Urteilskopf

134 IV 241

25. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen (Beschwerde in Strafsachen) 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008

Regeste (de):
Bildung einer Gesamtstrafe bei Widerruf des bedingten Strafvollzugs (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB).

Die Bildung einer Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB kommt nicht in Betracht, wenn die widerrufene Strafe und die neue Strafe gleichartig sind (E. 4).

Regeste (fr):
Fixation d'une peine d'ensemble en cas de révocation du sursis (art. 46 al. 1, 2e phrase CP).

La fixation d'une peine d'ensemble par application analogique de l'art. 49 CP n'entre pas en considération si la peine assortie du sursis révoqué et celle nouvellement prononcée sont du même genre (consid. 4).

Regesto (it):
Pena unica in caso di revoca della sospensione condizionale della pena (art. 46 cpv. 1 seconda frase CP).

Non è possibile pronunciare una pena unica in applicazione analogica dell'art. 49 CP laddove la pena revocata e la nuova pena siano dello stesso genere (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 241

BGE 134 IV 241 S. 241

Das Obergericht des Kantons Schaffhausen sprach X. am 13. Juli 2007 in Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Schaffhausen vom 30. März 2005 der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. b und c BetmG), der mehrfachen, zum Teil qualifizierten Geldwäscherei, der mehrfachen Urkundenfälschung, der falschen Anschuldigung sowie des Fahrens in angetrunkenem Zustand schuldig. Es verurteilte ihn in teilweiser Gutheissung der Berufung der Staatsanwaltschaft in Anwendung des bis 31. Dezember 2006 in Kraft stehenden alten Rechts unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 91 Tagen zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren, teilweise

BGE 134 IV 241 S. 242

als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Untersuchungsrichteramts des Kantons Schaffhausen vom 14. August 2001, sowie zu einer Busse von 20'000 Franken. Es widerrief den mit Strafbefehl des Untersuchungsrichteramts des Kantons Schaffhausen vom 14. August 2001 dem Verurteilten gewährten bedingten Vollzug für

eine Gefängnisstrafe von 45 Tagen bei einer Probezeit von 3 Jahren und erklärte diese Strafe für vollziehbar. Es stellte fest, dass der Vollzug der mit Strafbefehl des Verkehrsstrafamts des Kantons Schaffhausen vom 23. Februar 1996 ausgefällten bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 21 Tagen infolge der seit Ablauf der dreijährigen Probezeit verstrichenen Zeit (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 5 aStGB) nicht mehr angeordnet werden kann. Das Obergericht ordnete sodann unter anderem die Einziehung von sichergestellten Vermögenswerten im Gesamtbetrag von rund Fr. 900'000.- an. Es verpflichtete den Verurteilten darüber hinaus gestützt auf Art. 59 Ziff. 2 aStGB zur Bezahlung einer Ersatzforderung von Fr. 750'000.- und ordnete zur Sicherung dieser staatlichen Ersatzforderung in Bezug auf drei Grundstücke eine Grundbuchsperre an. Mit Verfügung des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 17. August 2007 wurde das Obergerichtsurteil im Kostenpunkt berichtigt. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 13. Juli 2007 sei aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ficht insbesondere das Strafmass, die Verweigerung des (teil-)bedingten Strafvollzugs sowie die Höhe der staatlichen Ersatzforderung an. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass der Verkehrswert von zwei mit einer Grundbuchsperre belegten Grundstücken gemäss einer aktuellen Schätzung des Schweizerischen Bauernverbands vom Februar 2008 Fr. 1'175'000.- beträgt. Im Übrigen hat das Obergericht unter Hinweis auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil auf Gegenbemerkungen verzichtet. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen stellt in ihrer Vernehmlassung den Antrag, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer ficht den Widerruf des bedingten Vollzugs der Vorstrafe von 45 Tagen gemäss Strafbefehl vom

14. August 2001 nicht an. Er macht aber geltend, dass aus dieser für vollziehbar erklärten Vorstrafe und der neuen Strafe in Anwendung des neuen, milderen Rechts gemäss Art. 46 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip zu bilden sei.

4.1 Art. 46 Abs. 1 StGB bestimmt Folgendes:
"Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei kann es auf eine unbedingte Freiheitsstrafe nur erkennen, wenn die Gesamtstrafe mindestens sechs Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Artikel 41 erfüllt sind." Art. 46 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs sah Folgendes vor: "Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die ausgesetzte Strafe oder die bedingte Freiheitsstrafe. Verhängt es für beide Taten eine Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Art. 49 eine Gesamtstrafe. Dabei kann es auf eine Freiheitsstrafe nur erkennen, wenn die Gesamtstrafe mindestens 6 Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Artikel 41 erfüllt sind." Dazu wird in der Botschaft des Bundesrates Folgendes ausgeführt (BBl 1999 S. 1979 ff., 2057): "Sind die Voraussetzungen erfüllt, so widerruft das Gericht die ausgesetzte Strafe oder die bedingte Freiheitsstrafe. Im Falle des Aussetzens der Strafe bestimmt es sodann die Art der Strafe nach den allgemeinen Grundsätzen, es beachtet insbesondere Artikel 41 E. Verhängt es für Rückfalltat und Anlasstat

zweimal eine Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 E eine Gesamtstrafe, wiederum mit der Einschränkung nach Artikel 41 E bezüglich der Freiheitsstrafe." Daraus ergibt sich, dass eine Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 einzig im Falle des Widerrufs einer ausgesetzten Strafe, nicht aber im Falle des Widerrufs einer bedingten Strafe gebildet werden sollte. Entsprechend sah Art. 46 Abs. 1 Satz 2 des bundesrätlichen Entwurfs die Bildung einer Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 für den Fall vor, dass das Gericht "für beide Taten eine Strafe gleicher Art" "verhängt". "Für beide Taten", d.h. für die neue Tat und für die Gegenstand des früheren Urteils bildende frühere Tat, konnte das Gericht eine Strafe aber überhaupt

nur "verhängen", wenn im früheren Urteil die Strafe für die Gegenstand jenes Entscheids bildende Tat im Sinne von Art. 42 des bundesrätlichen Entwurfs ausgesetzt worden war. Art. 42 des bundesrätlichen Entwurfs ("Aussetzen der Strafe") sah in den Absätzen 1 und 4 Folgendes vor: "Hat der Täter die Voraussetzungen für eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von weniger als 1 Jahr erfüllt, erscheint jedoch deren Vollzug nicht notwendig, um den Täter von weiteren Straftaten abzuhalten, so spricht ihn das Gericht schuldig, legt die Strafe in Strafeinheiten fest und setzt den Vollzug der Strafe aus. Das Gericht bestimmt die Art der Strafe bei Widerruf infolge Nichtbewährung (Art. 46). 1 Strafeinheit entspricht 1 Tagessatz Geldstrafe, 4 Stunden gemeinnütziger Arbeit oder 1 Tag Freiheitsstrafe." Nur im Falle des Widerrufs einer ausgesetzten Strafe, offensichtlich nicht auch im Falle des Widerrufs einer bedingten Strafe konnte das Gericht in die Lage kommen, "die Art der Strafe" zu "bestimmen". Denn bei der ausgesetzten Strafe waren lediglich die "Strafeinheiten" festgelegt, die Art der Strafe aber gerade noch nicht bestimmt. Demgegenüber ist bei der auch schon im Entwurf vorgesehenen bedingten Strafe die Art der Strafe im Entscheid, in welchem die bedingte Strafe ausgefällt wurde, bereits bestimmt. In den Verhandlungen der eidgenössischen Räte wurde das Institut des "Aussetzens der Strafe" im Sinne des bundesrätlichen Entwurfs fallengelassen. Folgerichtig hätte Art. 46 Abs. 1 Satz 2 des bundesrätlichen Entwurfs ersatzlos gestrichen werden müssen. Stattdessen haben die eidgenössischen Räte aus schwer nachvollziehbaren Gründen eine nunmehr auf den Fall des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs quasi angepasste, im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehene Bestimmung kreiert, wonach das Gericht die Art der widerrufenen Strafe "ändern" kann, "um" in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden (siehe AB 1999 S S. 1118; AB 2001 N S. 563).

4.2 Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Die Bestimmung stösst auch in der Lehre auf Kritik. Es sei sehr eigenartig, dass die Art der Vorstrafe und damit auch ein rechtskräftiges Urteil überhaupt geändert werden kann, und es sei rechtsstaatlich höchst bedenklich, beispielsweise eine (mildere) Geldstrafe in eine (schwerere) Freiheitsstrafe abzuändern (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl. 2006, § 5 N. 96; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH,

Strafrecht II, 8. Aufl. 2007, S. 145/146; ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, Basler Kommentar, StGB I, 2. Aufl. 2007, Art. 46 StGB N. 30). Sonderbar sei zudem, dass ausgerechnet bei Gleichartigkeit der Vorstrafe und der neuen Strafe nach dem Wortlaut der Bestimmung die Bildung einer Gesamtstrafe nicht möglich ist, was

offensichtlich auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhe (SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., Art. 46 StGB N. 31; auch STRATENWERTH, a.a.O., § 5 N. 96). Zur Frage, wie im Falle des Widerrufs des bedingten Vollzugs der Vorstrafe die Bildung einer Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB vorzunehmen und ob dies überhaupt sachgerecht ist, äussert sich die Lehre so weit ersichtlich nicht.

4.3. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB scheint zum Ausdruck zu bringen, dass der Richter für die Gegenstand der früheren Verurteilung bildenden Taten und für die während der Probezeit verübten neuen Taten eine Gesamtstrafe bilden kann, wie wenn er alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 89 StGB für den Fall des Widerrufs der bedingten Entlassung bei Verübung von Straftaten während der Probezeit. Nach Art. 89 Abs. 6 StGB bildet das Gericht "in Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe", wenn auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammentrifft. Diese Vorschrift entspricht Art. 89 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfs. Dazu wird in der Botschaft des Bundesrates lediglich ausgeführt, die vorgeschlagene Bestimmung regle das Zusammentreffen eines durch Widerruf vollziehbaren Strafrests mit einer neuen Freiheitsstrafe "sachgerechter" als das bisherige Recht: Der Richter kumuliere nicht einfach wie bisher beide Strafen, sondern bilde aus ihnen eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln der bedingten Entlassung erneut anwendbar seien (Botschaft, a.a.O., S. 2123). Soweit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 49 StGB zum Ausdruck bringen sollte, dass der Richter für die Gegenstand der früheren Verurteilung bildenden Straftaten einerseits und die während der Probezeit begangenen neuen Straftaten andererseits eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip bilden kann, wie wenn er alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte, erscheint dies als wenig sachgerecht. Der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe während der Probezeit weitere Delikte verübt, unterscheidet sich wesentlich vom

Fall eines Täters, der sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten (siehe Art. 49 Abs. 1 StGB) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (vgl. Art. 49 Abs. 2 StGB betreffend die retrospektive Konkurrenz) verurteilt worden ist. Eine Gleichstellung dieser Fälle bei der Strafzumessung erscheint als sachfremd, weil damit der straferhöhend zu wertende Umstand, dass der Täter einen Teil der Taten während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe begangen hat, bei der Strafzumessung zu Unrecht unberücksichtigt bliebe. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss indessen im vorliegenden Fall aus nachstehenden Gründen nicht abschliessend beurteilt werden.

4.4 Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung ("[...]kann [...]") fakultativ. Es findet nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift nur Anwendung, wenn die bedingte Vorstrafe und die neue Strafe nicht gleichartig sind und daher das Gericht die Art der Vorstrafe ändert. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, da beide Strafen gleichartig sind. Die Vorinstanz hat somit Bundesrecht nicht verletzt, indem sie nicht gestützt auf Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe gebildet hat. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.