



Geschäfts-Nr. UK070404/U

III. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Vorsitzender, [Name] und [Name]
sowie der juristische Sekretär lic. iur. C. Maira

Beschluss vom 15. Mai 2008

in Sachen

R. B.,

Rekurrent

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland, Wilstr. 11, Postfach, 8610 Uster,

Rekursgegnerin

betreffend **Widerruf**

**Rekurs gegen den Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Meilen
vom 22. November 2007, DG070006**

Das Gericht erwägt:

I.

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen, II. Abteilung (Vorinstanz), vom 22. November 2007 wurde R. B. der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. Mit gleichzeitig ergangenem Beschluss wurden die mit Strafbefehl des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim vom 23. Januar 2003 und die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 ausgefallten bedingten Gefängnisstrafen von 70 bzw. 30 Tagen widerrufen und für vollziehbar erklärt (Urk. 3 [Entscheidung im Dispositiv] bzw. Urk. 7/93 [begründeter Entscheid]). Gegen diesen Beschluss liess R. B. (Rekurrent) mit Eingabe vom 7. Dezember 2007 bzw. 18. März 2008 innert Frist (vgl. dazu Urk. 5) Rekurs erheben und beantragen (Urk. 2 S. 2 bzw. Urk. 8 S. 3 f.):

- „1. Es sei Dispositiv Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Meilen vom 22. November 2007 im Verfahren DG070006 aufzuheben.
2. Es seien die mit Strafbefehl des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim vom 23. Januar 2003 (010/01/3134) für eine bedingt aufgeschobene Strafe von 70 Tagen Gefängnis angesetzte Probezeit von zwei Jahren sowie die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 (2003/512/S) für eine bedingt aufgeschobene Strafe von 30 Tagen Gefängnis angesetzte Probezeit von ebenfalls zwei Jahren um je ein Jahr zu verlängern.
Eventualtier seien die mit Strafbefehl des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim vom 23. Januar 2003 (010/01/3134) sowie die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 (2003/512/S) ausgesprochenen Strafen von 70 Tagen Gefängnis bzw. von 30 Tagen Gefängnis in gemeinnützige Arbeit von 280 Stunden bzw. 120 Stunden umzuwandeln und hernach für vollziehbar zu erklären.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.“

2. Mit Präsidialverfügung vom 20. März 2008 wurde der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft See/Oberland (Rekursgegnerin) Frist zur Vernehmlassung bzw. Rekursantwort angesetzt (Urk. 10). Beide haben auf eine Stellungnahme zum Rekurs ausdrücklich verzichtet (Urk. 15 f.).

II.

1. Im Rahmen der Prüfung, ob die mit Urteil vom 22. November 2007 ausgesprochene Freiheitsstrafe von acht Monaten bedingt zu vollziehen sei oder nicht, äusserte die Vorinstanz in Bezug auf die Frage, ob dem Rekurrenten eine günstige Prognose gestellt werden könne, Bedenken: Der Rekurrent erscheine zwar vernünftig, kümmere sich jedoch nicht um seine Angelegenheiten. Dies zeige sich darin, dass er sich nicht bei seinem amtlichen Verteidiger melde, seine Steuererklärung nicht regelmässig einreiche und nicht beim Betreibungsamt erscheine. Ob er aus seinem Verhalten Lehren gezogen habe, sei somit fraglich. Des weiteren habe der Rekurrent trotz früherer Verurteilungen erneut delinquent, weshalb man bezüglich der Prognose Bedenken haben könne (Urk. 7/93 S. 15 E. VI.2.2). Zurzeit lebe der Rekurrent in einer stabilen Beziehung. Diesbezüglich sei keine Veränderung vorhanden. Auch seine berufliche Situation sei relativ unverändert, da er nach wie vor beruflich tätig sei. Er sei jedoch freischaffend erwerbstätig, weshalb auch sein Einkommen variabel sei. Die Situation sei somit angespannt, wozu die nach wie vor hohen Schulden beitragen. Zur Zeit stünden die Zeichen an der Börse nicht gut. Für den Rekurrenten werde es daher sicherlich schwierig, bei einer seriösen Vermögensverwaltung unterzukommen. Die Prognose falle daher für den Rekurrenten eher negativ aus (a.a.O., S. 15 f. E. VI.2.3). Die Vorinstanz schob den Vollzug der Strafe gleichwohl auf. Dies mit der Begründung, dass davon ausgegangen werden könne, die mit den Strafbefehlen des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim und der Bezirksanwaltschaft Meilen ausgefallten und zu widerrufenen Freiheitsstrafen in der Höhe von 70 bzw. 30 Tagen würden für den Rekurrenten eine wirksame Lehre sein, um sich in Zukunft wohl zu verhalten und nicht mehr straffällig zu werden (a.a.O., S. 16 E. VI.2.4). In Anwendung von Art. 46 Abs. 1 StGB begründete die Vorinstanz den Widerruf der beiden vorgenannten Strafen sodann wie folgt: Berücksichtige man die Folgen des Widerrufs nicht, könne dem Rekurrenten keine günstige Prognose gestellt werden, weshalb der Widerruf der Vorstrafen und die Ausfällung einer Gesamtstrafe grundsätzlich möglich wäre. Allerdings - so die Vorinstanz unter Hinweis auf Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 46 N 3 weiter - sehe das Gesetz die Möglichkeit der Bildung einer Gesamts-

trafe nicht vor, wenn die Sanktionen für Anlass- und Rückfalltat gleichartig seien. Eine Gesamtstrafe könne somit nur nach einer Änderung der Strafart gebildet werden. Würde das Gericht aber wie im vorliegenden Fall für beide Taten, die frühere und die zum Widerruf führende, eine Strafe gleicher Art verhängen, so sei dies eben gerade nicht möglich. Vorliegend seien die Sanktionen für die Anlass- und Rückfalltaten gleichartig, weshalb die Aufschiebe der früher bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen zwar widerrufen werden könnten, zusammen mit der neuen Strafe aber keine Gesamtstrafe gebildet werden könne (a.a.O., S. 16 f. E. VII.1. ff.).

2. Der Rekurrent macht geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht eine schlechte Prognose gestellt. Er lässt dazu zusammengefasst im Wesentlichen vorbringen, dass seit dem inkriminierten Zeitraum nunmehr drei Jahre vergangen seien, in welchen er sich nichts mehr habe zuschulden kommen lassen. Er habe sich beruflich wieder fangen können und sei derzeit auf gutem Wege, sich wirtschaftlich wieder zu erholen. Sein Einzelunternehmen sei zwar noch immer in der Aufbauphase. Gleichwohl sei es ihm gelungen, so viel zu verdienen, dass er nunmehr in der Lage sei, den Lebensunterhalt für sich, seine Lebenspartnerin und den gemeinsamen 11-jährigen Sohn zu bestreiten und neue Betreibungen oder gar das Ableiten in die Sozialhilfe zu verhindern. Insofern könne von einer positiven beruflichen Entwicklung gesprochen werden. Die neu ausgesprochene Strafe sei mit acht Monaten Freiheitsstrafe derart hoch, dass sie Abschreckungspotential genug aufweise. Im jetzigen Zeitpunkt könne dem Rekurrenten daher eine gute Prognose gestellt werden. Es bestünden keine Anzeichen dafür, dass mit einer erneuten Straffälligkeit des Rekurrenten zu rechnen wäre. Ein allfälliger Vollzug der Vorstrafen könne sich entsprechend auch nicht prognoserelevant auswirken. Ferner stünden die Vorstrafen thematisch in keinem Zusammenhang mit der Rückfalltat. Auch sei die Probezeit für beide Vorstrafen bereits seit längerem abgelaufen. Schliesslich widerspräche der Vollzug der beiden (kurzen) Vorstrafen den Grundsätzen des neuen Strafrechts diametral (Urk. 2 S. 5 ff. bzw. Urk. 8 S. 7 ff.). Zu den Erwägungen der Vorinstanz lässt der Rekurrent im Einzelnen vorbringen, diese seien spekulativ und überdies falsch. Insbesondere habe er sich mit dem Geschädigten Y. hinsichtlich dessen Schadenersatzforderung geeinigt

und zahle seit Januar 2008 monatlich Fr. 200.-- zurück. Auch kümmere er sich sehr wohl um seine Angelegenheiten: Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen stehe er mit seinem amtlichen Verteidiger in Kontakt und leiste auch den Aufforderungen des Betreibungsamtes Folge. Der Hinweis der Vorinstanz auf den aktuell schlechten Börsengang sei demgegenüber irrelevant und nicht geeignet, eine schlechte Prognose in Bezug auf die beruflichen Aussichten des Rekurrenten zu stellen, insbesondere da dieser derzeit weder als Vermögensverwalter arbeite noch eine solche Anstellung suche. Weiter treffe es zwar zu, dass er beträchtliche Schulden habe. Diese seien indes nicht neueren Datums. Auch insofern habe sich seine finanzielle Situation stabilisiert (Urk. 8 S. 2 f. und Urk. 9/2).

3. Soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, ist nachfolgend auf die Begründung der Vorinstanz und die Vorbringen des Rekurrenten näher einzugehen.

III.

1.1. Gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB hat das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe zu widerrufen, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und deshalb zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei kann es auf eine unbedingte Freiheitsstrafe nur erkennen, wenn die Gesamtstrafe mindestens sechs Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Art. 41 StGB erfüllt sind. Ziff. 1 Abs. 1 der Schlussbestimmungen StGB hält bezüglich den Vollzug von Strafen fest, dass Art. 46 StGB auf den Widerruf des bedingten Strafvollzugs, der nach bisherigem Recht angeordnet wurde, anwendbar ist. Das Gericht kann an Stelle der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe (Art. 34-36 StGB) oder gemeinnützige Arbeit (Art. 37-39 StGB) anordnen.

1.2. Klare Absicht und Hauptziel des Gesetzgebers war es, mit der Revision die kurzen Freiheitsstrafen zurückzudrängen (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches etc. vom 21. September 1998 [Botschaft], BBl 1998, S. 2032; vgl. auch BGer in 6B_366/2007 vom 17. März 2008). Im neuen Recht kann demgemäss nicht mehr auf eine bedingte Freiheitsstrafe

unter sechs Monaten erkannt werden (Art. 42 Abs. 1 StGB). Unbedingte Freiheitsstrafen von unter sechs Monaten sollen nur noch in absoluten Ausnahmefällen ausgesprochen werden (Art. 41 Abs. 1 StGB). Damit kann auch bei einem Widerruf (ohne Bildung einer Gesamtstrafe) grundsätzlich nie eine unbedingte Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten resultieren. Mit Art. 46 StGB wurde festgelegt, dass auch im Falle einer Gesamtstrafe grundsätzlich keine unbedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten ausgefällt werden darf. Im neuen Recht gibt es demnach nicht nur keine bedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten mehr, beim Widerruf muss auch die unbedingte diesen Wert - Art. 41 StGB immer vorbehalten - erreichen. Auch im Fall eines Widerrufs sollen die kurzen Freiheitsstrafen weitgehend ausgeschaltet werden. So ist auch der Verweis der Schlussbestimmung zu verstehen: Auf eine unbedingte Freiheitsstrafe kann im Zusammenhang mit einem Widerruf (ob alleine oder als Gesamtstrafe) nur erkannt werden, wenn diese mindestens sechs Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Artikel 41 StGB erfüllt sind.

1.3. Wenn die Sanktionen für Anlasstat und Rückfalltat, d.h. für die frühere und die zum Widerruf führende Tat, gleichartig sind, sieht das Gesetz nach dem Wortlaut die Möglichkeit der Bildung einer Gesamtstrafe nicht vor. Im bundesrätlichen Entwurf lautete die Bestimmung: *"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 Artikel 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"* (Botschaft, BBl 1999 S. 2309 f.). Gleich wie in Art. 62a Abs. 2 StGB und 89 Abs. 6 StGB war die Gesamtstrafenbildung als Obligatorium ausgestaltet. Die neue, heute gültige Formulierung wurde im Ständerat durch die entsprechende Kommission eingebracht. Der Rat wollte die ursprüngliche Fassung aber materiell nicht abändern (Brunner Christiane [S, GE], pour la commission: *"Aux articles 44, 45 et 46 alinéa 1er, il ne s'agit que d'adaptations rédactionnelles qui sont notamment dues à la suppression de l'article 42"* [AB 1999 S. 1118]). Nachdem eine

Aussetzung der Strafe nach Art. 42 des Entwurfes nicht mehr vorgesehen war, musste man die in Absatz 4 der erwähnten Bestimmung vorgesehene nachträgliche Bestimmung der Sanktion („*Das Gericht bestimmt die Art der Strafe bei Widerruf infolge Nichtbewährung [Art. 46 StGB]. 1 Strafeinheit entspricht 1 Tagessatz Geldstrafe, 4 Stunden gemeinnütziger Arbeit oder 1 Tag Freiheitsstrafe.*“) ersetzen, denn erst mit dem Verzicht auf das Aussetzen der Strafe stellte sich im Rahmen von Art. 46 StGB auch die Frage eines Widerrufs einer anderen Sanktion als Freiheitsstrafe. Der Gesetzgeber hat hier die Probleme beim Zusammen treffen unterschiedlicher Sanktionen erkannt und versuchte sie zu lösen (bei den Artikeln 49 StGB und 344 Abs. 2 StGB hat er die Probleme übersehen). Der Gesetzgeber wollte deshalb ergänzen: Nicht nur bei zwei (unbedingten) Freiheitsstrafen oder bei nachträglich festgesetzten, gleichartigen Sanktionen sollte eine Gesamtstrafe gebildet werden, der Richter, die Richterin sollte vielmehr auch eine - abweichend vom Entwurf - nach neuem Recht bereits festgesetzte Sanktion unter 360 Tagen/Tagessätzen ändern können, um dann eine Gesamtstrafe zu bilden. Nur die Möglichkeit - und gegebenenfalls die Pflicht - zur Änderung der Sanktion wollte die Anpassung einräumen; die bereits im Entwurf enthaltene Pflicht zur Gesamtstrafenbildung bei gleichartigen (unbedingten) Sanktionen sollte damit nicht tangiert werden. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, wenn das Asperationsprinzip nur bei ungleichen Sanktionen zur Anwendung käme. Eine Diskriminierung der Täter, die mit Sanktionen gleicher Art bestraft wurden, kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sein (in diesem Sinne auch überzeugend: BSK Strafrecht I - Schneider/Garré, Art. 46 N 31, unter Hinweis auf Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 N 96, S. 164 f.).

2. In Anlehnung an die eben gemachten Ausführungen ist demnach festzuhalten, dass die Vorinstanz zur Ausfällung einer Gesamtstrafe befugt gewesen wäre bzw. ihr, soweit sie den Standpunkt vertritt, die Ausfällung einer Gesamtstrafe komme nur in Frage, wenn die Sanktionen für Anlass- und Rückfalltat nicht gleichartig seien (vgl. Urk. 7/93 S. 17 E. VII.2.2 bzw. vorne unter II.1.), nicht gefolgt werden kann (vgl. dazu vorne unter III.1.3.).

Da nun aber die Vorinstanz keine Gesamtstrafe ausgefällt hat, stattdessen den Rekurrenten für die Rückfalltat - gesondert - mit einer bedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten bestrafte (vgl. Urk. 7/93 S. 11 ff E. IV ff. bzw. vorne unter II.1. bzw. I.1.) und dieses Urteil nicht angefochten wurde bzw. mittlerweile in Rechtskraft erwachsen ist, fällt die Ausfällung einer Gesamtstrafe - jedenfalls im vorliegenden Rekursverfahren - nicht mehr in Betracht (vgl. dazu auch hinten unter III.6.). Es bleibt damit zu beurteilen, was mit den beiden für vollziehbar erklärten Vorstrafen zu geschehen hat. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Vorinstanz ausser Acht liess, dass bei einem Widerruf (mit oder ohne Bildung einer Gesamtstrafe) grundsätzlich nie eine unbedingte Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten resultieren darf. Da die Vorstrafen des Rekurrenten unter sechs Monaten liegen und auch kein Fall von Art. 41 StGB vorliegt, fielen demnach im Falle eines Widerrufs des Aufschubs der Vorstrafen nur die ersatzweise Anordnung einer Geldstrafe (Art. 34-36 StGB) oder gemeinnütziger Arbeit (Art. 37-39 StGB) in Betracht (vgl. dazu vorne unter III.1.1.f.). Vorab ist jedoch zu prüfen, ob überhaupt ein Widerruf des Aufschubs der beiden Vorstrafen in Frage kommt.

3. Der Widerruf darf nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (Art. 46 Abs. 5 StGB). Mit Strafbefehl des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim vom 23. Januar 2003 wurde der Rekurrent wegen Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 70 Tagen bestraft, welcher Entscheid ihm gleichentags eröffnet wurde (Urk. 12). Damit begann die Probezeit am 23. Januar 2003 zu laufen (vgl. dazu statt Vieler: Schneider/Garré, a.a.O., Art. 44 N 7) und lief am 22. Januar 2005 ab. Seither sind mehr als drei Jahre vergangen, weshalb der Widerruf des Aufschubs dieser Strafe nicht mehr angeordnet werden kann. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich damit auf die Frage, was mit der mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 für Verstösse gegen das SVG ausgefallten, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschobenen Gefängnisstrafe von 30 Tagen zu geschehen hat.

4.1. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf (Art. 46 Abs. 2 Satz 1 StGB). Der Neuregelung des Widerrufs liegen folgende Überlegungen zu Grunde: Der Strafaufschub sollte immer dann widerrufen werden, wenn sich die Bewährungsprognose für den Verurteilten während der Probezeit aus irgendwelchen Gründen so sehr verschlechtert, dass nunmehr der Vollzug der Strafe als die voraussichtlich wirksamere Sanktion erscheint. Nicht etwa die Begehung einer neuen Straftat als solche ist der Widerrufsgrund, sondern allein der Rückschluss auf wesentlich geringere als die ursprünglich angenommenen Bewährungsaussichten kann einen Widerruf rechtfertigen (rechtfertigt einen solchen aber bei einem einmaligen Rückfall oder reinen Gelegenheitsdelikten keineswegs immer). Der Täter bewährt sich dann nicht, wenn er während der Probezeit ein neues Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 46 Abs. 1 StGB) oder sich der Bewährungshilfe entzieht bzw. gegen Weisungen verstösst (Art. 46 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3-5 StGB). Gemäss dem dargestellten Konzept soll dieses Verhalten jedoch nur zum Widerruf der aufgeschobenen Strafe führen, wenn damit eine negative Prognose verbunden ist, das heisst, wenn die Gefahr weiterer Straftaten besteht. Es wird also vom Widerruf abgesehen, wenn keine ungünstige Prognose besteht. Der Unterschied zum alten Recht über den bedingten Strafvollzug (Art. 41 aStGB) besteht im Ergebnis darin, dass dieses den Verzicht auf den Widerruf von einer günstigen Prognose abhängig machte. Mit der neuen Formulierung wurde die unbefriedigende und komplizierte Ausnahmeregel des Artikels 41 Ziffer 3 Absatz 2 aStGB unnötig. Diese hatte das Absehen vom Widerruf trotz Vorliegen eines Widerrufsgrundes zusätzlich auf leichte Fälle beschränkt. Dadurch kamen im Bereich der Gewährung und des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs Argumente der Repression und der Generalprävention ins Spiel, die hier nicht angebracht sind. Nunmehr soll einzig die Prognose über den Widerruf der aufgeschobenen Strafe entscheiden. Mit der neuen Regelung wird zudem eine weitere problematische Bestimmung des alten Rechts korrigiert: Nach Artikel 41 Ziffer 3 Absatz 1 aStGB genügte zum Widerruf irgendein Verhalten, das das in den Verurteilten gesetzte Vertrauen enttäuschte. Aus dieser Generalklausel wurde in der Praxis des Öfteren auch auf Widerrufsgründe wie länger andauernde anstössige Lebensfüh-

nung, verwerfliches Verhalten, pflichtwidriges Handeln, unseriöses Geschäftsgebaren, Arbeitsscheu oder schlechter Leumund geschlossen. Solches Verhalten soll nicht mehr in jedem Fall zu einem Widerruf genügen. Denn der liberale Rechtsstaat kann den Bürger zwar zu rechtmässigem Verhalten, jedoch nicht zu sittlicher Besserung zwingen. Dies gilt auch gegenüber einem zu bedingter Freiheitsstrafe Verurteilten. Art. 46 Abs. 2 StGB ist der im alten Recht (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 aStGB) für den bedingten Strafvollzug vorgesehenen Regelung nachgebildet. Indessen wurde auf Grund der vorne dargestellten Überlegungen darauf verzichtet, die Unterscheidung in leichte und in schwere Fälle gemäss altem Recht zu übernehmen. Massgebend sollte - wie erwähnt - die Prognose für das zukünftige Verhalten des Täters sein: Wird dem Täter keine schlechte Prognose gestellt, so verzichtet das Gericht auf den Widerruf und kann den Täter warnen, die Probezeit verlängern sowie Bewährungshilfe neu anordnen oder Weisungen ändern oder neu erteilen (Botschaft, S. 2055 ff.; vgl. zum Ganzen in diesem Sinne auch Schneider/Garré, a.a.O., Art. 46 N 35 ff.; Stratenwerth, a.a.O., § 5 N 94 ff., S. 163 ff.; Stratenwerth/Wohlens, a.a.O., Art. 46 N 2; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007, § 6 N 5.2, S. 143 ff. sowie Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl., Zürich 2006, S. 114 f.). In der Lehre wird in diesem Zusammenhang zudem verschiedentlich die Meinung vertreten, dass falls die neue Verurteilung auf ein Strafmass lautet, bei dem die Vorverurteilung den Strafaufschub nur unter besonders günstigen Umständen zugelassen hätte (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB), das Gericht (in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 StGB) auch nur unter vergleichbar engeren Voraussetzungen von einem Widerruf absehen können. Mit anderen Worten: Im Falle einer neuen Bestrafung zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen müssten ganz besonders günstige Umstände vorliegen, um von einem Widerruf des Strafaufschubs abzusehen (Stratenwerth, a.a.O., § 5 N 95, S. 164; Stratenwerth/Wohlens, a.a.O.; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., § 6 N 5.22 S. 144 und Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., S. 115). Indessen hat der Gesetzgeber das nach altem Recht zusätzliche formelle Erfordernis des leichten Falles (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 aStGB) für den Widerrufsverzicht nach Art.

46 StGB nicht übernommen (siehe insbesondere Botschaft S. 2056). Ein solches darf aber nicht über den Umweg der Analogie zu Lasten des Verurteilten wieder eingeführt werden. Besonders günstige Umstände, wie sie Art. 42 Abs. 2 StGB für den bedingten Strafaufschub bei entsprechender Vorverurteilung verlangt, sind für den Widerrufsverzicht demnach nicht erforderlich. Das heisst allerdings nicht, dass es im Rahmen von Art. 46 StGB auf die neue Tat und die daraus resultierende Strafe überhaupt nicht ankommen würde. Art und Schwere der erneuten Delinquenz bleiben vielmehr auch unter neuem Recht für den Entscheid über den Widerruf von Bedeutung, insoweit nämlich, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaubt. Insoweit lässt sich sagen, dass die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen kann, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen (vgl. dazu E. 4.5 im Urteil des Bundesgerichts 6B_364/2007 vom 18. März 2008).

4.2. Die von der Vorinstanz genannten Umstände - treffen sie nun zu oder nicht - können in Anlehnung an die eben gemachten Ausführungen - so überhaupt - nur zum Teil bei der Prognosestellung herangezogen werden und sind diesbezüglich jedenfalls nicht von ausschlaggebender Bedeutung. So kann insbesondere daraus, dass sich der Rekurrent nicht bei seinem amtlichen Verteidiger gemeldet, seine Steuererklärung nicht regelmässig eingereicht haben und nicht beim Betreibungsamt erschienen sein soll (vgl. Urk. 7/93 S. 15 E. VI.2.2 bzw. vorne unter II.1.), nichts Entscheidendes für die Prognosestellung abgeleitet werden, zumal es sich hierbei allenfalls um Pflichtwidrigkeiten handelte, was jedoch keine Schlüsse auf ein mögliches künftiges strafrechtlich relevantes Verhalten des Rekurrenten zuliesse. Soweit die Vorinstanz auf die widrigen wirtschaftliche Verhältnisse hinweist, in denen der Rekurrent lebt und mit denen er zu Recht zu kommen hat (a.a.O.), ist ebenfalls zu sagen, dass ihm deswegen noch keine ungünstige Prognose im vorne dargelegten Sinne attestiert bzw. auf die Gefahr, er werde weitere Straftaten begehen, geschlossen werden kann. Entscheidender für die Prognosestellung ist vielmehr, dass Anlass- und Rückfalltat keinen erkennbaren Zusammenhang aufweisen und keine einschlägige Vorstrafe vorliegt. Auch liegen die mit dem vorinstanzlichen Urteil geahndeten Delikte bereits über drei Jahre zurück und

der Rekurrent hat sich seither wohl verhalten und wurde nicht mehr straffällig (vgl. Urk. 12). Er geht - soweit bekannt - einer geregelten Arbeit nach, verfügt über ein regelmässiges Einkommen und lebt in geordneten familiären Verhältnissen (vgl. dazu insbesondere im Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens, S. 11 ff.). Schliesslich zeigt er sich auch bemüht, den von ihm angerichteten Schaden wieder gut zu machen (vgl. Urk. 9/2). Unter den gegebenen Umständen ist deshalb vom Fehlen einer ungünstigen Prognose auszugehen und ist auf einen Widerruf des Aufschubs der Vorstrafe bzw. einer Umwandlung derselben in eine Sanktion nach neuem Recht (Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit; vgl. dazu vorne unter III.1.1. f.) abzusehen. Verbleibenden Bedenken ist in Anwendung von Art. 46 Abs. 2 Satz 2 StGB mit einer Verlängerung der mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 festgesetzten Probezeit von zwei Jahren um ein Jahr zu begegnen.

5. Ausgangsgemäss ist der Rekurs gutzuheissen.

6. Abschliessend noch Folgendes: Da das vorinstanzliche Erkenntnis untrennbar mit dem gleichzeitig beschlossenen Widerruf verbunden ist (Urk. 7/93 S. 15 ff. E. VI. f. bzw. vorne unter II.1.), wäre es auch denkbar gewesen den vorliegenden Rekurs als Berufung entgegenzunehmen (vgl. dazu Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 1030a). Da jedoch - einerseits - vom Fehlen einer ungünstigen Prognose auszugehen ist (vgl. dazu vorne unter III.4.) und - andererseits - sowohl im Rekurs- wie auch im Berufungsverfahren das Verbot der reformatio in peius gilt (§ 399 StPO), hätte sich im Ergebnis nichts geändert.

IV.

Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben. Die übrigen Kosten, namentlich diejenigen der amtlichen Verteidigung, die nach Eingang der Honorarnote mit nachträglicher Verfügung festzulegen sein werden, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung des Rekurses wird Dispositiv Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksgerichts Meilen, II. Abteilung, vom 22. November 2007 (Geschäft Nr. DG070006) aufgehoben und durch folgenden Wortlaut ersetzt:

„1. Die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Meilen vom 8. September 2003 festgesetzte Probezeit von zwei Jahren wird um ein Jahr verlängert.“

2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben. Die übrigen Kosten, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, die nach Eingang der Honorarnote mit nachträglicher Verfügung festzulegen sein werden, werden auf die Gerichtskasse genommen.

3. Schriftliche Mitteilung an:

- den amtlichen Verteidiger, zweifach, für sich und den Rekurrenten
- das Bezirksgericht Meilen, II. Abteilung (ad DG070006)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Bezirksstatthalteramt Arlesheim/BL
- die Koordinationsstelle Vostra mit Formular B

4. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. C. Maira

versandt am: