

SK-Nr. 2006/461

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin Bratschi (Präsidentin i.V.), Obergerichter Righetti und Obergerichter Rätz sowie Kammerschreiberin Marti

vom 2. März 2007

in der Strafsache gegen

A.

wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Regeste

Der Grundsatz "Spezialprävention vor Sühne", der bei Grenzfällen zum bedingten Strafvollzug zur Anwendung kommen kann, ist nicht so weitreichend zu verstehen, dass er auch bei Grenzfällen zum teilbedingten Strafvollzug (3 Jahre) angewendet werden könnte, da dies gegen den Zweck des Grundsatzes zuwiderlaufen würde.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Infolge Appellation des Angeschuldigten waren durch die 2. Strafkammer zu überprüfen: diverse Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen das BemtG, der Sanktionenpunkt (3 ½ Jahre Zuchthaus unter Anrechnung der Untersuchungshaft und 7 Jahre Landesverweisung bedingt) sowie der Kosten- und Entschädigungspunkt unter Beachtung des Verschlechterungsverbots gemäss Art. 358 StrV. Nicht von der Appellation umfasst und folglich in Rechtskraft erwachsen waren der Freispruch sowie die restlichen Schuldsprüche wegen BemtG-Widerhandlungen.

Auszug aus den Erwägungen

I. FORMELLES

(...)

II. SACHVERHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG

(...)

III. RECHTLICHES

1. Am 01.01.2007 ist der neue allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Mit der Änderung des Sanktionensystems stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. Art. 2 StGB sieht vor, dass nach dem neuen Recht beurteilt wird, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Abs. 1). 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 (Abs. 2).

In der Schweiz folgen Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung der lex mitior der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt. Mit dieser Günstigkeitsprüfung kann stets vorgegangen werden, wenn prima vista unklar sein sollte, ob das neue Recht die lex mitior ist. Allerdings darf nur entweder das frühere oder das geltende Recht angewendet werden und nicht eine Kombination davon.

In casu wird sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergeben, dass das neue Recht nicht lex mitior ist, zumal eine teilbedingte Freiheitsstrafe nicht in Frage kommt (vgl. nachfolgend Ziff. IV. 5.), weshalb insgesamt das alte Recht zur Anwendung kommt.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

IV. STRAFZUMESSUNG

1. Strafraumen

Gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG wird die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem

Jahr bestraft, womit eine Busse bis zu einer Million Franken verbunden werden kann.

2. Tatkomponente

(...)

3. Täterkomponente

(...)

4. Konkretes Strafmass

Geht man von einem leichten Übergewicht der strafferhöhenden gegenüber den strafmindernden Komponenten aus, so erscheint die von der Vorinstanz ausgesprochene Zuchthausstrafe von 3 ½ Jahren sowohl unter Berücksichtigung von ähnlichen Fällen als auch unter Berücksichtigung der Betäubungsmittelmenge und dem Umstand, dass der Angeschuldigte gewerbsmässig gehandelt hat, als schuldangemessen. Im Sinne einer einheitlichen Terminologie erachtet es die Kammer als gerechtfertigt, vorliegend den Wortlaut „Zuchthausstrafe“ durch den neu allgemein geltenden Begriff „Freiheitsstrafe“ zu ersetzen. Die Strafe wird gemäss Art. 68 Abs. 2 aStGB als Zusatzstrafe zum Urteil des Untersuchungsrichteramtes IV Berner-Oberland vom 30.01.2006 festgesetzt.

In Anwendung von Art. 69 aStGB kann die erstandene Untersuchungshaft von 224 Tagen auf die auszufällende Strafe angerechnet werden.

5. Teilbedingter Strafvollzug

Wie bereits unter Ziffer IV. 1. ausgeführt wurde, muss mittels der konkreten Methode überprüft werden, ob allenfalls das neu in Kraft getretene Recht das mildere wäre. Der seit 01.01.2007 in Kraft getretene neue allgemeine Teil des StGB sieht im Gegensatz zum Alten in Art. 43 StGB vor, dass *„das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben kann, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen“* (Abs. 1).

Auf den ersten Blick kommt bei einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren Art. 43 StGB gar nicht zur Anwendung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob vorliegend der

Grundsatz der „Spezialprävention vor Sühne“ analog angewendet werden könnte bzw. müsste. Das Strafrecht dient in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wurde jeweils die Grenze von 18 Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei der Strafzumessung mitberücksichtigt, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht gefallen wäre und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im übrigen erfüllt gewesen wären (BGE 118 IV 337, 127 IV 97). Käme somit bspw. eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten in Frage und gleichzeitig wären die Voraussetzungen für einen bedingten Vollzug erfüllt, so kann im Sinne des Grundsatzes „Spezialprävention vor Sühne“ die Freiheitsstrafe auf 18 Monate, welche bedingt ausgesprochen werden dürfen, festgesetzt werden, mit dem Ziel, dass der Täter durch den Vollzug einer unbedingten Freiheitsstrafe nicht aus einer – seit der Tat - guten Entwicklung rausgerissen würde. Es stellt sich nun mit dem neu geltenden Sanktionensystem die Frage, ob dieser Grundsatz auch bei Freiheitsstrafen, welche nicht erheblich länger als 3 Jahre betragen und gleichzeitig bei Erfüllung der Voraussetzungen eines teilbedingten Strafvollzuges, angewendet werden soll und die betreffende Freiheitsstrafe auf 3 Jahre herabzusetzen ist.

Die Kammer ist diesbezüglich der Auffassung, dass der Grundsatz der „Spezialprävention vor Sühne“ nicht so weitreichend zu verstehen ist. Er bezweckt – wie bereits ausgeführt – im Wesentlichen, dass der Täter nicht aus seiner guten Entwicklung gerissen werden soll. Bei einem teilbedingten Strafvollzug ist gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB jedoch mindestens eine unbedingte Strafe von 6 Monaten auszusprechen, womit der eigentliche Zweck des besagten Grundsatzes gar nie realisiert werden kann. Ausnahmsweise könnte der Täter den unbedingten Teil allenfalls bereits durch die ausgestandene Untersuchungshaft vollzogen haben. Müsste diesem Umstand bei der Entscheidung, ob der Grundsatz „Spezialprävention vor Sühne“ im Rahmen eines allfälligen teilbedingten Strafvollzuges angewendet wird, Rechnung getragen werden, würde dies zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung führen und dem eigentlichen Sinn des erwähnten Grundsatzes entgegenstehen.

Somit kommt die Kammer zum Schluss, dass der Grundsatz „Spezialprävention vor Sühne“ bei Freiheitsstrafen, welche nicht erheblich höher als 3 Jahre sind, keine analoge Anwendung findet, womit in casu bei einer ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren offen gelassen werden kann, ob unter Berücksichtigung des

Verschuldens des Angeschuldigten ein teilbedingter Vollzug überhaupt in Frage käme, da die formellen Voraussetzungen von Art. 43 StGB bei 3 ½ Jahren ohnehin nicht erfüllt sind. Die Freiheitsstrafe ist somit in casu unbedingt zu vollziehen.

V. KOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG

(...)

VI. HONORAR DER AMTLICHEN VERTEIDIGUNG

(...)

VII. URTEILSDISPOSITIV

(...)