

## Urteilkopf

144 IV 277

33. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. (Beschwerde in Strafsachen) 6B\_377/2017 vom 5. Juli 2018

**Regeste (de):**

aArt. 42 Abs. 2, aArt. 43 Abs. 1 StGB; teilbedingte Strafe bei Vorstrafenbelastung; besonders günstige Voraussetzungen.

Innerhalb des gesetzlichen Stufensystems stellt die teilbedingte Strafe eine Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub (bedingt) und dem Vollzug (unbedingt) der Strafe dar. Sie kommt im überschneidenden Anwendungsbereich von einem bis zwei Jahren Freiheitsstrafe zur Anwendung, wenn eine vollbedingte Strafe aus spezialpräventiver Sicht nicht ausreichend ist und der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe erfordert, dass der andere Teil vollzogen wird. Die subjektiven Voraussetzungen von aArt. 42 StGB gelten auch im Rahmen von aArt. 43 StGB, d.h. eine teilbedingte Strafe ist nur möglich, wenn die Legalprognose nicht negativ ausfällt (E. 3.1.1).

Eine teilbedingte Strafe ist auch unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB möglich. Erneute Straffälligkeit ("Rückfall") stellt keinen objektiven Ausschlussgrund für eine bedingte Strafe dar, weshalb auch die härtere Sanktionsform der teilbedingten Strafe bei begründeter Aussicht auf Bewährung möglich sein muss (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3.1.2).

Bei der Frage, ob besonders günstige Gründe im Sinne von aArt. 42 Abs. 2 StGB vorliegen, ist die voraussichtliche Wirkung der teilbedingten Strafe zu berücksichtigen, die eine bessere Legalprognose ermöglichen kann (Änderung der Rechtsprechung; E. 3.2).

**Regeste (fr):**

Ancien art. 42 al. 2, ancien art. 43 al. 1 CP; sursis partiel à l'exécution de la peine en cas d'antécédents; circonstances particulièrement favorables.

A l'intérieur du système légal à deux niveaux, le sursis partiel représente une solution médiane entre le report total de la peine (peine avec sursis) et l'exécution de celle-ci (peine ferme). Il trouve application pour les peines privatives de liberté d'un à deux ans, lorsqu'une peine assortie d'un plein sursis ne paraît pas suffisante du point de vue de la prévention spéciale et que le report d'au moins une partie de la peine exige que l'autre partie soit exécutée. Les conditions subjectives de l'ancien art. 42 CP valent aussi dans le cadre de l'ancien art. 43 CP, c'est-à-dire qu'une peine assortie d'un sursis partiel n'est possible que si le pronostic légal n'est pas défavorable (consid. 3.1.1).

Une peine assortie d'un sursis partiel est aussi possible aux conditions de l'ancien art. 42 al. 2 CP. La commission de nouvelles infractions ("récidive") ne représente pas un motif objectif d'exclusion du sursis, de sorte que la forme plus sévère du sursis partiel doit pouvoir être prononcée si l'on peut raisonnablement supposer que l'auteur subisse la mise à l'épreuve avec succès (précision de jurisprudence; consid. 3.1.2).

Pour savoir s'il existe des circonstances particulièrement favorables au sens de l'ancien art. 42 al. 2 CP, le juge doit tenir compte de l'effet prévisible de l'exécution partielle de la peine, qui peut améliorer le pronostic légal (modification de jurisprudence; consid. 3.2).

**Regesto (it):**

Vecchio art. 42 cpv. 2, vecchio art. 43 cpv. 1 CP; pena con condizionale parziale in caso di precedenti condanne; circostanze particolarmente favorevoli.

Nel sistema legale a livelli la pena con condizionale parziale costituisce una soluzione mediana tra la sospensione condizionale della pena (pena totalmente sospesa) e la sua esecuzione (pena da espiare). La sospensione condizionale parziale si applica alle pene detentive da uno a due anni, comprese nell'intersezione dei campi d'applicazione della condizionale totale e di quella parziale, quando una pena completamente sospesa non appare sufficiente in un'ottica di prevenzione speciale e la sospensione di almeno una parte della pena esige l'esecuzione dell'altra parte. Le condizioni soggettive del vecchio art. 42 CP valgono anche nell'ambito del vecchio art. 43 CP, ciò vuol dire che è possibile sospendere parzialmente l'esecuzione di una pena unicamente in assenza di una prognosi sfavorevole (consid. 3.1.1).

La sospensione condizionale parziale della pena è possibile anche alle condizioni di cui al vecchio art. 42 cpv. 2 CP. Ulteriori condanne ("recidiva") non costituiscono un motivo oggettivo per escludere una pena con condizionale, di modo che anche la forma più grave della pena con condizionale parziale deve poter essere pronunciata se è ragionevolmente possibile prevedere che l'autore superi con successo il periodo di prova (precisazione della giurisprudenza; consid. 3.1.2).

Nell'esame dell'esistenza di circostanze particolarmente favorevoli ai sensi del vecchio art. 42 cpv. 2 CP occorre prendere in considerazione l'effetto prevedibile della pena con condizionale parziale, che può permettere di formulare una migliore prognosi legale (cambiamento della giurisprudenza; consid. 3.2).

Sachverhalt ab Seite 279

BGE 144 IV 277 S. 279

A. X. hat um den 1. August 2015 rund 50 g Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von ca. 50 % gekauft, portioniert und in einer Vielzahl von Einzelportionen verkauft. Ende Oktober 2015 erwarb sie erneut 45.71 g Kokaingemisch mit identischem Reinheitsgehalt in der Absicht, dieses zu verkaufen, wozu es aufgrund ihrer Verhaftung jedoch nicht kam.

B. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte die einschlägig vorbestrafte X. am 6. Juni 2016 wegen Verbrechens gegen das BetmG zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Anrechnung von zwei Tagen Haft. Es schob den Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von neun Monaten bei einer Probezeit von vier Jahren auf und zog das sichergestellte Bargeld in Höhe von Fr. 2'330.- zur Deckung der Verfahrenskosten ein.

C. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch X. erhoben gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich stellte am 30. Januar 2017 fest, dass das Urteil des Bezirksgerichts im Schuldpunkt in Rechtskraft erwachsen ist und verurteilte X. ebenfalls zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von fünf Jahren für den nicht zu vollziehenden Teil von neun Monaten.

D. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, die Strafe sei vollständig zu vollziehen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Unzutreffend ist der Vorwurf, die Vorinstanz habe sich nicht sachgerecht mit dem aus der Gesetzessystematik resultierenden Verhältnis von aArt. 43 Abs. 1 (AS 2006 3471) und aArt. 42 StGB auseinandergesetzt. Die Vorinstanz geht methodisch korrekt vor. Sie hält zutreffend fest, dass die gesetzliche Vermutung einer nicht ungünstigen Legalprognose gemäss aArt. 42 Abs. 1 StGB (AS 2006 3471) aufgrund der Vorstrafe nicht greift. Sie legt überzeugend dar, warum sie die von der Verteidigung beantragte (voll-)bedingte Strafe in Kombination mit einer Verbindungsgeldstrafe (aArt. 42 Abs. 2

BGE 144 IV 277 S. 280

und 4 StGB [AS 2006 3471]) spezialpräventiv für nicht ausreichend erachtet. Anschliessend prüft sie, ob anstelle einer bedingten allenfalls eine teilbedingte Strafe in Betracht kommt. Das Vorgehen entspricht dem gesetzlichen Stufensystem, wonach unter spezialpräventiven Gründen zunächst die Möglichkeit einer bedingten und anschliessend einer teilbedingten Strafe in Betracht zu ziehen ist. Erst wenn dies nicht in Frage kommt, kann eine unbedingte Strafe ausgesprochen werden.

3.1.1 Das Bundesgericht hat im Leitentscheid BGE 134 IV 1 sowohl den Zweck als auch das Verhältnis von aArt. 42 und aArt. 43 StGB grundlegend und umfassend definiert. Die teilbedingte Strafe ist als Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub der Strafe und deren Vollzug eingeführt worden (a.a.O., E. 3). Grundvoraussetzung für eine teilbedingte Strafe gemäss aArt. 43 StGB ist wie bei aArt. 42 StGB, dass die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt (a.a.O., E. 5.3.1 S. 10; bestätigt in: BGE 139 IV 270 E. 3.3 S. 277; siehe auch: SCHNEIDER/GARRÉ, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 43 StGB; je mit Hinweisen). Der Hauptanwendungsbereich der teilbedingten Strafe liegt bei Freiheitsstrafen zwischen zwei und drei Jahren. Fällt die Legalprognose nicht negativ aus, tritt der teilbedingte Freiheitsentzug an die Stelle des in diesem Bereich nicht mehr möglichen vollbedingten Strafvollzuges. Im überschneidenden Anwendungsbereich von aArt. 42 und aArt. 43 StGB zwischen einem und zwei Jahren Freiheitsstrafe ist hingegen der (vollständige) Strafaufschub die Regel. Der teilbedingte Vollzug kommt nur (subsidiär) zur Anwendung, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird. Ergeben sich - insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen - ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, ermöglicht der Teilvollzug für die Zukunft eine bessere Prognose. Das Gericht kann mit Hilfe der teilbedingten Strafe im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Strafvollzug einerseits eine günstige Legalprognose erlaubt und andererseits für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint (BGE 134 IV 1 E. 5.5.2 S. 14 f.). Besteht hingegen keinerlei Aussicht, dass der Täter sich durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub im Hinblick auf sein zukünftiges Legalverhalten positiv beeinflussen lässt, ist die Strafe in voller Länge zu vollziehen (vgl. a.a.O. BGE 144 IV 277 S. 281

E. 5.3.1). Dem Richter steht bei der Prüfung der Prognose des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn der Richter sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 134 IV 140 E. 4.2 S. 142 f.). Mit Urteil vom 9. Mai 2018 (6B\_1005/2017) hat das Bundesgericht unter explizitem Hinweis auf BGE 134 IV 1 seine zu aArt. 42 und aArt. 43 Abs. 1 StGB entwickelte Rechtsprechung trotz teilweiser Kritik aus Lehre und Praxis (vgl. mit Nachweisen: Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 12. Oktober 2011, S. 23 ff.; FABIENNE SCHENKER, Die Problematik der Verschuldensklausel bei der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe, ZStrR 130/2012 S. 243) ausdrücklich bestätigt und die Grundsätze des Stufensystems von bedingtem, teilbedingtem und unbedingtem Vollzug erneut in Erinnerung gerufen. Eine unbedingte (Freiheits-)Strafe kommt erst dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für einen bedingten und selbst teilbedingten Vollzug nicht gegeben sind. Auch die Gewährung bedingter und teilbedingter Strafen beurteilt sich im überschneidenden Anwendungsbereich zwischen einem und zwei Jahren Freiheitsstrafe ausschliesslich anhand der Legalprognose. Der Verschuldensklausel kommt erst ab Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren eigenständige Bedeutung zu. Fällt die Legalprognose hinsichtlich einer vollbedingten Strafe negativ aus, folgt daraus nicht, dass auch ein teilweiser Strafaufschub ausgeschlossen ist. Die Beurteilung nach aArt. 43 StGB hat auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage zu erfolgen, da der teilweise Vollzug einer (Freiheits-)Strafe die Einschätzung der Wiederholungsgefahr positiv beeinflussen kann (zum Ganzen: Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4 mit Hinweisen).

3.1.2 Soweit die Möglichkeit einer teilbedingten Strafe bei Vorliegen der Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB durch das Bundesgericht in vereinzelt Entscheidungen grundsätzlich ausgeschlossen wurde, ist dies mit der publizierten Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen und widerspricht dem gesetzlichen Stufensystem der Vollzugsformen. Dass unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB - je nachdem ob besonders günstige Umstände vorliegen oder fehlen - stets nur eine (voll-)bedingte oder unbedingte

BGE 144 IV 277 S. 282

Strafe auszusprechen sei, setzt die Kriterien zur Bewertung der Legalprognose mit dem daraus zu

treffenden Ergebnis gleich. Die Prognosemöglichkeiten sind bei aArt. 42 Abs. 1 und Abs. 2 StGB trotz unterschiedlicher subjektiver Voraussetzungen identisch: die Aussicht auf zukünftige Bewährung kann mit oder ohne Vorstrafe gut, schlecht oder unsicher ausfallen. Stellt eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten gemäss aArt. 42 Abs. 2 StGB - im Gegensatz zur alten Rückfallregelung - gerade keinen objektiven Ausschlussgrund mehr für eine bedingte Strafe dar, sondern "lediglich" ein relevantes Kriterium bei der Prognosebildung (vgl. BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185; BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5; Urteil 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.1.1), muss anstelle einer vollbedingten auch die härtere und innerhalb des Stufensystems im überschneidenden Anwendungsbereich lediglich subsidiär zur Anwendung gelangende Vollzugsform der teilbedingten Strafe möglich sein. Die teilbedingte Strafe soll das Gericht gerade bei unsicheren Legalprognosen, auch aufgrund von Vorstrafen, vor dem Dilemma "Alles oder Nichts" bewahren. Wäre eine teilbedingte Strafe unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB nicht möglich, würde die als Mittellösung zwischen dem vollständigen Aufschub und dem unbedingten Vollzug der Strafe geschaffene Vollzugsform, die insbesondere auf Wiederholungstäter im unteren Sanktionsbereich, die bereits einmal eine leichte, bedingte Strafe erhalten haben, zugeschnitten ist (vgl. Botschaft vom 13. Dezember 2002 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBl 2005 4708 Ziff. 2.1.74), einer ihrer wichtigsten Anwendungsbereiche beraubt.

3.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist bei der Frage, ob besonders günstige Umstände im Sinne von aArt. 42 Abs. 2 StGB vorliegen, die voraussichtliche Wirkung des Teilvollzugs zu berücksichtigen. Zwar hat das Bundesgericht in zwei Entscheiden, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist, ohne nähere Begründung die Auswirkungen der teilbedingten Freiheitsstrafe für die Bewertung der Legalprognose ausgeschlossen (Urteile 6B\_1032/2014 vom 8. Januar 2015 E. 2.2.1; 6B\_540/2007 vom 16. Mai 2008 E. 5.2), jedoch kann an dieser Rechtsprechung bei näherer Betrachtungsweise nicht festgehalten werden. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist sowohl unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 1 als auch Abs. 2 StGB anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Für die Einschätzung des

BGE 144 IV 277 S. 283

Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.4 S. 143; Urteil 6B\_257/2017 vom 9. November 2017 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 143 IV 441 zu aArt. 46 StGB). Würde unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB bei der Legalprognose die voraussichtliche Wirkung des Vollzugs eines Teils der Freiheitsstrafe nicht berücksichtigt, entfielen ein wesentliches Prognosekriterium und der Anwendungsbereich von aArt. 43 StGB würde erheblich eingeschränkt. Der Richter stünde im Bereich höchst ungewisser Prognosen bei einer Vorstrafenbelastung nach aArt. 42 Abs. 2 StGB häufig vor dem Dilemma "Alles oder Nichts", was aArt. 43 StGB gerade vermeiden soll. Dass die Voraussetzungen für eine nicht ungünstige Prognose nach aArt. 42 Abs. 2 StGB strenger sind als nach Abs. 1, ändert daran nichts. Durch die Vorstrafenbelastung hat sich zwar die Ausgangslage für die Bewertung der Bewährungsaussichten verschoben. Sie ist - anders als bei einem nicht rückfälligen Täter nach aArt. 42 Abs. 1 StGB - nicht mehr neutral in dem Sinne, dass das Fehlen einer ungünstigen Prognose aufgrund der Erwartung, der Verurteilte werde sich unter dem Eindruck des drohenden Strafvollzuges (und allfälliger Weisungen und Bewährungshilfen) in Freiheit selbst bessern, gesetzlich nicht vermutet wird. Gleichzeitig stellt aArt. 42 Abs. 2 StGB aber klar, dass selbst eine erhebliche Vorstrafenbelastung für sich genommen den (teil-)bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 7), auch wenn dies nur unter besonders günstigen Umständen möglich ist. Vermögen die aktuellen Lebensumstände des "rückfälligen" Täters die indizielle Befürchtung der Begehung weiterer Straftaten für sich alleine nicht zu kompensieren - was im Übrigen ansonsten den vollbedingten Strafvollzug nach sich ziehen würde - oder wird diese Befürchtung durch eine identische Tatbegehung allenfalls noch bestärkt, erlaubt die Warnwirkung der teilbedingten Strafe für die Zukunft häufig eine weitaus bessere Prognose. Fällt diese trotz der Vorstrafenbelastung aufgrund des Teilvollzugs nicht mehr ungünstig aus, verlangt aArt. 43 StGB auch unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB, dass zumindest ein Teil der Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird. Dies ist sachgerecht, da im Rahmen von aArt. 42 Abs. 2 StGB - im Gegensatz zum früheren Recht (vgl. aArt. 41 StGB) - nicht mehr nur vollzogene Freiheitsstrafen, sondern auch Geldstrafen und bedingte Strafen ein Indiz für eine schlechte Legalprognose sind (vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999 2050 Ziff. 213.142).

BGE 144 IV 277 S. 284

Dass der Gesetzgeber die Warnwirkung des Teilvollzugs unter den Voraussetzungen von aArt. 42 Abs. 2 StGB nicht berücksichtigen wollte, ist nicht ersichtlich und mit der gesetzlichen Systematik der unterschiedlichen Vollzugsstufen nicht vereinbar. Die Beurteilung der Bewährungsaussichten

gleicht derjenigen im Fall eines Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe. Auch hier ist im Rahmen der Gesamtwürdigung miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. So kann vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden, wenn die neue Strafe vollzogen wird und umgekehrt kann der Widerruf der früheren Strafe eine Schlechtprognose für die neue Strafe ausschliessen (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.5 S. 144, BGE 134 IV 1 E. 5.5.2 S. 14 f.). Die Nichtberücksichtigung einer allfälligen Warnwirkung lässt sich auch nicht damit begründen, dass eine unsachgemässe Privilegierung gegenüber Tätern erfolge, deren (Freiheits-)Strafen unter einem Jahr Freiheitsstrafe liegen und bei denen eine teilbedingte Strafe nicht möglich ist. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des bedingten und teilbedingten Vollzugs bewusst unterschiedlich geregelt und auch im Rahmen der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung des Sanktionenrechts ausdrücklich auf eine Harmonisierung verzichtet (vgl. Bundesamt für Justiz, a.a.O., S. 23 f.). Zudem kommen für Strafen von unter einem Jahr Freiheitsstrafe, die nicht in den Anwendungsbereich von aArt. 43 StGB fallen, abweichend vom Normalvollzug in einer geschlossenen Anstalt (Art. 77 StGB) zu Gunsten des Täters unterschiedliche Vollzugsalternativen wie beispielsweise Halbgefangenschaft (nArt. 77b StGB), gemeinnützige Arbeit (nArt. 79a StGB) oder elektronische Überwachung (nArt. 79b StGB) in Betracht; auch die beim teilbedingten Vollzug ausgeschlossenen Vorschriften der bedingten Entlassung nach teilweiser Verbüßung der ausgesprochenen Strafe finden Anwendung (vgl. aArt. 43 Abs. 3 Satz 2 und Art. 86 StGB).