

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
6B\_275/2007 /rom

Urteil vom 2. November 2007  
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Schneider, Präsident,  
Bundesrichter Ferrari, Zünd,  
Gerichtsschreiber Störi.

Parteien

1. X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Huber,  
und  
2. Y. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
gegen

A. \_\_\_\_\_ Versicherung,  
B. \_\_\_\_\_ Versicherung,  
Beschwerdegegnerinnen,  
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand

Mehrfacher Betrug, versuchter Betrug, Irreführung der Rechtspflege und Widerruf; Strafzumessung,

Beschwerden in Strafsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,  
vom 16. Februar 2007.

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich verurteilte Y. \_\_\_\_\_ und X. \_\_\_\_\_ am 1. November 2005 wegen  
mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB und Versuchs dazu im Sinne von Art. 22  
Abs. 1 StGB sowie Irreführung der Rechtspflege im Sinne von Art. 304 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu je 18  
Monaten Gefängnis bedingt, wobei es die Probezeit für Frau Y. \_\_\_\_\_ auf zwei, für Herrn  
X. \_\_\_\_\_ auf fünf Jahre ansetzte. Ausserdem verpflichtete es die beiden unter solidarischer  
Haftbarkeit, der A. \_\_\_\_\_ Versicherung Fr. 49'320.25 und der B. \_\_\_\_\_ Versicherung Fr.  
43'317.30 als Schadenersatz zu bezahlen. Es hielt für erwiesen, dass die beiden am Abend des 23.  
November 2003 einen Unfall zwischen ihrem Fahrzeug und einem zuvor gestohlenen Lieferwagen  
vorgetäuscht und anschliessend Versicherungsleistungen - namentlich auch für die ebenfalls  
vorgetäuschten Verletzungsfolgen Frau Y. \_\_\_\_\_s - erwirkt hatten.

Gegen dieses Urteil appellierten sowohl Y. \_\_\_\_\_ und X. \_\_\_\_\_ als auch die Staatsanwaltschaft  
des Kantons Zürich. Gestützt darauf bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 16. Februar  
2007 das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt und in Bezug auf die zivilrechtlichen Nebenfolgen. Im  
Strafpunkt verurteilte es Y. \_\_\_\_\_ zu einer 18-monatigen Freiheitsstrafe, deren Vollzug es  
aufschoob und die Probezeit auf zwei Jahre ansetzte. X. \_\_\_\_\_ verurteilte es zu 18 Monaten und 19  
Tagen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe unter Widerruf einer mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft  
Zürich am 10. April 2003 ausgefallten bedingten Strafe. Im Umfang von 12 Monaten schob es den  
Vollzug der Strafe bei einer Probezeit von 5 Jahren auf. 6 Monate und 19 Tage erklärte es für  
vollziehbar.

B.

B.a

-:-

6B\_275/2007

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X. \_\_\_\_\_, dieses Urteil aufzuheben und die Sache zur  
Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuzuweisen. Eventuell sei ihm für die gesamte  
Strafe der bedingte Strafvollzug zu gewähren und subeventuell sei er nach altem Recht zu einer

bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu verurteilen. In Bezug auf die Zivilansprüche sei seiner Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Ausserdem ersucht X. \_\_\_\_\_ um unentgeltliche Rechtspflege und Verteidigung.

B.b

6B\_276/2007

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt Y. \_\_\_\_\_, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und sie von Schuld und Strafe freizusprechen, eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege.

C.

Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Verurteilung der Beschwerdeführer beruht im Wesentlichen auf einem verkehrsdynamischen Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich vom 23. Mai 2005. Dessen Schlussfolgerung, dass es sich bei dem von den Beschwerdeführern zur Anzeige gebrachten Vorfall vom 23. November 2003 um einen vorgetäuschten "Unfall" handelt und ein (echtes) Unfallgeschehen, wie sie es darstellten, ausgeschlossen werden kann, überzeugten sowohl das Bezirks- wie das Obergericht.

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde 6B\_275/2007, das Abstellen auf das Gutachten sei willkürlich und verletze den Grundsatz "in dubio pro reo". Das Obergericht wäre verpflichtet gewesen, den Sachverhalt weiter abzuklären, und es habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem es seine Beweisanträge - auf Einholung eines Gutachtens über seine Zurechnungsfähigkeit, eines Plausibilitätsgutachtens in Bezug auf die Verletzungen seiner Frau sowie auf die Befragung einer Augenzeugin - abgewiesen habe. Die Beschwerdeführerin erhebt in ihrer eigenhändig verfassten Beschwerde 6B\_276/2007 einen Teil dieser Rügen ebenfalls, wobei sie sie allerdings nur summarisch begründet. Soweit ihre Ausführungen der Begründungspflicht von Art. 42 Abs. 2 BGG (vgl. dazu die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 S. 4294) überhaupt genügen, bringt sie jedenfalls nichts Wesentliches vor, was nicht auch in der Beschwerde 6B\_275/2007 enthalten wäre.

2.

2.1 Art. 9 BV gewährleistet den Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Auf dem Gebiet der Beweiswürdigung steht den kantonalen Instanzen ein weiter Ermessensspielraum zu. Willkür in der Beweiswürdigung liegt vor, wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dabei genügt es nicht, wenn sich der angefochtene Entscheid lediglich in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung rechtfertigt sich erst, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 127 I 38 E. 2a S. 41; 124 IV 86 E. 2a S. 88, je mit Hinweisen).

2.2 Aus der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung wird die Rechtsregel "in dubio pro reo" abgeleitet (vgl. dazu BGE 127 I 38 E. 2a S. 41 f.; 124 IV 86 E. 2a S. 88; 120 Ia 31 E. 2c und d S. 36).

Als Beweiswürdigungsregel besagt der Grundsatz "in dubio pro reo", dass sich der Strafrichter nicht von einem für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a mit Hinweisen). Die Maxime ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld des Angeklagten hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen. Inwiefern der Grundsatz "in dubio pro reo" verletzt ist, prüft das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Willkür, d.h. es greift nur ein, wenn der Sachrichter den Angeklagten verurteilte, obgleich bei objektiver Würdigung des Beweisergebnisses offensichtlich erhebliche bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an dessen Schuld fortbestanden.

2.3 Nach den aus Art. 29 BV fliessenden Verfahrensgarantien sind alle Beweise abzunehmen, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die Entscheidung erheblich sind (BGE 117 Ia 262 E. 4b; 106 Ia 161 E. 2b; 101 Ia 169 E. 1). Das hindert aber den Richter nicht, einen Beweisantrag abzulehnen, wenn er in willkürfreier Überzeugung der bereits abgenommenen Beweise zur Überzeugung gelangt, der rechtlich erhebliche Sachverhalt sei genügend abgeklärt, und er überdies in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen kann, seine Überzeugung werde auch durch diese nicht mehr geändert (BGE 130 II 351 E. 3.3.3; 122 V 157 E. 1d; 119 Ib 492

E. 5b/bb).

3.

In tatsächlicher Hinsicht - das umstrittene Gutachten betrifft einzig Sachverhaltsfragen - geht das Bundesgericht vom Sachverhalt aus, wie ihn die Vorinstanz festgestellt hat, es sei denn, dieser erweise sich als offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht (Art. 105 Abs. 1 und Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4338). Will der Beschwerdeführer eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz angreifen, muss er nachweisen, dass diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht und die Behebung des Mangels geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen (Art. 97 Abs. 1 BGG).

3.1 Die Ergebnisse des Gutachtens beruhen auf Sachbeweisen und sind nach der Überzeugung des Obergerichts (angefochtener Entscheid S. 10 f.) logisch, nachvollziehbar und schlüssig. Danach kann ausgeschlossen werden, dass sich ein Unfall, wie ihn die Beschwerdeführer darlegten - sie seien mit ihrem Personenwagen von der Bienenstrasse nach rechts in die Norastrasse eingebogen, worauf sie von einem auf der Norastrasse herannahenden, vortrittsbelasteten Lieferwagen von hinten angefahren worden seien - ereignet hat. Hingegen lasse sich das Spurenbild sehr gut mit einer absichtlich herbeigeführten Kollision der beiden Fahrzeuge erklären.

Die Einschätzung des Gutachtens durch das Obergericht ist zutreffend, der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was es erschüttern und ein Abstellen darauf als unhaltbar erscheinen lassen könnte. Es trifft zwar durchaus zu, dass die Gutachter die Unfallfahrzeuge nicht selber besichtigten, sondern ihre Untersuchung auf die Schadenfotos stützten. Es gibt indessen keinen Grund zur Annahme, dass sie den Beweiswert der Fotos falsch eingeschätzt und sie fehlerhaft ausgewertet haben könnten. Unbedenklich ist ebenfalls, dass Schadenfotos des Schadenexperten einer Geschädigten verwendet wurden. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, und es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass diese in irgend einer Weise manipuliert sind und nicht die effektiven Kollisionsschäden zeigen.

Als weiteren Beweis für die "Ungenauigkeit" des Gutachtens führt der Beschwerdeführer die Feststellung der Experten an, das Hinterrad resp. die Hinterachse des von der Beschwerdeführerin gefahrenen Personenwagens sei bei der Kollision nicht tangiert worden (Gutachten 5.2.2 S. 9). Dies widerspreche der Feststellung des Zeugen C.\_\_\_\_\_, Fahrzeugexperte der B.\_\_\_\_\_  
Versicherung, wonach das linke Hinterrad schräg im Radkasten gestanden sei.

C.\_\_\_\_\_ stellte bei seiner Besichtigung des Unfallfahrzeugs zwar tatsächlich einen Schaden an der Radachse hinten links fest. Er bezweifelte indessen, dass dieser und die Kollisionsschäden an der Karosserie durch das gleiche Ereignis verursacht wurden, da sie für ihn kein plausibles Schadenbild abgaben. Die Beschwerdeführer hätten seine Zweifel mit der Erklärung zerstreut, ihr Wagen sei vom Lieferwagen derart gerammt worden, dass er weggeschleudert bzw. gedreht und das Hinterrad gegen einen Bordstein bzw. ein Hindernis gedrückt worden sei. Diese Erklärung ist indessen nicht nachvollziehbar. Einmal sind auf der Schadenfoto, auf welchem das linke Hinterrad zu gut zwei Dritteln abgebildet ist, weder am Rad selber noch auf der dieses umgebenden Karosserie irgendwelche Druck- oder Kratzspuren erkennbar. Vor allem aber befanden sich während des ganzen Unfallgeschehens, wie es die Beschwerdeführer schilderten, allfällige Bordsteine oder Trottoirbegrenzungen rechts von ihrem Fahrzeug, sodass eine Kollision des linken Hinterrads mit ihnen nicht stattgefunden haben kann. Da zudem nach dem Gutachten feststeht, dass der Aufprall des Lieferwagens auf den Personenwagen der Beschwerdeführer diesen nicht oder nur in vernachlässigbarer Weise

drehte, konnte das Obergericht willkürfrei davon ausgehen, dass ein allfälliger Schaden an der Radachse hinten links nicht vom strittigen Unfallereignis herrührte. Damit ist er nicht geeignet, die Ergebnisse des Gutachtens, welches davon ausgeht, dass die Hinterachse bei der Kollision nicht tangiert wurde, in Frage zu stellen.

3.2 Gestützt auf das Gutachten konnte somit das Obergericht ohne Verfassungsverletzung davon ausgehen, dass der von den Beschwerdeführern gemeldete Unfall nicht stattgefunden hat, sondern dass sie - zum Zwecke des Versicherungsbetrugs - einen Unfall vortäuschten. Unter diesen Umständen konnte es auch ohne Gehörsverletzung die Beweisanträge des Beschwerdeführers ablehnen, da diese nicht geeignet waren, die durch das Gutachten gewonnene richterliche Überzeugung zu erschüttern:

Selbst wenn die Beschwerdeführerin ein Schleudertrauma haben sollte, so wäre damit keineswegs bewiesen, dass der von ihr angezeigte Unfall tatsächlich stattgefunden hat. Sie könnte sich dieses beispielsweise - was in Bezug auf die versicherungstechnische Behandlung des Falles weitreichende Auswirkungen hätte - auch beim absichtlichen Arrangieren des "Unfalls" oder einer anderen

Gelegenheit zugezogen haben. Auch in Bezug auf die angebliche Zeugin konnte das Obergericht auf weitere Abklärungen verzichten. Es ist zum einen unwahrscheinlich, dass eine solche Augenzeugin überhaupt existiert, hat doch die fünf Minuten nach der Alarmierung am Unfallort eingetroffene Polizeipatrouille keine Unfallzeugen vorgefunden, und nach dem Polizeirapport haben die Beschwerdeführer auch nicht erwähnt, dass es eine Unfallzeugin gäbe, obwohl sie als schuldlose Unfallopfer ein erhebliches Interesse an einer Bestätigung ihrer Darstellung und allfälligen Angaben zum geflohenen Lieferwagenfahrer durch eine unabhängige Dritte gehabt hätten. Es war der Beschwerdeführer, der in der polizeilichen Befragung vom 16. März 2005 diese Zeugin erstmals erwähnte, währenddem sich die Beschwerdeführerin, als sie am 4. April 2005 polizeilich befragt wurde, nicht an die

Zeugin erinnern konnte. Zum anderen ist die Einschätzung des Obergerichts plausibel, von einer solchen Zeugenaussage wäre Jahre nach dem Ereignis ohnehin keine weitere Klärung zu erwarten. Es konnte somit den Beweisantrag auf Befragung dieser (möglicherweise nicht existierenden) Zeugin in willkürfreier antizipierter Beweiswürdigung mangels Erheblichkeit ablehnen. Die Gehörsverweigerungsfrage ist damit unbegründet.

4.

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht eine unrichtige Anwendung von Art. 42 StGB vor, indem es ihm den bedingten Strafvollzug nur teilweise gewährt habe.

Am 1. Januar 2007 ist die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Sie brachte eine grundlegende Neuordnung des Sanktionensystems (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998; BBl 1999 II S. 1984). Zentrales Anliegen der Revision war das Zurückdrängen der kurzen Freiheitsstrafe, die Einführung alternativer Sanktionen wie der Geldstrafe oder der gemeinnützigen Arbeit als eigenständige Sanktionsform sowie die Ausdehnung des bedingten Strafvollzuges (bundesrätliche Botschaft, S. 2017 ff., 2024 ff., 2032 ff., 2048 ff.). Daneben wurde die sog. teilbedingte Strafe als Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub der Strafe und deren Vollzug eingeführt.

5.

5.1 Art. 42 StGB ("bedingte Strafen") regelt die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wie folgt:

1 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.

2 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.

3 Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kann auch verweigert werden, wenn der Täter eine zumutbare Schadenbehebung unterlassen hat.

4 Eine bedingte Strafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Artikel 106 verbunden werden.

5.2 In subjektiver Hinsicht hat das Gericht für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wie bisher eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen.

5.2.1 Die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien bleiben weiterhin massgebend. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. Wie bei der Strafzumessung (Art. 50 StGB) müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt (BGE 128 IV 193 E. 3a; 118 IV 97 E. 2b).

5.2.2 Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub liegen allerdings unter neuem Recht etwas tiefer. Früher setzte der Aufschub der Strafe voraus, dass zu erwarten ist, der Verurteilte werde sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Delikten abhalten lassen (Art. 41 Ziff. 1 StGB a. F.). Die Erwartung künftigen Wohlverhaltens hatte eine sehr bestimmte zu sein. Der Täter musste zureichende Gewähr für eine dauernde Besserung bieten, um auf eine

positive Prognose schliessen zu können (BGE 100 IV 9 E. 2 S. 11). Eine bloss unbestimmte Hoffnung, er werde sich künftig wohl verhalten, genügte für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht (BGE 100 IV 133).

Nach Art. 42 Abs. 1 StGB hat das Gericht neu den Vollzug der Strafe in der Regel aufzuschieben, "wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten". Das bedeutet natürlich nicht, dass das Gericht eine Wirkungsprognose darüber abzugeben hat, ob eine unbedingte Strafe zur Verhinderung künftiger Delinquenz geeignet und notwendig ist (siehe dazu Günter Stratenwerth, Das künftige System der Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht - ein kriminalpolitischer Fortschritt? In: Zwischen Mediation und Lebenslang, Zürich 2002, S. 375). Die Neufassung hat eine andere Bedeutung: Während früher eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nunmehr das Fehlen einer ungünstigen Prognose (Botschaft, S. 2049). Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von einer Vermutungsumkehr, mit der das Hauptgewicht weiter zu Gunsten des bedingten Vollzuges verlagert werden soll (Esther Omlin, Strafgesetzbuch, Revision des Allgemeinen Teils, Basel 2006, S. 9; Georges Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg

Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2006, S. 99; Brigitte Tag, Strafgesetzbuch: Ein Überblick über die Neuerungen, plädoyer 2007 1 S. 38). Die Gewährung des Strafaufschubes 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 (Botschaft, S. 2049; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 38 S. 139).

5.2.3 Eine Besonderheit in der Prognosebildung gilt für den Fall, dass der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden ist (Art. 42 Abs. 2 StGB). Liegt ein Rückfall im Sinne dieser Bestimmung vor, ist der Aufschub nur zulässig, "wenn besonders günstige Umstände vorliegen". Darunter sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert (Botschaft, S. 2050). Bei Art. 42 Abs. 2 StGB gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose bzw. des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht. Vielmehr kommt der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte (Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141). Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert werden (ähnlich: Greiner, a.a.O., S. 101). Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters (Botschaft, S. 2050; Greiner, a.a.O., S. 101; Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141). Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren (vgl. Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141).

Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag, im Gegensatz zum früheren Recht (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB a.F.). Danach war der Aufschub unzulässig, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst hat. Die neue Regelung begünstigt den bedingten Strafvollzug damit in zweifacher Hinsicht. Zum einen ist das Strafmass, das gegen eine günstige Prognose spricht, praktisch verdoppelt worden (auf sechs Monate). Zum anderen stellt selbst die Verurteilung von dieser Tragweite keinen objektiven Ausschlussgrund mehr dar, sondern ist in jedem Fall in die Prognosebildung miteinzubeziehen (Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 40 ff. S. 140 f.; zu den eher theoretischen Verschärfungen: Greiner, a.a.O., S. 100 f.).

5.2.4 Bei der Prognose über das künftige Legalverhalten ist als weiteres Indiz zu berücksichtigen, ob der Täter die zumutbare Schadenbehebung unterlassen hat (Art. 42 Abs. 3 StGB). Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Täter nach einer behördlichen Aufforderung oder einer Schuldanerkennung sich trotz Ersatzfähigkeit weigert, den verursachten Schaden zu ersetzen (Omlin, a.a.O., S. 10; vgl. BGE 77 IV 136 E. 2).

5.3 In objektiver Hinsicht setzt der Aufschub einer Freiheitsstrafe einzig eine Untergrenze (mindestens sechs Monate) und eine Obergrenze (höchstens zwei Jahre) voraus, womit die

Zulässigkeitsschranke des bedingten Strafvollzuges von bisher 18 Monaten angehoben wurde.

5.4 Mit der Umschreibung der subjektiven und objektiven Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges hat der Gesetzgeber ein insgesamt erfolgreiches Institut ausgebaut. Dabei hat er die Ungewissheit in der Prognosestellung berücksichtigt, in der Erkenntnis, dass sich 90 Prozent der verurteilten Personen während der Probezeit bewähren, und geleitet vom Grundgedanken, dass auf die Vollstreckung der Strafe (vorerst) verzichtet werden soll, wenn dies unter spezialpräventiven Gesichtspunkten als sinnvoll erscheint (Botschaft, S. 2048, 2052).

5.5

5.5.1 Aufgrund einer nachträglichen Gesetzesanpassung wurde Art. 42 Abs. 4 StGB eingeführt, der eine Strafenkombination erlaubt. Dadurch soll im Bereich der Massendelinquenz die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Die Bestimmung dient vorab dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der unbedingten Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 vom 29. Juni 2005; BBl 2005 S. 4689, 4695, 4699 ff.). Insoweit, also im Bereich der leichten Kriminalität, übernimmt sie auch Aufgaben der Generalprävention.

5.5.2 Darüber hinaus erhöht die Strafenkombination ganz allgemein die Flexibilität des Gerichts bei der Auswahl der Straftat. Sie kommt in Betracht, wenn man dem Täter den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewähren möchte, ihm aber dennoch in gewissen Fällen mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Geldstrafe oder Busse einen spürbaren Denkkettel verabreichen möchte. Die Strafenkombination dient hier spezialpräventiven Zwecken. Das Hauptgewicht liegt auf der bedingten Freiheitsstrafe, während der unbedingten Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Diese soll nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die an sich verwirkte Freiheitsstrafe und die damit verbundene Geldstrafe bzw. Busse in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 124 IV 134 E. 2c/bb). Die Strafenkombination, wie sie Art. 42 Abs. 4 StGB vorsieht, ist im Verlaufe der Revision als "sursis qualitativement partiel" bezeichnet worden.

6.

6.1 Mit Art. 43 StGB (dt. "teilbedingte Strafen"; frz. "sursis partiel à l'exécution de la peine; ital. "pene con condizionale parziale") wird für die schweizerische Rechtsordnung ein bislang unbekanntes Institut eingeführt. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

1 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.

2 Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen.

3 Bei der teilbedingten Freiheitsstrafe muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen. Die Bestimmungen über die Gewährung der bedingten Entlassung (Art. 86) sind auf den unbedingt zu vollziehenden Teil nicht anwendbar.

6.2 Die Grundidee der teilbedingten Strafe ist in erster Linie auf den teilweisen Aufschub bzw. Vollzug von Freiheitsstrafen zugeschnitten. Das Gericht kann einen (kleinen) Teil der Strafe als unbedingt vollziehbar erklären, während der Vollzug des anderen (grösseren) Teils zur Bewährung ausgesetzt wird. Der Bundesrat hat dieses Rechtsinstitut "trotz Bedenken" vorgeschlagen im Wesentlichen aus folgenden Überlegungen: (1.) Das Gericht steht mit dem sursis partiel nicht mehr vor dem Entscheid "Alles oder Nichts", sondern erhält einen grösseren Ermessensspielraum und kann die Strafe besser individualisieren. (2.) Der sursis partiel kann dazu beitragen, dass die Richter bei Strafen zwischen 18 und 36 Monaten eher zu einer günstigen Prognose neigen, wenn ein Teil der Strafe unbedingt vollzogen werden kann. Damit wird der Befürchtung begegnet, die Richter würden bei einer Anhebung des bedingten Strafvollzuges auf 36 Monaten vermehrt unbedingte Strafen ausfällen (sog. ergebnisorientierte Sanktionsentscheidungen), was eine spürbare Mehrbelastung des Strafvollzuges zur Folge haben könnte. (3.) Der sursis partiel kann dazu führen, dass Freiheitsstrafen zwischen zwölf und achtzehn Monaten, die sonst unbedingt ausgesprochen würden, teilbedingt verhängt werden (Botschaft, S. 2052 f.).

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Anhebung der Obergrenze beim bedingten Strafvollzug von achtzehn Monaten auf drei Jahre wurde vom Parlament als zu weitgehend empfunden, und es reduzierte die Obergrenze auf zwei Jahre (Art. 42 Abs. 1 StGB). In der parlamentarischen Beratung wurde dabei verschiedentlich Bezug genommen auf die Einführung des sursis partiel (Voten NR Cina, Leuthard und de Dardel, AB 2001 N 561 f.; zum Zusammenhang: Karl-Ludwig Kunz, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechtes, ZStrR 117/1999 S. 248; André Kuhn, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121/2003 S. 273).

Die Abgrenzung zwischen dem bedingten und dem teilbedingten Strafvollzug blieb im Gesetzgebungsprozess unklar. Nach der bundesrätlichen Botschaft war darauf abzustellen, ob der Aufschub der Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von weiteren Verbrechen und Vergehen abzuhalten, bzw. ob der Teilvollzug unter dem nämlichen Gesichtspunkt als notwendig erscheint (Art. 43 gemäss Botschaft, S. 2309). Im Auftrag der Rechtskommission des Ständerates erarbeitete die Verwaltung in der Folge einen Vorschlag zum *sursis partiel*, der sich nicht nur auf Freiheitsstrafen, sondern auf alle Strafarten beziehen sollte. Bei dieser Gelegenheit wurde der Gesetzestext neu gefasst und die sog. Verschuldensklausel eingeführt (Art. 43 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen des "Verschuldens" wurden nicht mehr schriftlich begründet und auch in der Rechtskommission des Ständerates nicht mehr angesprochen. Der Vorschlag wurde Gesetz - und blieb damit in einem entscheidenden Punkt ohne nähere Begründung (Greiner, a.a.O., S. 114 und Anm. 42; Franz Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, hrsg. von Brigitte Tag/Max Hauri, Zürich 2006, S. 90 f.).

### 6.3

6.3.1 Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Die Auffassung, dass die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB gelten müssen, entspricht ganz überwiegender Lehrmeinung (statt vieler Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 50 S. 144; Greiner, a.a.O., S. 111 ff.; Schwarzenegger/Hug/ Jositsch, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 130 ff.; a.M. Kuhn, a.a.O., ZStrR 121/2003 S. 273 und Anm. 36).

6.3.2 Die objektiven Voraussetzungen der beiden Bestimmungen stimmen hingegen nicht überein, wodurch sich der bedingte Strafvollzug (Art. 42 StGB) vom teilbedingten Vollzug (Art. 43 StGB) abgrenzt. Teilbedingte Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr sind unzulässig. Für Strafen bis zu zwei Jahren ergibt sich ein überschneidender Anwendungsbereich mit Art. 42 StGB, während für Strafen von zwei bis drei Jahren ausschliesslich Art. 43 StGB zur Anwendung gelangt. Rechtsvergleichend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Schweiz praktisch als einzige europäische Rechtsordnung (mit Ausnahme von Österreich) für den bedingten und den teilbedingten Strafvollzug verschiedene zeitliche Begrenzungen kennt (Greiner, a.a.O., S. 110 und 119 ff.).

6.3.3 Die Voraussetzung, dass eine teilbedingte Strafe nach Art. 43 StGB notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen, d.h. in angemessener Weise (so der französische Wortlaut: *de façon appropriée*), ist weitgehend unklar. Unter dem Begriff des Verschuldens ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs zu verstehen, er umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat (BGE 129 I 6 E. 6.1). Der Begriffsinhalt richtet sich nach der Legaldefinition von Art. 47 Abs. 2 StGB. Gemeint ist die Strafzumessungsschuld. Das Verschulden ist daher zunächst und vor allem ein Bemessungskriterium bei der Strafzumessung.

Für die Beurteilung, ob eine teilbedingte Strafe wegen des Verschuldens des Täters und unter Berücksichtigung seiner Bewährungsaussichten als notwendig erscheint, kann es indessen auf die Strafzumessungsschuld nicht mehr in gleicher Weise ankommen. Denn im Zeitpunkt, in dem das Gericht über die Gewährung des Strafaufschubes befindet, muss die Strafhöhe bereits feststehen, und es geht nur noch um die angemessene Vollzugsform. Allerdings verknüpft das Gesetz die Frage nach der schuldangemessenen Strafe und jene nach deren Aufschub insoweit, als es den bedingten Strafvollzug für Strafen ausschliesst, die zwei Jahre übersteigen. Die Notwendigkeit einer teilbedingten Freiheitsstrafe ergibt sich dann als Folge der Schwere des Verschuldens, das sich in einer Strafhöhe zwischen zwei und drei Jahren niederschlägt. Darin liegt ein Anhaltspunkt für die Bedeutung der Verschuldensklausel.

6.4 Zu klären ist, ob für Freiheitsstrafen bis zwei Jahre (im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42/43 StGB) eine ähnliche Verknüpfung im Hinblick auf anerkannte Strafzwecke zu erfolgen hat.

6.4.1 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Strafzwecke gegeneinander abzuwägen und in eine Rangfolge zu bringen, wobei dem Anliegen der Spezialprävention grundsätzlich ein Vorrang zukommt. Zum einen dient das Strafrecht in erster Linie nicht der "Vergeltung", sondern der Verbrechenverhütung (BGE 129 IV 161 E. 42 S. 164, mit Hinweisen). Dies bringt der Gesetzgeber nicht nur mit der Bezeichnung der Resozialisierung als Ziel des

Strafvollzuges zum Ausdruck (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 StGB), sondern insbesondere auch mit der Ausweitung des bedingten Strafvollzugs als ausgesprochen spezialpräventive Einrichtung (E. 2; Hans Schultz, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, 4. Aufl., Bern 1982, S. 96). Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass im Konfliktfall ein "Vorrang" der Generalprävention spezialpräventive Ziele zu vereiteln droht, die Bevorzugung der Spezialprävention hingegen die generalpräventiven Wirkungen einer Sanktion nicht zum Vornherein ausschliesst, sondern höchstens in einer schwer messbaren Weise abschwächt. Die Strafzwecke bilden ein komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung, wobei je nach Sachzusammenhang das eine oder das andere Kriterium stärker hervortritt (BGE 124 IV 246

E. 2b S. 248; 120 IV 1 E. 2b S. 4, je mit Hinweisen).

6.4.2 Der Sinn des Instituts der teilbedingten Freiheitsstrafen ist vor dem Hintergrund der kriminalpolitischen Auseinandersetzung um die kurze Freiheitsstrafe zu verstehen. Vereinfachend lässt sich diese auf zwei Argumentationsmodelle zurückführen. Nach dem einen dient der Teilvollzug zur Abschreckung Dritter oder zur exemplarischen Bestrafung bei weit verbreiteten Delikten der kleineren und mittleren Kriminalität (z.B. SVG-Delikte), orientiert sich also vornehmlich an generalpräventiven und Vergeltungszwecken. Der Gefahr, dass der bedingte Strafvollzug seine Warnwirkung verliere, sei mit einer spürbaren Reaktion in Form eines kurzen Freiheitsentzuges zu begegnen (sog. short sharp shock). Das zweite Modell betont den Strafzweck der Spezialprävention und zielt auf eine Milderung strafrechtlicher Eingriffsintensität hin. Der Teilvollzug soll nur zur Anwendung gelangen, wenn eine unbedingte Freiheitsstrafe ohnehin unumgänglich ist, und dadurch einen Beitrag zur Zurückdrängung des Freiheitsentzuges und zur Entlastung der Gefängnis Kapazitäten leisten (zum Ganzen Markus Hans Knüsel, Die teilbedingte Freiheitsstrafe, Diss. Bern 1995, S. 92, 124, 175 ff. und passim).

6.4.3 Erklärtes Ziel der Revision war, mit teilbedingten Strafen im Sinne von Art. 43 StGB die Sanktion in erhöhtem Masse zu individualisieren und den Strafvollzug zu entlasten, namentlich dort, wo früher eine unbedingte Strafe verhängt werden musste. Das gilt ohne Einschränkung für zwei Jahre übersteigende Freiheitsstrafen, wobei die Möglichkeit zur Individualisierung durch die Obergrenze des bedingten Strafvollzugs (Art. 42 Abs. 1 StGB) bzw. die Verschuldensklausel (Art. 43 Abs. 1 StGB) begrenzt wird. Wohl trifft zu, dass solche Freiheitsstrafen, selbst wenn deren Aufschub unter spezialpräventiven Gesichtspunkten vorzuziehen wäre, immerhin zum Schuldausgleich teilweise vollstreckt werden müssen. Etwas anderes muss jedoch für Freiheitsstrafen gelten, die zwei Jahre nicht überschreiten (in diesem Sinn Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 126 ff., 131, 139 ff.; Markus Hug, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl., Zürich 2006, zu Art. 43 StGB; a.M. offenbar Stratenwerth, a.a.O., § Rz. 50 S. 144; vgl. aber Ders., Die Wahl der Sanktionen, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Strafjustiz und Rechtsstaat, hrsg. von Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz, Zürich 2003, S. 12). Das Gesetz statuiert hier nämlich die Regel

von Art. 42 StGB, die vorgeht. Daran knüpft sich die Erwartung, der Verurteilte werde sich unter dem Eindruck des drohenden Strafvollzuges (und allfälliger Weisungen und Bewährungshilfen) in Freiheit selbst bessern, ohne dass ein unmittelbarer Zugriff zum Ausgleich des bewirkten Unrechts angeordnet werden dürfte. Der Strafzweck des Schuldausgleichs (das Vergeltungsprinzip) besagt denn auch nur, dass die Strafe der Grösse der Schuld entsprechen soll, was eine drastische Bestrafung des Täters bei geringem Verschulden verbietet (Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006, § 3 Rz. 2 ff., insbes. 7 S. 72). Über diese begrenzende Funktion hinaus kommt ihm keine weitere Bedeutung zu, nicht bei der Strafzumessung und erst recht nicht beim Vollzug, weil dieser dem vorrangigen Anliegen der Spezialprävention dient. So hat das Bundesgericht in Vollzugsfragen wiederholt auf den Grundsatz "nil nocere" hingewiesen, der gebietet, den Verurteilten bei einer sich abzeichnenden Resozialisierung möglichst wenig zu gefährden (BGE 121 IV 97 E. 2c, mit Hinweis).

Ebenso wenig kann massgebend sein, ob die teilweise Vollstreckung der Strafe unter generalpräventiven Gesichtspunkten als geboten erscheint, um andere von der Begehung von Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Eine solche Vorbehaltsklausel, wie sie das Strafgesetzbuch Österreichs zum Zwecke der Generalprävention kennt (§ 43 Abs. 1 österr. StGB) sieht Art. 43 StGB nicht vor. Auf eine entsprechende Anpassung des Gesetzestextes wurde ausdrücklich verzichtet (Botschaft 2005, S. 4708). Hinzuzufügen ist, dass der Gesetzgeber dem Konzept des short sharp shock eine Absage erteilt hat mit der Vorschrift, dass mindestens sechs Monate der Freiheitsstrafe (Art. 43 Abs. 3 StGB) zu vollziehen sind (Riklin, a.a.O., S. 87; Ders., Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004 S. 171), was nicht zulässt, zur Befriedigung generalpräventiver Bedürfnisse am individuellen Täter ein Exempel zu statuieren. Aus diesen Gründen darf die Gewährung des bedingten Strafvollzuges im Sinne von Art. 42 StGB nicht zugunsten anderer Strafzwecke als jenen der Spezialprävention verweigert werden.

6.5 Nach den dargelegten Grundsätzen ist der Anwendungsbereich der teilbedingten Freiheitsstrafen

im Sinne von Art. 43 StGB zu konkretisieren.

6.5.1 Für Freiheitsstrafen, die über der Grenze für bedingte Strafen liegen (zwischen zwei und drei Jahren), sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor. An die Stelle des vollbedingten Strafvollzuges, der hier ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind (E. 2.2). 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" bzw. der "Hauptanwendungsbereich" von Art. 43 StGB (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 140; Thomas Manhart, Bedingte und teilbedingte Strafen sowie kurze unbedingte Freiheitsstrafen, in: Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, hrsg. von Brigitte Tag/Max Hauri, Zürich 2006, S. 131).

6.5.2 Für Freiheitsstrafen im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42/43 StGB (zwischen einem und zwei Jahren) gilt Folgendes: Der Strafaufschub nach Art. 42 StGB ist 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 Strafteil unbedingt ausgesprochen wird (Robert Jerabek, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Frank Höpfel/Eckart Ratz, 2. Aufl., Wien 2003, N. 11 zu § 43a Abs. 3). Damit verhält es sich ähnlich wie bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Fall eines Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe (BGE 116 IV 97). 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 an Stelle 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 Teilvervollzuges 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. Das trifft nicht zu, solange die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, kombiniert mit einer Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse (Art. 42 Abs. 4 StGB), spezialpräventiv ausreichend ist. Diese Möglichkeit hat das Gericht vorgängig zu prüfen.

6.6 Schliesslich hat das Gericht, wenn es auf eine teilbedingte Strafe erkennt, im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Im äussersten Fall (Freiheitsstrafe von drei Jahren) kann das Gericht demnach Strafteile im Ausmass von sechs Monaten Freiheitsstrafe unbedingt mit zweieinhalb Jahren bedingt verbinden. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das "Verschulden" zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht

unterschreiten.

7.

7.1 Das Obergericht hat in Bezug auf den Beschwerdeführer erwogen (angefochtenes Urteil S. 32 f.), der bedingte oder teilbedingte Strafvollzug sei nach Art. 42 Abs. 1 StGB grundsätzlich möglich. Er weise indessen mehrere, teilweise einschneidende Vorstrafen auf. Die hier zu beurteilende Straftat habe er nur gut sechs Monate nach seiner letzten Verurteilung und während laufender Probezeit begangen. Trotz Wohlverhaltens seit den eingeklagten Taten bestünden daher erhebliche Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer durch die erlittene Untersuchungshaft, das vorliegende Strafverfahren und die heute auszusprechende Strafe genügend beeindruckt werde, um von weiteren Delikten abzusehen, zumal er weder arbeitsmässig noch gesellschaftlich integriert zu sein scheine. Es könne ihm eine günstige Prognose daher nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung eines unbedingt zu vollziehenden Teils der Strafe gestellt werden, weshalb es sich rechtfertige, die Strafe im Umfang von sechs Monaten und 19 Tagen zu vollziehen, wobei ihm insgesamt 84 Tage erstandener Haft anzurechnen seien.

7.2 Mit dieser Begründung hat das Obergericht die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderliche Gesamtwürdigung aller rechtserheblichen Umstände vorgenommen. Seine Einschätzung, er sei gesellschaftlich und arbeitsmässig schlecht integriert, ist nicht zu beanstanden, da er offenbar

über seine Familie hinaus keine näheren gesellschaftlichen Kontakte pflegt und auch keiner Arbeit nachgeht. Dass dies auf eine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit zurückzuführen ist, ändert nichts an seiner mangelnden Integration, was nach der unbestrittenen Auffassung des Obergerichts die Prognose belasten kann. Dass der Beschwerdeführer mehrere Vorstrafen aufweist und während der Probezeit der letzten delinquierte, ist ein Hinweis dafür, dass er sich von Verurteilungen zu bedingten Strafen wenig beeindrucken lässt, auch wenn die Vorstrafen teilweise länger (die mit Abstand schwerwiegendste Verurteilung wegen bandenmässigen Diebstahls zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 9 Monaten datiert vom 4. März 1993) zurückliegen. Mit seiner Auffassung, ein Teilvollzug der ausgesprochenen Strafe sei sowohl geeignet, die Bewährungsaussichten erheblich zu erhöhen, als auch erforderlich, den Beschwerdeführer vor weiteren Straftaten abzuhalten, hat das Obergericht jedenfalls seinen Ermessensspielraum nicht überschritten. Angesichts der desolaten finanziellen Situation des Beschwerdeführers - die sich schon aus seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ergibt - erscheint eine Verbindungsgeldstrafe (oben E. 6.5 in fine) jedenfalls von vornherein nicht geeignet, den Beschwerdeführer vor weiterer Delinquenz abzuhalten und ist damit ungenügend. Die Rüge, das Obergericht habe Art. 42 Abs. 1 StGB falsch angewendet, ist unbegründet.

7.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Kreisarzt habe in seinem Bericht vom 9. April 2004 ausgeprägte psychische Beeinträchtigung mit Anpassungsstörung und gemischter Störung von Gefühlen, zurückgehend auf Misshandlungen in einem serbischen Gefängnis und insbesondere einem Unfall vom 10. Mai 2000, diagnostiziert. Sein angeschlagener Gesundheitszustand sei vom Bezirksgericht leicht strafmindernd berücksichtigt worden. Das Obergericht habe sich bei der Beurteilung der Frage des bedingten Strafvollzugs nicht mit seinem Verschulden auseinandergesetzt und es abgelehnt, gestützt auf Art. 19 und 20 StGB eine Gutachten über seine Zurechnungsfähigkeit einzuholen. Alle diese Umstände sprächen dagegen, ihm ein grosses, der Gewährung des bedingten Strafvollzugs entgegenstehendes Verschulden anzulasten.

Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid (S. 20) nachvollziehbar erläutert, weshalb es trotz der unbestrittenen gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers keinen ernsthaften Anlass sah, an dessen Zurechnungsfähigkeit zu zweifeln, und daher ein Gutachten über seine Zurechnungsfähigkeit ablehnte. Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Ausführungen nicht auseinander und genügt damit den Anforderungen nicht, die Art. 42 Abs. 2 BGG an die Begründung einer Rüge stellt. Auf die Rüge, das Obergericht habe Art. 20 StGB verletzt, indem es kein solches Gutachten einholte, ist daher nicht einzutreten.

Das Obergericht hat im Übrigen die schwierige gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers keineswegs verkannt und ihr bei der Beurteilung des Verschuldens auch Rechnung getragen (S. 29 oben). Den Strafaufschub hat es aus den in E. 7.2 erwähnten, haltbaren Gründen nur teilweise gewährt. Die Rüge, es habe mit der teilweisen Verweigerung des bedingten Vollzugs Bundesrecht verletzt, ist unbegründet.

7.4 Unzutreffend ist der Einwand, das alte Recht wäre in Bezug auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs das mildere gewesen, weshalb es hätte zu Anwendung gelangen müssen. Wie oben in E. 7.2 dargelegt, ist der Schluss des Obergerichts, künftiges Wohlverhalten des Beschwerdeführers sei ohne Vollzug wenigstens eines Teils der ausgesprochenen Strafe nicht zu erwarten, nicht zu beanstanden. Unter dieser Voraussetzung hätte es ihm nach altem Recht den Strafaufschub verweigern und die ganze Strafe unbedingt ausfallen müssen. Das neue Recht mit der Möglichkeit des teilweisen Strafaufschubs ist daher für den Beschwerdeführer das günstigere und wurde vom Obergericht zu Recht angewandt.

8.

Die Beschwerden sind somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Zivilansprüche gegenstandslos. Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege bzw. um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung sind abzuweisen, da die Beschwerden aussichtslos waren (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Damit werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.
- Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
- 2.
- Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung werden abgewiesen.
- 3.

Der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdeführer werden die Gerichtskosten in Höhe von je Fr. 1'600.-- auferlegt.

4.

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

Lausanne, 2. November 2007

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: