Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 328/2007 /hum

Urteil vom 6. Februar 2008
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Ferrari, Mathys,
Gerichtsschreiberin Binz.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Roger Baumberger,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau,
Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Teilbedingte Strafe (Art. 42 Abs. 1 StGB und
Art. 43 Abs. 1 StGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 26. April 2007.

Sachverhalt:

A.
X._____ wurde mit Urteil vom 6. Juli 2006 des Bezirksgerichts Lenzburg wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB), mehrfacher sexueller Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB), mehrfacher Nötigung (Art. 181 StGB) und Pornographie (Art. 197 Ziff. 3bis StGB) zu einer Gefängnisstrafe von 2 Jahren verurteilt. Das Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, änderte mit Urteil vom 26. April 2007 in teilweiser Gutheissung der von X._____ erhobenen Berufung den Strafpunkt und schob in Anwendung des neuen Rechts (Art. 42 und 43 nStGB) 12 Monate der Freiheitsstrafe auf, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren.

B.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 26. April 2007 sei im Strafpunkt (Ziff. 1) aufzuheben und ihm sei gestützt auf Art. 42 StGB der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Zudem ersucht X._____ um unentgeltliche Rechtspflege. Das Obergericht des Kantons Aargau beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau verzichtet auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Auf die Beschwerde kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie 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 BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 BGG) richtet.

2.
Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Dieses neue Recht gelangt jedoch auf Taten, welche noch unter Geltung des alten Rechts begangen wurden, nur zur Anwendung, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Im vorliegenden Fall ist das neue Recht das mildere, womit dieses anwendbar ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 2 S. 10).

3.
Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) durch unrichtige Anwendung von Art. 42 f. StGB. Er bringt vor, das Obergericht hätte anstelle einer teilbedingten Strafe den bedingten Strafvollzug anordnen müssen. Er rügt insbesondere die Auffassung des Obergerichts, wonach eine günstige Prognose nur möglich sei, wenn er einen Teil der Strafe verbüsse.

3.1 Gemäss den Ausführungen des Obergerichts sprechen die Tatumstände für eine ungünstige Prognose nach Art. 42 Abs. 1 StGB. Der Beschwerdeführer habe während eines längeren Zeitraums mehrfach zwei Mädchen sexuell missbraucht. Erschwerend falle das junge Alter der beiden Opfer ins Gewicht. Der Beschwerdeführer habe trotz erdrückender Beweislage sämtliche sexuellen Handlungen bestritten, was wenig Einsicht in das Unrecht seiner Taten erkennen lasse. Massgebliche Veränderungen in seinen persönlichen Verhältnissen würden keine vorliegen. Aus der seit kurzer Zeit bestehenden neuen Beziehung des Beschwerdeführers könne keine stabilisierende Wirkung erwartet werden, zumal er im Zeitpunkt seiner Taten zumindest teilweise eine Freundin gehabt habe. Für den Beschwerdeführer spreche demgegenüber, dass er seit Verübung der zu beurteilenden Delikte nicht mehr straffällig geworden sei. Die ausgestandene Untersuchungshaft habe bei ihm einen nachhaltigen Eindruck hinterlassen und die ausgefällte Freiheitsstrafe werde ihm eine langfristige Warnung sein. Der Beschwerdeführer sei seit Juni 2006 wieder erwerbstätig und bemühe sich, seine Schulden abzutragen. Aus den genannten Gründen erachtet das Obergericht eine vollständige Verbüssung der Strafe
nicht als notwendig, um den Beschwerdeführer von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (angefochtenes Urteil E. 6.4.3 S. 28 f.). Eine gute Prognose könne jedoch nur gestellt werden, wenn der Beschwerdeführer einen Teil der Strafe zu verbüssen habe. Die Schwere der Taten würden einen Teilvollzug nahe liegen. Demnach habe der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 43 StGB von der zweijährigen Freiheitsstrafe ein Jahr zu verbüssen (angefochtenes Urteil E. 6.5.2 S. 30).

3.2 Der Beschwerdeführer macht im Einzelnen geltend, das Obergericht nenne sowohl Anhaltspunkte für eine ungünstige als auch für eine günstige Prognose. Ohne von einer bestimmten Prognose auszugehen, stelle sich das Obergericht auf den Standpunkt, eine günstige Prognose sei nur möglich, wenn er auch einen Teil seiner Strafe verbüssen müsse. Nach dem neuen Recht werde jedoch eine günstige Prognose vermutet, solange dies nicht widerlegt werde. Deshalb sei es unzulässig, weder die Vermutung der günstigen Prognose zu verneinen, noch das Vorliegen einer ungünstigen Prognose zu bejahen, um den Schluss zu ziehen, eine ungünstige Prognose könne nur ausgeschlossen werden, wenn im Sinne eines Warnschusses eine teilbedingte Strafe ausgesprochen werde. Die Art und Schwere des Deliktes sei bei der Strafzumessung und nicht im Rahmen der Prognose zu berücksichtigen. Zudem dürfe der Täter nicht dafür bestraft werden, dass er von seinen Verteidigungsrechten Gebrauch mache und deshalb könne aus dem Ableugnen der Tat keine ungünstige Prognose abgeleitet werden. Zusammengefasst habe das Obergericht verkannt, dass Art. 42 Abs. 1 StGB keine gemischte Prognose zulasse, und es habe auf Faktoren abgestellt, die nicht als Grundlage für die Erteilung einer
ungünstigen Prognose dienen dürften. Wenn sich das Obergericht weder für eine günstige noch für eine ungünstige Prognose entschliessen könne, müsse es gestützt auf Art. 42 Abs. 1 StGB und dem Grundsatz "in dubio pro reo" von der Vermutung einer günstigen Prognose ausgehen. Würden zudem die unzulässig beigezogenen Faktoren weggelassen, gebe es keine Gründe, die für eine ungünstige Prognose sprechen würden (Beschwerde Ziff. 3 S. 7 f.). Zur Anwendbarkeit der teilbedingten Strafe führt der Beschwerdeführer aus, diese sei bei einer Freiheitsstrafe bis und mit 24 Monaten nur ausnahmsweise anzusetzen, weil grundsätzlich vom Normalfall der

bedingten Strafe auszugehen sei. Der Anwendungsbereich der teilbedingten Strafe beschränke sich auf Fälle nicht negativer Prognose, bei denen bislang eine bedingte Strafe gewährt worden sei und bei denen nunmehr unter dem ergänzenden Gesichtspunkt des Verschuldens ein Teilvollzug möglich werden solle. Das Obergericht begründe das besonders gravierende Verschulden mit der Tatsache, dass er eines der Opfer einmalig zum Oralverkehr gezwungen habe. Die Rechtsprechung, wonach der Unrechtsgehalt einer Nötigung zur Duldung des Oralverkehrs ähnlich dem Unrechtsgehalt einer Vergewaltigung sei, habe das
Obergericht hingegen bereits bei der Strafzumessung genügend berücksichtigt und mit 24 Monaten eine eher hohe Strafe ausgefällt. Das Verschulden wiege im vorliegenden Fall nicht so schwer, dass ein Teilvollzug als Rache- bzw. Denkzettel angewendet werden müsse. Dies insbesondere auch, weil er nicht einschlägig vorbestraft sei und seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft ein tadelloses Leben führe. Schliesslich begründe das Obergericht nicht, weshalb die Gesamtstrafe halbiert werden soll. Die fehlende Begründung führe zum Schluss, dass die "Halbierung" willkürlich erfolgt sei (Beschwerde Ziff. 3 S. 11 ff.).

4.
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: Das Gericht schiebt den Vollzug 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). Eine bedingte Strafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Artikel 106 verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB).

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 Strafvollzugs 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 Strafart. 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 Denkzettel 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: Das Gericht kann den Vollzug 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). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB); sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe muss mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB).

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 Ermessenspielraum 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 Verbrechensverhütung (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 Konfliktsfall 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 andre 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 Gefängniskapazitäten 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 werde 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 - inbesondere 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 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. Das trifft nicht zu, solange die Gewährung des bedingten Strafvollzugs, 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 anderseits 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 Vorliegend wurde der Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt. Diese Strafe ist grundsätzlich nach Art. 42 StGB aufzuschieben (vgl. E. 6.5.2 hiervor). Das Obergericht hat ausgeführt, dass die Tatumstände für eine ungünstige Prognose nach Art. 42 StGB sprechen würden. Es hat jedoch auch Gründe

aufgeführt, welche eine günstige Prognose nahelegen und aufgrund welcher es eine vollständige Verbüssung der Strafe nicht als notwendig erachtet (vgl. E. 3.1 hiervor). Trotz Nennung von mehreren positiven Faktoren hat das Obergericht nicht begründet, wieso ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Beschwerdeführers bestehen, so dass aus spezialpräventiver Sicht ein Strafteil unbedingt vollzogen werden muss. Das Obergericht hat verkannt, dass der teilbedingte Strafvollzug die Ausnahme darstellt. Seinen Ausführungen folgend wäre der bedingte Strafaufschub grundsätzlich zu gewähren. Die Rüge der unrichtigen Anwendung von Art. 42 und 43 StGB erweist sich deshalb als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Dabei wird das Obergericht die Anordnung einer Strafenkombination nach Art. 42 Abs. 4 StGB zu prüfen haben.

7.2 Nach dem Gesagten braucht auf die Vorbringen des Beschwerdeführers, das Obergericht habe auf Faktoren abgestellt, die nicht als Grundlage für die Erteilung einer ungünstigen Prognose dienen dürfen, nicht einzugehen. Gleiches gilt für die Rüge der fehlenden Begründung der Festlegung der Strafteile.

8.
Ausgangsgemäss sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Dem Beschwerdeführer ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG) gegenstandslos. Die Entschädigung ist jedoch dem Vertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 26. April 2007 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Der Kanton Aargau hat dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Roger Baumberger, Aarau, eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– auszurichten.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. Februar 2008
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Schneider Binz