

SK-Nr. 06/379

Urteil der 3. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Apolloni Meier (Präsidentin i.V.), Obergerichtssuppleantin Schär und Oberrichter Messer sowie Kammerschreiberin Matt

vom 12. Januar 2007

in der Strafsache gegen

R. Z., ...

vertreten durch Fürsprecher

wegen Widerhandlungen gegen das BetmG, sexueller Handlung mit Kind etc.

Privatklägerin:

A. W.,

vertreten durch Fürsprecherin

Regeste:

*Vergleich altes/neues Recht: Verneinung des bedingten und teilbedingten Vollzugs.
Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die 3. Strafkammer hatte lediglich die Strafzumessung zu überprüfen. Das Urteil des Kreisgerichts IV Aarwangen-Wangen vom 14.06.2006 war in Rechtskraft erwachsen bezüglich der Freisprüche von den Vorwürfen der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung, angeblich begangen am 02.06.2005, z.N. von A. W. sowie der Schuld-sprüche wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfach und mengenmässig qualifiziert begangen seit Mitte 2003 bis März 2005; sexuellen Handlungen mit Kind, begangen am 02.06.2005, z.N. von A. W.; Widerhandlungen gegen das Transportgesetz, begangen vom 16.02.2005 bis 28.03.2006; Widerhandlungen gegen das SVG durch Entwendung eines Fahrrades zum Gebrauch, durch Führen eines Fahrrades in angetrunkenem Zustand, durch Nichtbefolgen polizeilicher Weisungen und durch Führen eines Fahrrades ohne Licht und ohne Vignette, alles begangen am 17.03. und am 19.08.2005 in Langenthal; Hausfriedensbruch, mehrfach begangen in der Zeit vom 20.03. – 28.03.2006 in Langenthal durch unbefugtes Be-

treten des Bahnhofareals und geringfügigen Diebstahls, begangen am 17.03.2006 in Langenthal z.N. der Coop Nordwestschweiz.

Auszug aus den Erwägungen:

II. Den Schuldsprüchen zu Grunde liegender Sachverhalt

Bezüglich der **Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz** kann festgehalten werden, dass der Angeschuldigte seit Jahren Kokainkonsument ist. Zwecks Finanzierung des Eigenkonsums hat er in der Zeit von Sommer 2003 bis März 2005 „unbestimmt mehr“ als 500 g Kokaingemisch und zudem 1 g Heroin an Dritte verschafft. Die Vorgehensweise lässt sich wie folgt umschreiben: er kaufte jeweils 4 - 4,5 g, manchmal auch 5 g, nahm 1,5 g für sich und verschaffte den Rest an Dritte (vgl. dazu pag. 344 ff.).

In Bezug auf die **sexuellen Handlungen mit Kind** ist zu sagen, dass der Angeschuldigte die Privatklägerin am 1. Juni 2005 im Zug kennen lernte. Die Privatklägerin erzählte ihm, dass sie erst 13 Jahre alt und von ihrer Pflegefamilie davon gelaufen sei. Nachdem der Angeschuldigte in Olten Kokain besorgt hatte, fuhren sie zusammen zurück nach Langenthal und gingen zu P. Z., einem Kollegen des Angeschuldigten, und dessen Freundin. Die Privatklägerin bestritt, in dieser Nacht beim Angeschuldigten übernachtet zu haben. Dagegen führten der Angeschuldigte, P. Z., dessen Freundin und die Mutter des Angeschuldigten aus, dass die Privatklägerin auch diese (die erste) Nacht beim Angeschuldigten verbracht habe, wovon beweismässig auszugehen ist. Am nächsten Tag hielten sich die Privatklägerin und der Angeschuldigte mit B. S., P. Z. und dessen Freundin in der Stadt Langenthal auf. Am Abend des 2. Juni 2005 ging die Privatklägerin mit dem Angeschuldigten zu ihm nach Hause, damit sie bei ihm übernachten konnte. Sie legten sich beide ins Bett. Darauf kam es zu Zungenküssen und der Angeschuldigte leckte die Privatklägerin an Brust und Scheide. Hingegen erachtete die erste Instanz weiter gehende Handlungen (insbesondere Geschlechtsverkehr) als nicht erwiesen (pag. 346 und pag. 348 f.).

Bei den **Widerhandlungen gegen das Transportgesetz** ist es so, dass der Angeschuldigte vom 16. Februar 2005 bis zum 28. März 2006 insgesamt 11

Mal ohne gültigen Fahrausweis in öffentlichen Verkehrsmitteln reiste (pag. 346 f.).

In Bezug auf die **Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz** kann festgehalten werden, dass der Angeschuldigte im März 2005 ein Damenfahrrad zum Gebrauch entwendete sowie im August 2005 angetrunken zuerst auf dem Gepäckträger eines Fahrrades mitfuhr und dann mit diesem selber auch noch herumfuhr (pag. 346 f.).

Betreffend des **geringfügigen Diebstahls** gilt es anzumerken, dass der Angeschuldigte am 17. März 2006 im Coop Langenthal Zigaretten im Wert von Fr. 136.30 entwendete (pag. 347).

Abschliessend kann bezüglich des **Hausfriedensbruchs** gesagt werden, dass sich der Angeschuldigte - trotz eines im Februar 2005 für den Bahnhof Langenthal ausgesprochenen Hausverbots - im März 2006 3 Mal in diesem Areal aufhielt (pag. 347).

III. Strafzumessung

A. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hielt vorweg die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung (Art. 63, 68, 11 i.V.m. 66 aStGB) fest und führte dann aus, dass sich der Strafrahmen vorliegend zwischen einem Jahr und einem Tag Gefängnis bis zu 20 Jahren Zuchthaus, womit eine Busse bis zu einer Million Franken verbunden werden könne, bewege. Anschliessend wurden die Tat- und Täterkomponenten erörtert.

Nachfolgend werden die Überlegungen der Vorinstanz zu den Strafzumessungskriterien wiedergegeben, welche sie veranlassten eine Strafe von 22 Monaten Gefängnis als dem Verschulden des Angeschuldigten angemessen zu taxieren (pag. 356 ff.):

- Bei der Beurteilung des verschuldeten Erfolgs stehen die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und die sexuellen Handlungen mit Kind im Vordergrund.

Im Betäubungsmittelbereich muss aufgrund der Tatsache, dass der Angeeschuldigte als eigentliche Drehscheibe der Langenthaler Drogenszene für die Feinverteilung des Kokains fungierte und der Menge von mindestens 500 g Kokaingemisch von einem erheblichen Erfolg gesprochen werden. Zu berücksichtigen ist auch der Eigenkonsum des Angeeschuldigten, der während des ganzen Verfahrens andauerte.

Die sexuellen Handlungen mit der damals 13 jährigen Privatklägerin wiegen schwer und gingen, wenn auch nicht bis zum Geschlechtsverkehr, doch ziemlich weit.

Weil noch zahlreiche weitere Delikte dazu kommen, ist der Erfolg insgesamt als schwer zu beurteilen.

- In Bezug auf die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs wird festgehalten, dass der Angeeschuldigte durch seine Position in der Lage war, seinen Eigenkonsum teilweise durch das Verschaffen von Kokain oder durch das Vermitteln von Kunden an die Dealer zu finanzieren. Zu berücksichtigen ist, dass der Angeeschuldigte nur an ihm bekannte Drogenkonsumenten Kokain verschafft hat. Er hat keine neuen Personen in die Drogenszene hineingezogen.
- Die Willensrichtung, mit welcher der Angeeschuldigte gehandelt hat, war in allen Fällen Vorsatz.
- Die Beweggründe des Angeeschuldigten sind in seiner Kokainabhängigkeit zu finden. Er verschaffte das Kokain an Dritte, weil er aus dem überschüssigen Geld Kokain für den Eigenkonsum erwerben konnte. Beim Verschaffen von Kokain ging es daher nicht um das Geschäft, um die Erzielung eines Einkommens, sondern darum, einen Teil der eigenen Drogensucht zu finanzieren. Das Verschaffen stellte daher ein suchtbestimmtes Handeln dar, welches sich strafmindernd auswirkt.
- Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der Tat kann festgehalten werden, dass der Angeeschuldigte zusammen mit zwei älteren Brüdern und drei Schwestern bei seinen Eltern aufwuchs. Nach der obligatorischen Schulzeit absolvierte er eine Lehre als Futtermüller bei H. in B. Inklusiv Lehre arbeitete er 15 Jahre dort. Der Angeeschuldigte konsumiert bereits seit zehn Jahren Kokain, wobei ihn die Sucht beim Arbeiten anfangs noch nicht beeinträchtigte. Erst später blieb er immer häufiger der Arbeit fern. Im August 2004 wurde er dann wegen lange beste-

hender Kokainsucht arbeitslos. Er begann zu betteln, hatte keine Tagesstruktur mehr und hing immer mehr herum. Im März 2005 wurde er durch den Regierungsstatthalter Aarwangen mittels FFE in die Klinik Münsingen eingewiesen. Er wohnte bis zum Vorfall mit der Privatklägerin bei seinen Eltern. Nun lebt er in einer eigenen, vom Sozialamt bezahlten Wohnung. Er hat Schulden von insgesamt rund Fr. 58'000.-- und 3 Vorstrafen, wobei immer nur Bussen im Strafmandatsverfahren ausgefällt wurden. Er konsumiert nach wie vor täglich Kokain und zeigt bis anhin keine Motivation für eine konsequente Therapie.

- Das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren kann in Bezug auf die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und die Bagatelldelikte als sehr kooperativ bezeichnet werden, jedoch ohne Reue. Bezüglich der sexuellen Handlungen mit der Privatklägerin war der Angeschuldigte in seinen Aussagen sehr zurückhaltend. Es ist unklar, ob er die Tat bereut und das Unrecht eingesehen hat oder ob es ihn nur stört, dass sie sich in gravierender Weise strafferhöhend auswirkt.
- Die Strafempfindlichkeit des Angeschuldigten ist als relativ niedrig einzustufen.
- Bezüglich des Strafmasses ist von einem schweren Erfolg auszugehen. Strafschärfend wirkt sich gemäss Art. 68 StGB das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen aus. Aufgrund des Vorliegens eines Qualifikationsgrundes (Mengenmässigkeit) beim Verschaffen von Kokain an Dritte ist eine Straferhöhung vorzunehmen. Negativ wirkt sich zudem aus, dass der Angeschuldigte kaum Reue und Einsicht zeigt. Strafmindernd wirkt sich dagegen aus, dass das Verhalten des Angeschuldigten in erster Linie suchtbestimmt war. Weiter zu seinen Gunsten ist sein kooperatives Verhalten zu werten. Aufgrund der langjährigen schweren Kokainsucht ist beim Angeschuldigten praxisgemäss von einer leicht verminderten Zurechnungsfähigkeit gemäss Art 11 StGB auszugehen und die Strafe ist deshalb in Anwendung von Art. 66 StGB zu mildern. Das Gericht erachtet aufgrund der dargelegten Strafzumessungskriterien und unter Vornahme einer Strafmilderung gemäss Art. 66 StGB eine Strafe von 22 Monaten Gefängnis als angemessen. Zudem ist aufgrund der Widerhandlungen gegen das Transportgesetz und der Widerhandlungen im Sinne von Art. 99 Ziff. 4 SVG obligatorisch eine Busse festzusetzen, welche auf Fr. 300.-- bestimmt wird.

- Bei der vorliegend als angemessen erachteten Strafe von 22 Monaten Gefängnis könnte sich die Frage des bedingten Vollzugs grundsätzlich noch stellen. Ein solcher kommt aber nicht in Betracht. Weder die Tat noch die Täterkomponente lassen eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe auf 18 Monate zu. Insbesondere muss aber auch die günstige Prognose - wegen fehlender Motivation zu einer ernsthaften Therapie - verneint werden. Aussichten auf eine Arbeitsstelle hat der Angeschuldigte nur, wenn er seine Drogensucht im Griff hat. Dies ist zurzeit für ihn nicht möglich.
- In Bezug auf die Aussprechung einer Massnahme kann festgehalten werden, dass im Rahmen des FFE im Jahre 2005 ein Gutachten erstellt wurde, das festhält, dass ein Leben ohne Drogen derzeit für den Angeschuldigten nicht vorstellbar sei. Aktuell hat diese Einstellung nicht geändert, weshalb eine stationäre Massnahme abzulehnen ist. Eine ambulante, vollzugsbegleitende Behandlung gegen die Drogensucht ist jedoch sinnvoll.

B. Zur Begründung der Sanktion durch die 3. Strafkammer

1. Zum anwendbaren Recht

Der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches ist mit Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007, geändert worden. Die dem Angeschuldigten vorgeworfenen strafbaren Handlungen liegen vor dieser Revision. Damit ist zunächst zu prüfen, ob im vorliegenden Fall altes oder neues Recht zur Anwendung gelangt. Art. 2 Abs. 1 StGB besagt, dass grundsätzlich derjenige Rechtssatz zur Anwendung kommt, der im Zeitpunkt der Tatbegehung Geltung hatte (Rückwirkungsverbot im Strafrecht). Abs. 2 lautet dagegen: *„Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist.“* Es handelt sich dabei um den Grundsatz der lex mitior, das heisst, es kann trotz des grundsätzlichen Rückwirkungsverbotes im Strafrecht ein Rechtssatz angewendet werden, der im Zeitpunkt der Tat noch nicht in Kraft war, wenn der Täter dadurch milder bestraft werden kann. Der Vergleich der Strafnormen ist dabei nach der konkreten Methode vorzunehmen, d.h. es hat eine Beurteilung des Sachverhalts und der Sanktion

nach altem und neuem Recht zu erfolgen (STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N 11 zu Art. 2 aStGB sowie PETER POPP, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 10 zu Art. 2 aStGB).

Weiter sei an dieser Stelle festgehalten, dass bisheriges und nicht neues Prozessrecht Anwendung findet (Art. 442 Abs. 1 StrV).

2. Beurteilung nach altem Recht

2.1. Allgemeine Ausführungen

- a) Gemäss Art. 63 aStGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, er berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Das Mass des Verschuldens variiert u.a. mit der Schwere des deliktischen Erfolges, den unterschiedlich gravierenden Modalitäten der Tatbegehung und dem Mass an Entscheidungsfreiheit, das dem Täter zugeschrieben werden muss. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld (BGE 117 IV 8 E. 3 a/aa, 117 IV 114 E. 1).

Gemäss BGE 117 IV 112 ff. (bestätigt in BGE 118 IV 14, 18 und 21 sowie 120 IV 71) hat die Begründung der Strafzumessung in der Regel den zur Anwendung gelangenden Strafraum zu nennen und die Tat- und Täterkomponenten zu erörtern.

Die Tatkomponente beinhaltet das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, sowie die Beweggründe des Schuldigen, die Art. 63 StGB ausdrücklich erwähnt.

Die Täterkomponente setzt sich zusammen aus dem Vorleben, den persönlichen Verhältnisse sowie dem Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie z.B. Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit.

- b) Beim Zusammentreffen von mehreren strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen, d.h. in Fällen der so genannten Real- oder Idealkonkurrenz, sieht

Art. 68 Ziff. 1 aStGB eine Strafschärfung im Sinne des Asperationsprinzips vor. Nach dieser Bestimmung hat der Richter bei der Festlegung der Sanktion von der schwersten Tat auszugehen und die für sie auszufällende Strafe angemessen zu erhöhen. Er kann jedoch die für das schwerste Delikt festgelegte Höchststrafe nicht um mehr als die Hälfte heraufsetzen und ist dabei überdies an das gesetzliche Höchstmass der betreffenden Straftat gemäss Artikel 35, 36 oder 39 aStGB gebunden. Die schwerste Tat ist anhand der abstrakten Strafdrohungen des Gesetzes zu ermitteln, wobei vorab die Art der vorgesehenen Höchststrafe (Zuchthaus, Gefängnis, Haft) entscheidet.

- c) War der Täter zur Zeit der Tat in seiner geistigen Gesundheit oder in seinem Bewusstsein beeinträchtigt, so dass die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen oder gemäss seiner Einsicht in das Unrecht zu Handeln, herabgesetzt war, so kann der Richter gemäss Art. 11 aStGB die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Wo das Gesetz eine Strafmilderung nach freiem Ermessen vorsieht, ist der Richter an die Straftat und das Strafmass, das für Verbrechen oder Vergehen angedroht sind, nicht gebunden. Er ist aber an das gesetzliche Mindestmass der Straftat gebunden (Art. 66 aStGB).

2.2. In Concreto

a) Zur Tat- und Täterkomponente sowie zum Strafmass

Grundsätzlich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den einzelnen Strafzumessungsfaktoren verwiesen werden, insbesondere was den Betäubungsmittelbereich betrifft (vgl. Ziff. III.A., S. 9 ff., hiavor, sowie pag. 355 ff.).

Überdies ist noch folgenden Punkten besondere Beachtung zu schenken:

- Die Vorinstanz hat beim Kriterium des verschuldeten Erfolgs beim Sexualdelikt die Auswirkungen auf die Privatklägerin nicht erwähnt. Hierüber gibt der Bericht von Frau U. F., Fachärztin Psychiatrie und Psychotherapie, Aufschluss. Die Fachärztin hält fest, dass der Übergriff die Privatklägerin in einer innerlich besonders aufgewühlten, desorientierten Situation getroffen habe. Sie habe wenig über den Vorfall erzählt und die diesbezüglichen Fragen als sehr belastend und unangenehm empfunden. Wenn sie sich in einen Jungen verliebt habe, habe sie sich zurückgezogen, so-

bald dieser ihr körperlich nahe kommen wollen. Die längerfristigen Auswirkungen seien schwer abzuschätzen, doch seien die Verarbeitungsmöglichkeiten auf Grund der vorbestehenden neurotischen Störung erschwert (pag. 186 ff.). Angesichts dieses Berichts erscheint der verschuldete Erfolg beim Sexualdelikt trotz der für sich genommen nicht allzu massiven Handlungen als erschwerendes Element.

- Bei der Vorgehensweise ist bezüglich des Sexualdelikts zu ergänzen, dass dieses den Angeschuldigten nicht belastet. Mit der Vorinstanz und entgegen den Aussagen der Privatklägerin ist davon auszugehen, dass die Privatklägerin tatsächlich 2 Nächte beim Angeschuldigten verbrachte, wobei es in der ersten Nacht zu keinen Übergriffen kam. Der Angeschuldigte scheint somit die Situation einfach ausgenützt, aber nicht gezielt herbeigeführt zu haben. Auch ist die von der Privatklägerin geschilderte Gewaltanwendung nicht erwiesen.
- In Bezug auf die Beweggründe kann - entgegen der Vorinstanz - keine Strafminderung Platz greifen, wenn zugleich Art. 11 StGB auf Grund der Suchtabhängigkeit angewendet wird, ansonsten das gleiche Argument doppelt verwertet wird. Ohnehin gilt eine allfällige Strafminderung nur für den Betäubungsmittelbereich, jedoch klarer Weise nicht für das Sexualdelikt.
- Bei der Täterkomponente gilt es auch die detaillierten Ausführungen im Bericht des Psychiatriezentrums Münsingen vom 18. April 2005 zu beachten, insbesondere das Verhaltensmuster des Angeschuldigten in der Klinik, wo er sich vordergründig angepasst gab, im Grunde aber einfach die FFE-Zeit absitzen und dann zu seinen alten Gewohnheiten zurückkehren wollte (pag. 131 ff.).
- Bezüglich des Verhaltens nach der Tat und im Strafverfahren hielt die Vorinstanz im Zusammenhang mit den Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz fest, dass sich der Anschuldigte sehr kooperativ verhalten und bereitwillig über die Langenthaler Drogenszene und sein Konsumverhalten Aussagen gemacht habe.
Dieser Mitwirkung hat die Vorinstanz zu wenig Gewicht beigemessen. Sie hielt lediglich fest, dies sei positiv zu werten. Der Angeschuldigte hat nun aber bei den diesbezüglichen Ermittlungen in sehr grossem Umfange mitgeholfen und sich äusserst kooperationsbereit gezeigt. Er gab gross-

zügige Informationen über die anderen Dealer preis und machte breitwillig Angaben über sein eigenes Konsumverhalten. Ohne seine - ihn selber stark belastenden - Aussagen wäre es nicht möglich gewesen, ihm eine solch hohe Grammzahl nachzuweisen und auch gegen verschiedene Dealer der Langenthaler Drogenszene in diesem Ausmass strafrechtlich vorzugehen. Er ging mit seinem Aussageverhalten denn auch ein gewisses Risiko ein, erstellte er doch insbesondere eine Liste mit den Namen der entsprechenden Dealer. Er selbst ist nur als Kleindealer zu betrachten, der durch das Verschaffen der Drogen einen Teil seines Eigenkonsums finanziert hat, aber kein eigentliches Einkommen aus den Drogengeschäften erzielte. Das vom Angeschuldigten gemachte Geständnis ist vorliegend stärker zu gewichten, als dies die Vorinstanz bei ihren Überlegungen getan hat. Andererseits enthalten die Akten keine Hinweise, welche die Ausführungen des Verteidigers, der Angeschuldigte sei quasi als V-Mann tätig gewesen, erhärten könnten.

- In Bezug auf die weiteren Delikte (Widerhandlungen gegen das TG und das SVG, Hausfriedensbruch und geringfügiger Diebstahl) sind keine Ergänzungen anzubringen.

Schlussfolgerung: Mit Blick auf das Geständnis des Angeschuldigten im Betäubungsmittelbereich erscheint die von der ersten Instanz festgesetzte Strafe von 22 Monaten Gefängnis als zu hoch. Unter Berücksichtigung der zuvor dargelegten Strafzumessungsfaktoren ist eine Strafe von **18 Monaten Gefängnis** dem Verschulden des Angeschuldigten angemessen.

b) Zur Frage des bedingten Strafvollzugs

Gemäss Art. 41 Ziff. 1 aStGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen und Vergehen abgehalten, und wenn er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat. Art. 41 Ziff. 1 aStGB bestimmt weiter, dass der Aufschub nicht zulässig ist, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe von mehr als 3 Monaten verbüsst hat.

Auf der materiellen Seite werden insbesondere die Bewährungsaussicht und die Schadenswiedergutmachung verlangt. Genauer zu prüfen sind die Bewährungsaussichten, die sog. „günstige Prognose“. Dabei darf es sich gemäss Trechsel nicht nur um eine vage Hoffnung handeln, „mit Bedenken“ darf der bedingte Strafvollzug nicht angeordnet werden. Die Prognose muss den Schluss zulassen, der Verurteilte werde sich dauernd, nicht nur während der Probezeit, bewähren. Bei der Beurteilung der Prognose hat der Sachrichter ein weites Ermessen - das Bundesgericht greift nur ein, wenn er sich auf „offensichtlich unhaltbare Überlegungen“ stützt, also willkürlich entscheidet. Allgemein hat der Richter eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und die einseitige Berücksichtigung einzelner Kriterien zu vermeiden (STEFAN TRECHSEL, a.a.O., N 121 f. zu Art. 41).

Mit einer Gefängnisstrafe von 18 Monaten ist der bedingte Strafvollzug formell möglich. Insbesondere hat der Angeschuldigte wegen begangener Verbrechen oder Vergehen innerhalb der letzten fünf Jahre vor den Delikten keine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst.

In materieller Hinsicht zeigen hingegen vor allem die Feststellungen der Gutachterin (pag. 133 ff.), zusammen mit den Ausflüchten des Angeschuldigten an der Hauptverhandlung (pag. 290: „so schlimm wie auch schon, ist es nicht mehr mit den Drogen“... „ich möchte schon eine Therapie machen, wenn man es aber unter Druck machen muss, kommt es nicht gut“) und dem andauernden Drogenkonsum, dass eine günstige Prognose ausgeschlossen ist.

3. Beurteilung nach neuem Recht

a) Zur Tat- und Täterkomponente sowie zum Strafmass

Mit Inkrafttreten des neuen allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches fällt eine Unterscheidung zwischen Haft, Gefängnis und Zuchthausstrafen weg, und es gibt formal nur noch die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB). Der Strafraum ändert sich dadurch nicht, sondern lediglich die Terminologie. Er liegt somit in casu zwischen einem Jahr und einem Tag und 20 Jahren Freiheitsstrafe. Die Strafe ist wegen Konkurrenz mehrerer Straftaten zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Tat- und Täterkomponenten ändern ebenfalls nicht, so wenig wie ihre Gewichtung im vorliegenden Fall.

Auch unter neuem Recht erscheint deshalb eine **Freiheitsstrafe von 18 Monaten** als angemessen.

b) Zur Frage des bedingten Strafvollzugs

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 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. Damit ist zum einen ein bedingter Vollzug nun bis zu 2 Jahren möglich und zum andern enthält die Bestimmung nicht mehr wie der bisherige Art. 41 aStGB eine Kann-Formel, was bedeutet, dass jede unbegründete Verweigerung des bedingten Vollzuges unzulässig ist. Mit andern Worten heisst das, dass nach neuem Recht der bedingte Vollzug nicht verweigert wird, weil keine gute Prognose gestellt werden kann, sondern weil eine schlechte gestellt wird (vgl. z.B. PIGNAT/KUHN, in: ZStrR 122/2004 S. 258). Dies bedeutet aber auch, dass bei einer Erstverurteilung nicht in jedem Fall mit einer bedingten Strafe gerechnet werden kann (HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2., aktualisierte Auflage 2006, S. 36).

Die 3. Strafkammer kommt - wie der stellvertretende Generalprokurator - zum Schluss, dass dem Angeeschuldigten eine **schlechte Prognose** gestellt werden muss. Dies betrifft nicht den Bereich Sexualdelikt, sondern den Betäubungsmittelbereich.

Der Angeeschuldigte ist seit über 10 Jahren kokainabhängig. Einen ernsthaften Versuch einer Therapie hat er nie unternommen und den Wunsch dazu bis jetzt nicht einmal als Lippenbekenntnis geäussert. Er ist seit 2004 arbeitslos und hat seinen Kokainkonsum mit Dealertätigkeiten sichergestellt. Eine berufliche Wiedereingliederung ist zurzeit unrealistisch, weil es dazu einer erfolgreichen Drogentherapie bedürfte, die aus den genannten Gründen ebenfalls unrealistisch ist. Da der Kokainkonsum in nicht geringer Dosierung anhält (nach eigenen Aussagen 0,3 – 0,4 g / Tag; vgl. pag. 1032), besteht der Druck zur Geldbeschaffung weiterhin und ist ein Rückfall in das bisherige Verhaltensschema und damit in die Drogendealertätigkeit nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sehr wahrscheinlich. Vom Sozialgeld lässt sich ein täglicher Konsum in diesem Ausmass nicht finanzieren. Damit einher gehen gewöhnlich auch die Bagatell-

delikte (Widerhandlungen gegen das Transportgesetz und das Strassenverkehrsgesetz).

In diesem Zusammenhang ist auch das Verhalten, welches der Angeschuldigte anlässlich seiner Anhaltung nach dem Ladendiebstahl im Coop an den Tag legte, zu würdigen. Als er nämlich damals beim Diebstahl von Zigaretten im Wert von Fr. 136.30 ertappt worden ist, verharmloste er den Diebstahl mit den Worten, dass es sich bei der Fa. Coop sowieso um eine Genossenschaft handle und es keine Rolle spiele, ob die Fa. Fr. 136.-- mehr oder weniger Gewinn einstreichen könne. Gemäss Anzeige benahm er sich unfreundlich und war keineswegs einsichtig und prahlte, dass er sich in der Folge direkt ins Coop Tell begeben werde, um dort noch mehr Zigaretten zu stehlen. Weiter sagte er, dass er schon Mittel und Wege finden werde, um weiter zu stehlen (pag. 255). Der Angeschuldigte muss insgesamt als uneinsichtig bezeichnet werden und aufgrund der Umstände (Drogenabhängigkeit und Arbeitslosigkeit) ist ein Rückfall in die Dealertätigkeit und die Bagatelldelikte sehr wahrscheinlich.

c) Zur Frage des teilbedingten Vollzugs

Art. 43 Abs. 1 StGB besagt unter anderem, dass das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben könne, wenn dies notwendig sei, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen.

Erst wenn das Gericht die Anwendung einer teilbedingten Strafe verneint hat, kommt eine unbedingte Strafe zum Zuge (GARRÉ, in: Anwaltsrevue 8/2005 S. 301).

Damit eine teilbedingte Strafe ausgefällt werden kann, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 42 StGB ebenfalls gegeben sein, d.h. die Voraussetzungen für die bedingte Strafe werden auf die teilbedingte Strafe übertragen. Dass man die Prognose als Voraussetzung ersatzlos durch das Verschulden hätte austauschen wollen, ergibt sich aus den zugänglichen Materialien nicht. Das Verschuldenselement ist damit bloss eine entsprechende Ergänzung zum Vorbestand einer nicht ungünstigen Prognose (vgl. dazu amtl. Bull SR 14.12.1999, S. 23/24 und amtl. Bull SR, 19.09.2001, S. 6). Ohne das Vorliegen der entsprechenden Prognose, der straffreien Zeit und der zumutbaren Schadensbehebung kann es somit keine teilbedingten Strafen geben und die Voraussetzung des besonderen Verschuldens wirkt erst im Nachhinein als einschränkendes, begrenzendes Element. Es ist damit auch keine Zwitterprognose für die teilbe-

dingte Strafe zwischen bedingt und unbedingt erforderlich, genauso wenig wie eine noch unmöglichere Zwitterprognose zwischen aufzuschiebendem und nicht aufzuschiebendem Teil der Strafe. Bei der teilbedingten Strafe ist mithin eine vollziehbare Strafe zur Abhaltung des Täters vor weiteren Verbrechen oder Vergehen zwar nicht erforderlich, doch würde eine vollständig bedingte Strafe aus der Sicht des Gesetzgebers dem Verschulden des Täters nicht gerecht (GEORGES GREINER, bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Hrsg. Annemarie Hubschmid und Jürg Sollberger, Bern 2004, S. 87 ff.).

Soweit nicht Freiheitsstrafen von zwei bis drei Jahren zur Diskussion stehen, ist der Anwendungsbereich dieser Bestimmung bzw. die Abgrenzung zu Art. 42 StGB völlig unklar, droht doch damit der bedingte Vollzug den spezialpräventiven Charakter zu verlieren (Botschaft, BBl 1999, 2052). Gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Revision vom 13.12.2002 steht das Gericht mit dem „sursis partiel“ nicht mehr vor der Entscheidung „alles oder nichts“, sondern erhält einen grösseren Ermessensspielraum und kann die Strafe besser „individualisieren“ (Botschaft, BBl 1999, 2052). Es mag nun allenfalls sinnvoll sein, zum Mittel des teilbedingten Strafvollzugs zu greifen, wenn eine günstige Prognose nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung (d.h. des Denkwirkung) des unbedingt zu vollziehenden Teils gestellt werden kann, namentlich in den Fällen von Art. 42 Abs. 2 StGB bzw. wenn der Täter bereits einmal eine „leichte, bedingte Strafe“, erhalten hat (Botschaft, BBl 2005, 4708). Da sich der teilbedingte Vollzug primär an der Einzelfallbeurteilung und der Einzelfallgerechtigkeit orientiert, wäre es indessen unangebracht, Art. 43 StGB als Einfallstor für generalpräventive Überlegungen zu nutzen (ähnlich, Botschaft, BBl 2005, 4708) (DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar zum Schweizerischen Strafbuch, 17., überarbeitete Auflage, Zürich 2006, S. 112 f.).

In objektiver Hinsicht kann der teilbedingte Strafvollzug immer dann gewährt werden, wenn eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe zwischen einem und drei Jahren erfolgt. Da in casu eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten zur Diskussion steht ist der teilbedingte Strafvollzug in objektiver Hinsicht möglich.

Der teilbedingte Vollzug kann nach Ansicht der 3. Strafkammer - in Anlehnung an die Ausführungen von Georges Greiner und die Entstehungsgeschichte des

teilbedingten Vollzugs¹ - jedoch nur dann gewährt werden, wenn die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs gegeben sind, d.h. dass es ohne Vorliegen der entsprechenden Prognose, der straffreien Zeit und der zumutbaren Schadensbehebung keine teilbedingten Strafen geben kann. Dem Angeschuldigten ist - wie zuvor bereits ausgeführt - eine schlechte Prognose zu stellen, womit die Voraussetzungen von Art. 42 StGB, welche dieselben sind wie für Art. 43 StGB nicht erfüllt sind.

Zudem würde in casu eine kurze Freiheitsstrafe nicht die nötige Warnwirkung zeitigen, was die Erfahrungen aus dem erzwungenem FFE-Klinikaufenthalt deutlich machen. Man könnte also auch nicht argumentieren, durch den unbedingten Teil der Freiheitsstrafe werde alsdann die Prognose für den restlichen Teil günstig.

Dem Angeschuldigten kann damit auch der teilbedingte Vollzug nicht gewährt werden.

Schlussfolgerung: Somit bleibt es auch nach neuem Recht bei einer unbedingten Freiheitsstrafe.

4. Fazit

a) Zur Strafe in concreto

Bei beiden Beurteilungen ist nach dem Gesagten das Ergebnis dasselbe. Somit liegt keine lex-mitior-Situation vor und es ist das bisherige Recht anzuwenden. Die Sanktion lautet daher auf **18 Monate Gefängnis, unbedingt**.

b) Zur Frage der ambulanten Massnahme

Die ambulante Massnahme bzw. ambulante Behandlung ist in Art. 44 aStGB bzw. Art. 63 StGB geregelt.

¹ Im ursprünglich von der Botschaft vorgeschlagenen Gesetzestext war für die teilbedingte Strafe eine gegenüber der bedingten Strafe nur ganz leicht modifizierte Voraussetzungsregelung über die Prognose ausdrücklich vorgesehen (Art. 43 Abs. 4 StGB gemäss Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, 98.038), und es fehlte das Element des besonderen Verschuldens. Dass man in der Folge als Voraussetzung die Prognose ersatzlos durch das Verschulden hätte austauschen wollen, ergibt sich aus den zugänglichen Materialien jedenfalls nicht.

In einem ersten Schritt muss wiederum geklärt werden, ob die Bestimmung des alten oder neuen Strafgesetzbuchs Anwendung findet. Für die allgemeinen Ausführungen zum grundsätzlichen Rückwirkungsverbot im Strafrecht bzw. der lex-mitior-Regel wird auf S. 12 hiervor verwiesen. Während das alte Recht (Art. 44 aStGB) keine Bestimmung über die Dauer der ambulanten Behandlung vorsah, ist diese nun grundsätzlich auf fünf Jahre beschränkt (Art. 63 Abs. 4 StGB). Die neue Regelung stellt damit milderes Recht dar.

Es ist damit in einem zweiten Schritt nach Art. 63 StGB zu prüfen, ob eine ambulante Behandlung beim Angeschuldigten anzuordnen ist.

Art. 63 Abs. 1 StGB:

„Ist der Täter psychisch schwer gestört, ist er von Suchtstoffen abhängig oder in anderer Weise abhängig, so kann das Gericht anordnen, dass er nicht stationär, sondern ambulant behandelt wird, wenn:

- a. der Täter eine mit Strafe bedrohte Tat verübt, die mit seinem Zustand in Zusammenhang steht; und*
- b. zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen.“*

Der Angeschuldigte ist aufgrund seiner langjährigen Kokainabhängigkeit behandlungsbedürftig und wohl auch behandlungsfähig, dürfen doch bei Suchtkranken diesbezüglich keine allzustrengen Massstäbe angelegt werden. Er hat zudem Straftaten begangen, die mit seiner Sucht in Zusammenhang stehen.

Dagegen ist er grundsätzlich nicht massnahmewillig. Er führte wiederholt aus, dass er eine Massnahme ablehne, da es ihm nichts bringe, wenn er zu etwas gezwungen werde. Er müsse den Schritt freiwillig und von sich aus machen. Unter dem Aspekt der Massnahmewilligkeit ist jedoch auch das Gutachten des Psychiatriezentrums Münsingen vom 18.04.2005 zu beachten, welches festhält, dass sich der Angeschuldigte im FFE durchaus integrieren konnte, am Therapieprogramm teilnahm und sich zunehmend kooperativ und angepasst zeigte (pag. 133). Hinzu kommt, dass der Strafvollzug von 18 Monaten relativ lang ist und der Angeschuldigte noch nie solange unter Druck stand, etwas zu verändern. Eine ambulante Behandlung erscheint in casu sinnvoll, respektive sollte wenigstens der Versuch dazu unternommen werden, da der Angeschuldigte ja offenbar im FFE am Therapieprogramm teilnahm und zunehmend Kooperation zeigte.

c) Zur Frage der Anordnung einer Busse

Die nach wie vor obligatorische **Busse von Fr. 300.--** entspricht fest stehender Praxis und ist zu bestätigen.

Nach Art. 106 Abs. 2 des nun geltenden Strafgesetzbuches ist bereits im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe vorzusehen, für den Fall, dass der Verurteilte die Busse schuldhaft nicht bezahlt. Die neurechtliche Regelung ist für den Angeeschuligten im Ergebnis deutlich günstiger als die altrechtliche Bussenumwandlung, da der neue Umwandlungssatz von Fr. 100.-/Tag und nicht mehr Fr. 30.-/Tag ausgeht. Vorliegend ist jedoch von der Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe abzugehen, da es sich diesbezüglich um eine Vollzugsfrage handelt und die lex-mitior-Regel nur die Sanktion an sich und nicht deren Vollzug betrifft.