Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 83/2009

Urteil vom 30. Juni 2009
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari,
Gerichtsschreiber Keller.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Fingerhuth,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz, Archivgasse 1, 6430 Schwyz,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, Strafkammer, vom 26. August 2008.

Sachverhalt:

A.
Das Strafgericht Schwyz erklärte X._____ mit Urteil vom 1. Juni 2007 des gewerbsmässigen Betrugs, der Misswirtschaft sowie der Widerhandlung gegen Art. 46 Abs. 1 lit. f i.V.m. Abs. 2 des Bankengesetzes schuldig und verurteilte ihn zu 27 Monaten unbedingter Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 31 Tagen Untersuchungshaft; die Zivilforderungen verwies es auf den Zivilweg.

B.
Gegen dieses Urteil erhoben X._____ Berufung sowie die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz Anschlussberufung beim Kantonsgericht Schwyz, welches am 26. August/23. Dezember 2008 in Bestätigung der erstinstanzlichen Schuldsprüche die Berufung abwies, die Anschlussberufung jedoch guthiess und die erstinstanzlich ausgesprochene Freiheitsstrafe auf drei Jahre erhöhte.

C.
X._____ führt Beschwerde beim Bundesgericht, in welcher er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, und die Sache sei im Sinne der Erwägungen zu neuer Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.
Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.
Erwägungen:

1.
Dem zu beurteilenden Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Am 1. Oktober 2003 wurde gegen den Beschwerdeführer eine anonyme Strafanzeige mit dem Strafantrag zur Überprüfung der Firmen-Gruppe X._____, Y._____ AG und weiterer sieben Firmen in Z._____ eingereicht. Der Anzeige beigelegt war auch die erste Seite eines Urteils des deutschen Landgerichts Hof, welches den Beschwerdeführer und andere Mitangeschuldigte am 30. November 2001 des Betrugs in 409 Fällen zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilte. Der Beschwerdeführer nahm mit sogenannten Verwaltungsverträgen Anlegergelder entgegen, indem er mit Broschüren und Hochglanzprospekten sowie an Seminarien über ein Vermittlersystem die Firmengruppe als weltweit agierendes erfolgreiches Finanzdienstleistungsunternehmen darstellte. Die Kundengelder verwendete er allerdings nicht vertragsgemäss für Devisenspekulationsgeschäfte, sondern für die Firmenfortführung und zur Erhaltung des Lebensstandards. Am 22. Juli 2002 wurde der Beschwerdeführer aus dem Strafvollzug in Deutschland entlassen und nahm anschliessend in der Schweiz wieder im Finanzbereich eine Tätigkeit auf. Wie in Deutschland bot er sog. Founderprogramme mit Seminaren und Partizipationsscheinen an. Die dem jetzigen Verfahren zugrundeliegenden Fälle datieren zwischen Dezember 2002 und März 2004.

2.
2.1 Im bundesgerichtlichen Verfahren ist einzig die Strafzumessung durch die Vorinstanz zu beurteilen. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Gesamtwürdigung für die Strafzumessung nur auf die fehlende Reue und die Vorstrafe abgestellt habe, während unberücksichtigt geblieben sei, dass diese bereits sieben Jahre und der nun zu beurteilende Sachverhalt über vier Jahre zurücklägen, ohne dass er strafrechtlich noch sonstwie negativ in Erscheinung getreten sei. Vielmehr sei er glücklich verheiratet und habe drei Kinder im Alter von 10, 8 und 5 Jahren, weshalb er sich nicht nur geschäftlich, sondern auch privat stabilisiert habe. Die Vorinstanz habe zu Unrecht den teilbedingten Strafvollzug nicht gewährt und damit gegen Art. 42 f. StGB verstossen. Ebenfalls sei sie ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 50 StGB nicht nachgekommen. Die Vorinstanz habe ferner die Tatsache nicht berücksichtigt, dass die erste Instanz zu Unrecht aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen in die Strafzumessung einfliessen liess, was Art. 369 Abs. 7 StGB verletze.

2.2 Nach Auffassung der Vorinstanz führt der Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht zum Ergebnis, dass das neue Recht für den Beschwerdeführer nicht milder sei und aus diesem Grund das alte Recht zur Anwendung gelange. Dies deshalb, weil ein teilbedingter Vollzug angesichts des schweren Verschuldens, das eine Strafe über drei Jahre rechtfertigen würde, nicht in Frage komme. Da die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz nur eine Freiheitsstrafe von drei Jahren beantragte, könne die Vorinstanz allerdings nicht darüber hinausgehen.

2.3 Mit dieser Begründung kann die Anwendung des neuen Rechts nicht abgelehnt werden. Wohl ist nach der Rechtsprechung konkret zu prüfen, ob die Beschuldigten nach dem neuen Recht besser wegkommen als nach dem alten Recht. Das Bundesgericht führte in einem neueren Entscheid jedoch aus, dass neues Recht auch dann anwendbar ist, wenn die Prüfung ergeben hat, dass der allein nach dem neuen Recht mögliche bedingte beziehungsweise teilbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe und/oder der Geldstrafe nicht gewährt werden kann, weil im konkreten Fall die Prognose ungünstig ist (nicht publizierte E. 2.4 von BGE 134 IV 241).

2.4 Diese Rechtsprechung ist auch in der hier gegebenen Konstellation anzuwenden. Wird eine Freiheitsstrafe von mehr als 18 Monaten bis zu 3 Jahren ausgefällt, so ist das neue Recht milder, weil allein nach diesem Recht im konkreten Fall ein bedingter beziehungsweise teilbedingter Strafvollzug überhaupt möglich und daher von den Behörden zu prüfen ist. Das neue Recht ist und bleibt auch anwendbar, wenn eine Instanz - allenfalls abweichend von einer unteren Instanz -im konkreten Fall zum Ergebnis gelangt, dass nach dem neuen Recht ein (teil-)bedingter Vollzug ausser Betracht fällt, weil die Prognose ungünstig ist. Im vorliegenden Fall ist daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht das alte, sondern das neue Recht anwendbar.

3.
Art. 42 StGB regelt gemäss seinem Randtitel die "bedingten Strafen". Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der

Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

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

3.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind unter besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB solche zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Demnach gilt 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. 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 wird. 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. Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren. Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 6 f.
mit Hinweisen).

3.3 Art. 43 StGB regelt gemäss seinem Randtitel die "teilbedingten Strafen". Das Gericht kann den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Bei der teilbedingten Freiheitsstrafe muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen. Auch die bloss teilbedingte Strafe setzt das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraus. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug zumindest eines Teils der Strafe bedingt aufgeschoben werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Der Zweck der Spezialprävention findet seine Schranke am gesetzlichen Erfordernis, dass angesichts der Schwere des Verschuldens wenigstens ein Teil der Strafe zu vollziehen ist. Hierin liegt die
hauptsächliche Bedeutung von Art. 43 StGB (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1 mit Hinweisen). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen von über zwei Jahren bis zu drei Jahren wiege das Verschulden des Täters so schwer, dass trotz günstiger beziehungsweise nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens vollzogen werden muss.

3.4 Die Vorinstanz verneinte die Möglichkeit des teilbedingten Strafvollzugs im vorliegenden Fall, da der Beschwerdeführer angesichts des schweren Verschuldens "eine zwingend unbedingte Freiheitsstrafe von über drei Jahren verdiente", so dass objektiv keine teilweise Schonung im Vollzug in Frage komme. Aufgrund der fehlenden Einsicht (Ehrverletzungsklagen gegen kooperierende Organe der Y._____ AG) sowie der aktuell wiederum undurchsichtig erscheinenden Vermittlertätigkeit im Diamantenveredelungshandel könne überdies keine günstige Legalprognose gestellt werden. Ferner fehle es infolge der Verurteilung in Deutschland ohnehin an besonders günstigen Voraussetzungen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB (angefochtenes Urteil, S. 21).
3.5
3.5.1 Die Beurteilung der Gewährung des bedingten Strafvollzugs bildet Teil der Strafzumessung, bei welcher

dem Sachrichter nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. zuletzt BGE 129 IV 6 E. 6.1) ein erheblicher Spielraum des Ermessens zusteht. Für die Anwendung von Art. 42 StGB gelten diesbezüglich die gleichen Massstäbe. Das Bundesgericht greift in diesen Ermessensspielraum nur ein, wenn der Sachrichter von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn er wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1).
3.5.2 Dies ist vorliegend der Fall: Das Argument, dass der Beschwerdeführer aufgrund des schweren Verschuldens eine über dreijährige Freiheitsstrafe verdienen würde, die mangels Antrag im vorliegenden Berufungsverfahren nicht ausgesprochen werden durfte, kann nicht als ungünstige Legalprognose dienen. Ebenso erscheint zweifelhaft, wenn die Vorinstanz einzig aus dem Ergreifen von Rechtsmitteln durch den Beschwerdeführer auf dessen fehlende Einsicht schliesst. Schliesslich bezeichnet die Vorinstanz die aktuelle berufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers als "undurchsichtig erscheinend". Aus dieser Feststellung allein kann nicht eine ungünstige Prognose abgeleitet werden, zumal der Beschwerdeführer nach den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz seit März 2004 nicht mehr delinquiert und sich nach mehreren kurzen Beziehungen auch familiär stabilisiert hat. Seine jetzige Frau lernte er 1998 kennen, ist mit ihr seit 2003 verheiratet und Vater von drei Kindern im Alter von 10, 8 und 5 Jahren. Die Vorinstanz würdigte weder die private Stabilisierung, noch die langjährige deliktsfreie Zeit des Beschwerdeführers.
3.5.3 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). Im Ergebnis hat die Vorinstanz folglich die ihr obliegende Begründungspflicht und damit Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und
das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben. Bei ihrer Neubeurteilung wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe unter Vornahme einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände für den Beschwerdeführer gewährt werden kann.

4.
4.1 Die Vorinstanz hat nach Ansicht des Beschwerdeführers im Weiteren die Tatsache nicht berücksichtigt, dass die erste Instanz zu Unrecht Vorstrafen in die Strafzumessung einfliessen liess, was Art. 369 Abs. 7 StGB verletze.

4.2 Die erste Instanz führte in ihrem Urteil zur Strafzumessung unter anderem aus, dass die - mitunter einschlägigen - Vorstrafen "massiv straferhöhend" zu werten seien. Ansonsten wirkten sich die persönlichen Verhältnisse das Vorleben des Beschwerdeführers nicht auf die Strafzumessung aus. Die erste Instanz erwähnte dabei Strafverfahren, die bis 1987 zurückreichen und teilweise nicht eröffnet, abgeschrieben oder eingestellt wurden (erstinstanzliches Urteil, S. 67).

4.3 Nach expliziter Gesetzesvorschrift in Art. 369 Abs. 7 StGB können dem Betroffenen entfernte Strafen nicht mehr entgegen gehalten werden. Aus dem gesetzgeberischen Willen der vollständigen Rehabilitation muss gefolgert werden, dass entfernte Urteile weder bei der Strafzumessung noch bei der Prognosebeurteilung zu Lasten des Betroffenen verwendet werden dürfen. Diese Verwertungseinschränkung ist gerechtfertigt, da die Vortaten aufgrund der grosszügig bemessenen Entfernungsfristen (vgl. Art. 369 Abs. 1 StGB) mitunter Jahrzehnte zurückliegen. Nach Ablauf dieser Fristen sind die Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteressen des Betroffenen von Gesetzes wegen schwerer zu gewichten als die öffentlichen Informations- und Strafbedürfnisse (BGE 135 IV 87 E. 2.4 mit Hinweisen).

4.4 Die Vorinstanz führt aus, dass "mit Ausnahme der nicht nachvollziehbaren Verschuldensgewichtung" grundsätzlich auf die von der ersten Instanz genannten Strafzumessungsumstände verwiesen werden könne (angefochtenes Urteil, S. 20). Die Vorinstanz stützt damit die erstinstanzliche Strafzumessung, welche die Vorstrafen "massiv straferhöhend" wertete, darunter namentlich auch solche, welche nach Art. 369 Abs. 7 StGB dem Betroffenen nicht mehr entgegen gehalten werden dürfen. Dies verletzt Bundesrecht. Richtigerweise hätte nur die Vorstrafe des Landgerichts Hof im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen.

5.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde demnach gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 26. August 2008 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 BGG) und hat der Kanton Schwyz dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3000.– auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 26. August 2008 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Der Kanton Schwyz hat dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von Fr. 3000.– zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. Juni 2009

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Favre Keller