Beschwerdeführer in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, wovon 18 Monate als Zusatzstrafe für die vom Beschwerdeführer vor Erlass des Strafbefehls vom 7. September 2001 begangenen Straftaten ausgefällt wurden. Die Freiheitsstrafe von 22 Monaten sei zwar eher mild, aber dem individuellen Verschulden des Beschwerdeführers noch angemessen.

#### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz geht in ihrem Entscheid zur Vollzugsfrage zutreffend davon aus, dass bei Freiheitsstrafen von einem Jahr bis zu zwei Jahren der vollbedingte Vollzug nicht erst bei einer günstigen Prognose, sondern bereits bei Fehlen einer ungünstigen Prognose zu gewähren ist. Nach Auffassung der Vorinstanz kann dem Beschwerdeführer grundsätzlich keine ungünstige Prognose gestellt werden, da er sich seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft, mithin seit über 2 ½ Jahren, nichts mehr zu Schulden kommen liess, zudem in geordneten Verhältnissen lebt und seine Straftaten bereut (angefochtenes Urteil S. 21).

#### **E. 3.4.2**

Nach Ansicht der Vorinstanz kann dem Beschwerdeführer indessen für die Freiheitsstrafe von 22 Monaten nicht der vollbedingte Vollzug gewährt werden. Die Vorinstanz weist zur Begründung darauf hin, dass das Gericht gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB die Möglichkeit hat, unter anderem den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufzuschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Damit diene das Verschuldenselement als Korrektivfaktor zum Beispiel in Fällen, in denen es notwendig erscheine, dass der Täter trotz an sich günstiger Prognose eine spürbare Sanktion erhalte (angefochtenes Urteil S. 21/22). Im Einzelnen führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer sei in Bezug auf die Veruntreuung einschlägig vorbestraft. Diese Vorstrafe und die damit verbundene Probezeit habe ihn jedoch nicht davon abgehalten, wiederum zu veruntreuen. Zudem habe er, nachdem er aufgrund des Drogenhandels in einer ersten Phase in Untersuchungshaft gewesen sei, trotz laufender Strafuntersuchung im gleichen Stil weiter delinquent. Sowohl die Vorstrafe als auch die Strafuntersuchung und die Untersuchungshaft hätten ihm scheinbar keinerlei Eindruck gemacht. In dieser Situation scheine es notwendig, dass er eine spürbare Sanktion erhalte. Nur so könne seinem Verschulden genügend Rechnung getragen werden. Daher sei es angemessen, von der ausgefallten Freiheitsstrafe von 22 Monaten 10 Monate unbedingt zu vollziehen (angefochtenes Urteil S. 22).

#### **E. 3.5**

Der Beschwerdeführer macht in seiner Eingabe vom 13. September 2007 geltend, er bedürfe entgegen der Auffassung der Vorinstanz keiner spürbaren Sanktion. Der Vollzug einer Freiheitsstrafe hätte nämlich zur Folge, dass er seine Existenzgrundlage, die er sich

seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft im Juli 2004 aufgebaut habe, verlieren und damit erneut in eine Situation geraten würde, in welcher er seinen finanziellen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen könnte. Genau in einer solchen für ihn aussichtslosen Situation habe er sich nach der Entlassung aus der ersten Untersuchungshaft (im April 2002) dazu hinreissen lassen, wiederum in die Hanfproduktion einzusteigen. Der Verlust der Existenzgrundlage infolge eines Teilvollzugs der Freiheitsstrafe würde mithin die Gefahr künftiger Delinquenz erhöhen. Ein Teilvollzug der Freiheitsstrafe würde daher dem Ziel der Resozialisierung diametral zuwiderlaufen. Der Beschwerdeführer schildert seine berufliche Situation sowie die berufliche Lage seiner Ehefrau sowie seine intakten Familienverhältnisse. Er weist darauf hin, dass ein Grossteil der ihm angelasteten Straftaten bereits sechs Jahre zurückliegen.

#### **E. 3.6.1**

Die Vorinstanz hat die Anordnung eines teilbedingten Vollzugs der 22-monatigen Freiheitsstrafe im Umfang von 10 Monaten anstelle des grundsätzlich möglichen vollbedingten Vollzugs in ihren Urteilserwägungen, entsprechend dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 StGB, mit dem "Verschulden" des Beschwerdeführers begründet, welches eine "spürbare Sanktion" erfordere. Nach der vorstehend (E. 3.2.2 hievore) dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - die im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch nicht bestand - kann indessen beim Entscheid, ob für eine Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zwei Jahren der vollbedingte Vollzug ( Art. 42 Abs. 1 StGB ) oder lediglich ein teilbedingter Vollzug ( Art. 43 Abs. 1 StGB ) zu gewähren ist, entgegen dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 StGB das "Verschulden" nicht das massgebende Kriterium sein.

#### **E. 3.6.2**

Die Vorinstanz hat die Anordnung eines teilbedingten Vollzugs anstelle des vollbedingten Vollzugs aber auch damit begründet, dass der Beschwerdeführer trotz einer früheren Verurteilung wegen Veruntreuung zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zwei Monaten durch Strafbefehl vom 7. September 2001 sowie trotz der (ersten) Untersuchungshaft (im April 2002) und der daran anschliessenden Strafuntersuchung wegen des Verdachts von Betäubungsmitteldelikten scheinbar davon unbeeindruckt weiter delinquent hat. Die Vorinstanz bringt damit implizit zum Ausdruck, dass angesichts dieses Verhaltens des scheinbar unbeeindruckten Beschwerdeführers die Prognose zweifelhaft ist und nur unter der Voraussetzung des Vollzugs eines Teils der ausgefallenen Strafe als günstig beziehungsweise nicht ungünstig bewertet werden kann. Dies ist gemäss der vorstehend (E. 3.2.2 hievore) dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich das massgebliche Kriterium.

#### **E. 3.6.3**

Bei Freiheitsstrafen von einem Jahr bis zu zwei Jahren ist im Falle einer nicht ungünstigen Prognose gemäss der vorstehend (siehe E. 3.2.2 hievore) dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichts der vollbedingte Vollzug die Regel. Der teilbedingte Vollzug ist nach der zitierten Rechtsprechung die Ausnahme und kommt nur in Betracht, wenn ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters bestehen und der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint.

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Vorauszuschicken ist, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Unrecht vorwirft, die Vorstrafe wegen Veruntreuung und die

damit verbundene Probezeit hätten ihn nicht davon abgehalten, wiederum zu veruntreuen. Der Vorwurf beruht auf einem Versehen. Der Beschwerdeführer beging nämlich die Gegenstand des angefochtenen Urteils bildende Veruntreuung (durch Verkauf eines von ihm geleasteten Personenwagens) am 20. Dezember 2000 (siehe angefochtenes Urteil S. 9, 14, 15). In jenem Zeitpunkt lag aber noch keine Verurteilung wegen einer früheren Veruntreuung vor. Der Strafbefehl, durch welchen der Beschwerdeführer wegen einer früheren Veruntreuung zu zwei Monaten Gefängnis mit bedingtem Vollzug bei einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt wurde, erging erst am 7. September 2001.

Allerdings hat sich der Beschwerdeführer trotz dieser Strafe wegen Veruntreuung sowie trotz der 11-tägigen Untersuchungshaft im April 2002 und der anschliessenden Strafuntersuchung wegen des Verdachts von Betäubungsmitteldelikten ab Sommer 2002 bis Sommer 2004 weiterhin an der Herstellung von Marihuana beteiligt. Dies wirkt sich ungünstig auf die Prognose aus.

Andererseits hat sich der Beschwerdeführer seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft von 8 Tagen im Juli 2004 und somit im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils vom 13. Juli 2007 seit drei Jahren nichts mehr zu Schulden kommen lassen. Er lebt zudem in geordneten Verhältnissen und bereut seine Straftaten (angefochtenes Urteil S. 21). Diese Tatsachen wirken sich offensichtlich günstig auf die Prognose aus.

In Anbetracht der massgebenden Umstände bestehen keine erheblichen Bedenken an der Legalbewährung und ist auch ohne Vollzug eines Teils der ausgefallten Freiheitsstrafe die Prognose günstig beziehungsweise jedenfalls nicht ungünstig. Daher ist die Gefängnisstrafe von 22 Monaten im Sinne der Regel gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB im vollen Umfang aufzuschieben.

### **E. 3.7**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 13. Juli 2007 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG ) und hat der Kanton Schaffhausen dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu zahlen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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