

SK-Nr. 2006/512

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Weber (Präsident), Oberrichterin Schnell und Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiber Poggio

vom B. März 2007

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Betrugs, Hehlerei etc.

Regeste:

Anklagegrundsatz: Wenn der Angeschuldigte wegen „Veruntreuung, evtl. teilweise Versuchs dazu, evtl. Betrugs“ alternativ überwiesen ist, so darf das urteilende Gericht diesen nicht wegen Veruntreuung und Betrug schuldig sprechen, da dies einer unzulässigen Doppelverurteilung gleichkommt (E. 111./1./1.1).

Frage der Opfermitverantwortung beim Betrug (Art. 146 StGB): Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt, weswegen vorliegend das Tatbestandsmerkmal der Arglist verneint wurde (E. 111./1./1.4/b).

Anwendbares Recht und lex mitior: Das neue Recht erweist sich vorliegend als milder, weil dieses die Möglichkeit der Ausfällung einer Geldstrafe vorsieht, welche bei einer Beurteilung nach altem Recht nicht bestanden hätte (E. V./1./1.1).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Angeschuldigte A. war von der Vorinstanz wegen Betrugs, Veruntreuung, Hehlerei sowie mehrfacher Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und das Strassenverkehrsgesetz zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 5 Monaten, einer Busse von Fr. 500.00 sowie den erstinstanzlichen Verfahrenskosten verurteilt worden. Gegen dieses Urteil erhob A. die Appellation, beschränkt auf die Schuldsprüche wegen Betrugs und Hehlerei sowie auf

den Punkt der Strafzumessung. Da einzig der Angeschuldigte gegen das erstinstanzliche Urteil appellierte, ist die Strafkammer an das Verbot der „reformatio in peius“ gebunden und darf das Urteil gemäss Art. 358 Abs. 1 StrV nicht zu Ungunsten der appellierenden Partei abändern.

Auszug aus den Erwägungen:

I. FORMELLES

II. FESTSTELLUNG DER RECHTSKRAFT

III. BEWEISWÜRDIGUNG UND RECHTLICHE WÜRDIGUNG

1. Betrug (Art. 146 StGB)

1.1 Zum Anklagegrundsatz

Nach dem Anklagegrundsatz (Akkusationsprinzip im engeren Sinne) ist der ‚Richter an die Anklageschrift bzw. den Überweisungsbeschluss gebunden. Art. 308 StrV legt ausdrücklich fest, dass Gegenstand des Urteils die im Überweisungsbeschluss oder, wenn ein solcher nicht vorliegt, die in der Anzeige erwähnte Tat ist, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Gemäss Abs. 2 desselben Artikels ist das Gericht an die rechtliche Bezeichnung der Tat im Überweisungsbeschluss oder in der Anzeige nicht gebunden — es kann also eine andere rechtliche Würdigung des Sachverhalts vornehmen. Im bernischen Strafverfahren wird der Anklagegrundsatz nicht konsequent durchgesetzt. In den Fällen von Art. 300 StrV kann die Strafverfolgung gegen die angeschuldigte Person im Verfahren vor Einzelgericht unbeschränkt, im Verfahren vor dem Kreisgericht oder dem Wirtschaftsstrafgericht mit Zustimmung der anwesenden Parteien ausgedehnt werden.

Dem Überweisungsbeschluss kommt Umgrenzungs- aber auch Informationsfunktion zu. Die Umgrenzungsfunktion dient der Bestimmung des Prozessgegenstandes, nach dem in der Lehre und Praxis mehrheitlich vertretenen faktischen Tatbegriff also der Umschreibung des konkreten historischen Sachverhalts. Weiter vermittelt der Überweisungsbe-

schluss der angeschuldigten Person die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion; MAURER, Das bernische Strafverfahren, Bern 2003, S. 32 f.). Er bezweckt zudem den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeschuldigten und dient insbesondere dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK; TRENKEL, Der Anklagegrundsatz, Infointerne 23, S. 32). Aus der Umgrenzungs- und Informationsfunktion ergibt sich die Pflicht der Überweisungsbehörde, den Gegenstand der Überweisung möglichst präzise zu umschreiben. Weil die überweisende Behörde keine abschliessende rechtliche Qualifikation der Tat vornehmen kann, wird sie oft eine Auswahl an möglichen Tatbeständen anführen (MAURER, a.a.O., S. 406 f.). Es handelt sich dabei um sogenannte Eventual- bzw. Alternativüberweisungen.

Eine Alternativüberweisung kann in Fällen in Frage kommen, in denen es zwar eindeutig erwiesen ist, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten etwas Strafbares tat, es jedoch unmöglich ist, festzustellen, welcher von zwei oder mehreren unterschiedlichen, aber soweit gleichwertigen Straftatbeständen erfüllt ist (DoNATsch/SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1997, N. 4 zu § 163). Ein Beispiel dazu: Wird der Angeschuldigte im Besitz eines gestohlenen Gegenstandes angetroffen und bestreitet er den Diebstahl, so ist unter Umständen eine alternative Anklage wegen Diebstahls oder Hehlerei möglich (MAURER, a.a.O., S. 408).

Die Eventualüberweisung erlaubt für den Fall, dass die Hauptanklage vom Gericht verworfen wird, den gleichen Lebensvorgang noch unter anderen strafrechtlichen Gesichtspunkten, üblicherweise als weniger schwerwiegendes Delikt, anzuklagen. So wird ein Verhalten beispielsweise zunächst als Diebstahl i.S.v. Art. 139 StGB, eventualiter, nämlich für den Fall, dass das Gericht eine Wegnahme der Sache durch den Angeklagten selbst nicht als erwiesen betrachtet und davon ausgeht, dieser habe die Sache gefunden, als unrechtmässige Aneignung i.S.v. Art. 137 StGB überwiesen (DONATsch/SCHMID, a.a.O., N. 1 zu § 163). Wenn das Gericht den Angeschuldigten nun in diesem Beispiel wegen unrechtmässiger Aneignung schuldig erklärt, so darf nicht vom eventuell überwiesenen Diebstahl freigesprochen werden (vgl. dazu MAURER, a.a.O., S. 408). Gleiches hat für einen zweiten Schuldspruch (bezüglich des Diebstahls neben der unrechtmässigen Aneignung) zu gelten. Dies würde einer unzulässigen Doppelverurteilung gleichkommen, da sich die Eventualüberweisung wie erwähnt auf den gleichen überwiesenen historischen Lebenssachverhalt bezieht, für welchen die angeschuldigte Person nicht zweimal bestraft werden darf. Die soeben erörterten Grundsätze zur Eventualüberweisung gelten entsprechend auch für die Alternativüberweisung.

Vorliegend wurde im Überweisungsbeschluss vom 13. Juli 2004 mit der Formulierung „Veruntreuung, evtl. teilweise Versuchs dazu, evtl. Betrugs“ eine solche Alternativüber-

Weisung an das Einzelgericht in Strafsachen (...) vorgenommen. Entgegen dem oben Ausgeführten erkannte der Gerichtspräsident (...) den Angeschuldigten am B. Juli 2005 sowohl der Veruntreuung als auch des Betrugs für schuldig. Dies stellt eine unzulässige Doppelverurteilung des Angeschuldigten durch die Vorinstanz dar und demzufolge eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. Erstaunlicherweise brachten weder die Verteidigung noch der stellvertretende Generalprokurator in ihren oberinstanzlichen Parteivorträgen Einwände gegen diese Doppelverurteilung vor, vielmehr forderten beide Parteien einen Freispruch vom Vorwurf des Betruges.

Richtigerweise dürfte sich die Strafkammer nun in oberer Instanz mit dem Vorwurf des Betruges gar nicht mehr auseinandersetzen: Da es sich um eine Alternativüberweisung handelt und der Schuldspruch wegen Veruntreuung bereits in Rechtskraft erwachsen ist, bliebe eigentlich nach dem oben Gesagten für den Vorwurf des Betruges kein Platz mehr, weder für einen Schuld- noch für einen Freispruch. Aufgrund des vorinstanzlichen Missgriffs bleibt der Kammer allerdings konsequenterweise keine Wahl, als nachfolgend auch auf den Tatbestand des Betruges noch einzugehen. Würde sie sich nämlich zum Betrugsvorwurf nicht äussern, so bliebe der diesbezügliche vorinstanzliche Schuldspruch (wenn oberinstanzlich unbeurteilt, obwohl appelliert) einfach so stehen, was nicht den verfassungsmässigen Rechten des Angeschuldigten entsprechen kann. Jedoch darf vorliegend — unter Vorwegnahme des Ergebnisses der rechtlichen Würdigung — aufgrund des Anklagegrundsatzes nur ein Freispruch erfolgen. Für einen Schuldspruch bleibt schlichtweg kein Raum.

1.2 Beweiswürdigung und rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz

1.3 Ergänzende Beweiswürdigung durch die Kammer

Ergänzend wird folgender Sachverhalt als erwiesen erachtet:

Der massgebliche Vertragsabschluss zwischen dem Angeschuldigten und der M AG fand — entgegen der Schilderung der Vorinstanz — bereits am 7. Oktober 2003 statt (pag. 10). Dabei kaufte der Angeschuldigte diverse — mit Eigentumsvorbehalt belegte — Büromöbel im Gesamtwert von Fr. 8'338.00 und leistete eine Anzahlung in der Höhe von Fr. 2'700.00, dies im Rahmen einer Geschäftseröffnung mit zwei weiteren Geschäftspart-

uern. Schliesslich erfolgte am 14. Oktober 2003 die Lieferung der gekauften Möbel an die Adresse (...) zu Händen des Angeschuldigten (pag. 4). Da dieser den Restkaufpreis in der Folge nicht bezahlte, erklärte die M AG am 25. Februar 2004 den Vertragsrücktritt (pag. 13) und versuchte die unbezahlten Möbel zurück zu holen, dies unter Mithilfe der Stadtpolizei (...). Wachmeister K bemühte sich aufwändig um die Rückgabe der Möbel, wobei der Angeschuldigte Ausreden und Lügen auftischte, Versprechen machte und nicht einhielt, und immer wieder neue Versionen über die Möbelstandorte vorlegte (pag. 19 ff., 37 f.). Letztendlich konnten zwei Bürostühle sowie ein Korpus, ein Regal und ein Türenset durch die M AG nicht zurückgenommen werden (pag. 40). Die Kammer geht in casu entgegen dem Überweisungsbeschluss (pag. 1) und dem vorinstanzlichen Dispositiv (pag. 226) von einem Deliktsbetrag von Fr. 5'638.00 aus (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. V./2./2.2/a).

Dass ein allfälliger Betrug bereits am 7. Oktober 2003, nämlich am Tag des Vertragsabschlusses begangen worden wäre — wie die Vorinstanz entgegen ihrer Sachverhaltsdarstellung im Urteilsdispositiv richtig ausführt — und nicht wie überwiesen erst im Januar 2004, sei von der Kammer nur am Rande erwähnt.

1.4 Rechtliche Würdigung durch die Kammer

a) Gesetzesbestimmung

Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 146 Abs. 1 StGB).

b) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des Betrugs setzt, wie von der Vorinstanz richtig aufgeführt, eine arglistige Täuschung, einen daraus entstehenden Irrtum, eine Vermögensverfügung sowie einen Vermögensschaden voraus. Zwischen der arglistigen Täuschung und dem Irrtum sowie auch zwischen dem Irrtum und der Vermögensverfügung muss jeweils ein Motivationszusammenhang bestehen. Der Vermögensschaden muss weiter zur Vermögensverfügung in einem Kausalzusammenhang stehen.

Täuschung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen, sei es durch die Mittel der (mündlichen oder schriftlichen) Sprache, durch Gesten oder durch konkludentes Verhalten

(TRECHSEL, Kurzkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1997, N. 2 zu Art. 146). Wie der Gesetzeswortlaut schon sagt, muss sich die Täuschung auf Tatsachen beziehen — solche müssen vorgespiegelt oder unterdrückt werden.

Die Täuschung muss zudem arglistig sein. Arglist liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn der Täter zur Täuschung eines anderen ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient, aber auch dann, wenn er bloss falsche Angaben macht, deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn er den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass jener die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (STRATENWERTH/ JENNY, Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage, Bern 2003, § 15 N. 18 mit weiteren Hinweisen).

Bezüglich des Betrugstatbestands verlangen sowohl die Verteidigung als auch die Generalprokurator in oberer Instanz einen Freispruch, wobei sie sich jeweils darauf berufen, das Vorgehen des Angeschuldigten sei nicht arglistig gewesen. Die Strafkammer geht hier daher vorderhand auf das Tatbestandsmerkmal der Arglist ein. In der Einschränkung, dass eine Täuschung arglistig sein muss, kommt der Gedanke der Opfermitverantwortung zum Ausdruck. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass das Opfer grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen trifft, um den Irrtum zu vermeiden. Vielmehr scheidet Arglist lediglich aus, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet und somit leichtfertig gehandelt hat (BGE 6P.60/2004, 6S.144/2004 E 7.1).

Klar ist, dass der Angeschuldigte weder ein ganzes Lügengebäude errichtet, noch sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient hat. Nicht zur Diskussion stehen auch die Fallkonstellationen, dass der Angeschuldigte die M AG von einer möglichen Überprüfung abgehalten haben soll, oder die Überprüfung aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wurde. Es stellt sich daher vorliegend bloss die Frage, ob die Überprüfbarkeit einer einfachen Lüge nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder überhaupt unzumutbar gewesen wäre. Der stellvertretende Generalprokurator äusserte sich hierzu in seinem schriftlichen Parteivortrag vom 6. März 2007 wie folgt (pag. 391):

„Vorliegend stellt sich die Frage der mangelnden Überprüfbarkeit einer einfachen Lüge mit Bezug auf die Täuschung über eine innere Tatsache, konkret den Leistungswillen. Im

Entscheid 118 IV 361 hat das Bundesgericht präzisiert, dass mangelnder Erfüllungswille erkennbar sei, wenn z.B. die Erfüllungsfähigkeit offensichtlich fehle bzw. wenn sich aus der möglichen und zumutbaren Überprüfung der Erfüllungsfähigkeit ergeben hätte, dass der andere nicht erfüllungsfähig gewesen sei. Die Vorinstanz hat selber auch erwogen, dass sich die Zahlungsfähigkeit des Angeschuldigten allenfalls dadurch hätte überprüfen lassen, indem man vom Kaufinteressenten Bankkonto-, Betreibungsregisterauszüge oder andere sachdienliche Unterlagen verlangt hätte. Entgegen der Vorinstanz ist es in der Konsequenz indes nicht praxisfremd, bei "Massengeschäften", wie dem vorliegenden Möbel-Abzahlungskauf, von Seiten der Verkäuferschaft eine entsprechende Überprüfung zu verlangen, handelt es sich bei Letzterer doch um eine Geschäftsperson mit entsprechender Fachkenntnis und Geschäftserfahrung. Diese Kriterien spielen beispielsweise auch bei Banken im Rahmen von Kreditvergaben eine massgebende Rolle (6S.168/2006 E. 1.3 mit Hinweisen). Nicht zuletzt angesichts der Höhe des in Frage stehenden Abzahlungskaufs von über 8'000 Franken hätten sich jedenfalls Vorsichtsmassnahmen im Sinne von Abklärungen bez. der wirtschaftlichen Situation der Käuferschaft aufgedrängt. Auch beim weit verbreiteten Auto-Leasing handelt es sich beispielsweise um ein von der Vorinstanz erwähntes "Massengeschäft", bloss dass dort Abklärungen über die Zahlungsfähigkeit der Kundschaft gang und gäbe sind. Weshalb solche Abklärungen nicht auch im professionellen Möbelhandel, insbesondere bei Abzahlungskäufen, Platz greifen könnten bzw. sollten, ist nicht einzusehen."

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Indem die M AG dem Angeschuldigten — zwar unter Eigentumsvorbehalt, aber ohne dessen Kreditwürdigkeit zu überprüfen — die bestellten Möbel auslieferte, handelte sie leichtfertig. Die Verteidigung bringt zudem zu Recht vor (pag. 381), dass eine Pflicht zur Auskunft über schlechte finanzielle Verhältnisse bei Vertragsabschluss von der Rechtsprechung und Lehre mehrheitlich abgelehnt wird (TRECHSEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 146). Insgesamt geht die Kammer daher davon aus, dass unter dem Aspekt der Opfermitverantwortung keine Arglist des Angeschuldigten vorgelegen hat. Zu diesem Schluss gelangt sie unabhängig davon, dass bezüglich des Betrugsvorwurfs nach dem oben in Ziff. 111./1./1.1 Ausgeführten ohnehin ein Freispruch ergehen muss.

Der objektive Tatbestand des Betrugs ist demnach vorliegend aufgrund fehlender Arglist nicht erfüllt. Es erübrigt sich somit eine Prüfung der restlichen objektiven Tatbestandsmerkmale.

c) Subjektiver Tatbestand

Subjektiv verlangt der Gesetzgeber Vorsatz sowie Bereicherungsabsicht. Der Vorsatz muss sich dabei auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Eventualvorsatz genügt. Zudem muss der Täuschende sich oder einen Dritten bereichern wollen.

Vorliegend geht die Kammer davon aus, dass der Angeschuldigte keinen Vorsatz auf Vornahme einer arglistigen Täuschung hatte. Es ist mit der Verteidigung davon auszugehen, dass der Angeschuldigte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht über die nötigen finanziellen Mittel verfügte, um den Kaufpreis sofort gänzlich zu bezahlen, er deshalb mit der M AG einen Abzahlungsvertrag schloss und lediglich eine Anzahlung leistete. Wie die Verteidigung zutreffend ausführt, durfte er berechtigterweise davon ausgehen, dass sich das von ihm mit seinen zwei Partnern aufgebaute Geschäft entwickeln und er deshalb in der Lage sein würde, seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber der M AG nachzukommen (pag. 385). Ein andersgerichteter Vorsatz und somit mangelnder Zahlungswille sowie Bereicherungsabsicht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses lassen sich dem Angeschuldigten nicht nachweisen. Der subjektive Tatbestand ist demzufolge nicht erfüllt.

Der Angeschuldigte wird vom Vorwurf des Betruges freigesprochen. Bezüglich dieses Freispruchs wird ein Teil der oberinstanzlichen Verfahrenskosten zu Lasten des Staates ausgeschieden sowie dem Angeschuldigten eine Entschädigung ausgerichtet. (...)

2. Hehlerei (Art. 160 StGB)

IV. KONKURRENZEN

Der Angeschuldigte wurde in oberer Instanz wegen Hehlerei schuldig erklärt. Weitere Schuldsprüche wegen Veruntreuung, mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie mehrfacher Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz sind bereits rechtskräftig. Diese Straftatbestände stehen zueinander in echter Konkurrenz.

V. STRAFZUMESSUNG

1. Allgemeines

1.1 Anwendbares Recht

Per 1. Januar 2007 ist der neue allgemeine Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB das neue Gesetz anzuwenden, wenn dieses für ihn das mildere ist. Diese Regelung gilt auch für Übertretungen (Art. 104 StGB). Ob das neue Recht gemäss der *lex mitior* im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB das mildere ist, beurteilt sich gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung nicht nach einer Kombination der beiden Rechte, sondern entweder nach altem oder nach neuem Recht, wobei nach Massgabe der sog. konkreten Methode zu prüfen ist, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wekommt (DONATSCH/ FLACHSMANN/ HUG/ WEDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Zürich 2006, S. 40; sowie BGE 126 IV 8 - je mit Hinweisen). Dafür massgebend ist die durch die Sanktion bewirkte Einschränkung in den persönlichen Freiheiten des Schuldigen, namentlich die Einbusse an Bewegungsfreiheit, Eigentum, Ehre, Betätigungsfreiheit, Beziehungsfreiheit, wobei der Entscheid darüber nicht aus der persönlichen Perspektive des Individuums, sondern gestützt auf eine verallgemeinernde Einschätzung der Nachteile zu erfolgen hat. Sind im Übrigen die Sanktionen im Einzelfall gleichwertig, so ist altes Recht anzuwenden (PoPP PETER, BSK StGB I, N. 11 zu Art. 2 StGB mit weiteren Hinweisen).

Der Angeschuldigte wurde vorliegend wegen Hehlerei schuldig erklärt. Rechtskräftig sind weiter die von der Vorinstanz ausgesprochenen Schuldsprüche wegen Veruntreuung, Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (mehrfach begangen) und Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz (mehrfach begangen). Sowohl Veruntreuung nach Art. 138 StGB als auch Hehlerei nach Art. 160 StGB wurden gemäss dem Sanktionenkatalog des alten Strafgesetzbuches mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Nach neuem Recht ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Demgegenüber wurden BetmG-Widerhandlungen altrechtlich noch mit Gefängnis oder Busse (Art. 19 Abs. 1 BetmG) bzw. Haft oder Busse (Art. 19a Ziff. 1 BetmG; Konsum) bestraft; neurechtlich ist für die Fälle von Art. 19 Abs. 1 BetmG eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen, für den Betäubungsmittelkonsum einzig Busse. Gleiches wie für den Betäubungsmittelkonsum gilt auch für die Widerhandlung gegen das SVG gemäss Art. 95 Ziff. 1 SVG. Der Strafschärfungsgrund der Konkurrenz findet sich neu in Art. 49 Abs. 1 StGB und unterscheidet sich von der alt-

rechtlichen Regelung (Art. 68 aStGB) in der konkreten Auswirkung auf den vorliegenden Fall nicht. Die Tat- und Täterkomponenten sind die gleichen.

Bezüglich des Strafrahmens bzw. Strafmasses unterscheiden sich das alte und neue Recht im Bereich der Freiheitsstrafen vorliegend nicht. Jedoch besteht ein Unterschied in Bezug auf die bedingten Freiheitsstrafen. Sah das Strafgesetzbuch bis anhin den bedingten Strafvollzug nur bis 18 Monate Gefängnis vor (Art. 41 aStGB), besteht nach neuem Recht nun die Möglichkeit, gemäss Art. 42 StGB bedingte Freiheitsstrafen bis zu 2 Jahren auszusprechen. Zudem kommen seit dem 1. Januar 2007 auch teilbedingte Strafen in Betracht, dies nach Art. 43 StGB bei Freiheitsstrafen bis zu höchstens drei Jahren. Ferner schliesst das neue Recht den bedingten Strafvollzug nicht zwingend aus, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst hat, wie dies der bisherige Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB vorsah. Art. 42 Abs. 2 StGB lässt trotz einer allenfalls auch unbedingten Freiheitsstrafe (von mind. 6 Monaten oder einer entsprechenden Geldstrafe von mind. 180 Tagessätzen) innerhalb der letzten fünf Jahre für die neue Straftat den Aufschub bei Vorliegen besonders günstiger Voraussetzungen zu, was insgesamt für den Beschuldigten vorteilhafter ist (RIKLIN, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, in AJP 12/2006, S. 1474).

Weitere wesentliche Neuerung gegenüber dem alten Recht ist die Möglichkeit, anstelle einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe auszusprechen, wie es der Gesetzgeber in casu vorsieht. Stellung und Ausgestaltung der Geldstrafe dienen dem erklärten Ziel des Gesetzgebers die kurzen Freiheitsstrafen zurückzudrängen. Sie ist denn auch die Sanktion für Vergehen und Verbrechen im unteren Schwerebereich. Der Freiheitsentzug unter sechs Monaten wird daher, abgesehen von Umwandlungsstrafen, zur absoluten Ausnahme (HANSJAKOB/ SCHMITT/ SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Luzern 2006, S. 29 und S. 34). Eine Freiheitsstrafe gilt immer als strenger als eine Geldstrafe, unabhängig von den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen (RIKLIN, a.a.O., S. 1473).

Vorliegend wurde der Angeschuldigte von der Vorinstanz zu einer Gefängnisstrafe von 5 Monaten, bedingt erlassen bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie einer Busse von Fr. 500.00 verurteilt. Aufgrund des Verbotes der reformatio in peius nach Art. 358 StrV darf die Strafkammer diese Strafe nicht verschärfen, muss also eine gleich hohe oder tiefere Strafe aussprechen. So bleibt neurechtlich nach dem oben Gesagten faktisch nur die Möglichkeit der Ausfällung einer Geldstrafe, da gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur ausgefällt werden darf, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine

Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann. Dies ist hier nicht der Fall. Altrechtlich wäre die Ausfällung einer solchen Geldstrafe gar nicht möglich, weswegen wiederum eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden müsste. Demzufolge erweist sich das neue Recht in casu nach Ansicht der Kammer als das mildere, weshalb dieses aufgrund der lex mitior nach Art. 2 Abs. 2 StGB zur Anwendung gelangt.

2.5 Strafmass

a) Geldstrafe

Wie erwähnt wurde der Angeschuldigte von der Vorinstanz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 5 Monaten sowie einer Busse von Fr. 500.00 verurteilt. Einer höheren Sanktion steht das Verbot der reformatio in peius entgegen. Eine solche kommt wegen des Freispruchs vom Vorwurf des Betrugs und des Wegfalls der neu ausschliesslich mit Busse zu ahndenden Übertretungen allerdings auch nicht in Frage.

Die Kammer fällt vorliegend eine Geldstrafe aus. Diese wird in zwei Phasen bestimmt: In einem ersten Schritt wird entsprechend dem Verschulden zunächst eine bestimmte Anzahl Tagessätze festgelegt. In einer zweiten Phase wird die Höhe des einzelnen Tagessatzes gestützt auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters ermittelt. Mit diesem Vorgehen soll erreicht werden, dass eine Opfergleichheit bei Tätern hergestellt wird, deren Taten im Unrechts- und Schuldgehalt vergleichbar sind (HANSJAKOB/ SCHMITT/ SOLLBERGER, a.a.O., S. 29). Das Gericht setzt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum fest (Art. 34 Abs. 2 StGB). Das Gesetz sagt nicht, welche Umstände das Gericht wie zu gewichten hat. Die Höhe des einzelnen Tagsatzes wird anhand der Richtlinien der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) festgelegt.

(...)

Der Angeschuldigte wird somit zu einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen à Fr. 30.00 verurteilt, ausmachend total Fr. 2'250.00, dies teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Untersuchungsrichteramtes (...) vom 30.3.2004. Die bereits erstandene Untersuchungshaft von 7 Tagen, welche von der Vorinstanz trotz vorhandener Haftakten (gemäss pag. 143 befand sich der Angeschuldigte in Zusammenhang mit der Hehlerei vom 23. Februar bis 1. März 2005 im Bezirksgefängnis (...)) nicht berücksichtigt und auch in sämtlichen Par-

teivorträgen vergessen wurde, wird im Umfang von 7 Tagessätzen angerechnet. Zur Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs vgl. unten Ziff. V./2./2.5/c, weil die Warnwirkung der ohnehin unbedingt zu verhängenden Busse einzubeziehen ist.

b) Busse

In Bezug auf die Verurteilungen wegen Betäubungsmittelkonsums (Art. 19a BetmG) und Widerhandlungen gegen das SVG (Art. 95 Ziff. 1 SVG) ist festzuhalten, dass diesbezüglich als Strafe einzig eine Busse vorgesehen ist. Bussen für zusätzlich begangene Übertretungen sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB und daher immer zusätzlich auszusprechen (DONATSCH/ FLACHSMANN/ HUG/ WEDER, a.a.O., S. 123, mit weiteren Hinweisen). Demzufolge können diese beiden Schuldsprüche nicht innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu einer Erhöhung der Sanktion führen, sondern es muss zusätzlich zur gesprochenen Geldstrafe eine Busse ausgefällt werden. Anzumerken ist, dass nach neuem Recht auch für die Ausfällung mehrerer Bussen untereinander das Asperationsprinzip zur Anwendung gelangt und solche nicht mehr wie bisher kumuliert werden.

Gemäss den VBR — Richtlinien wird das Führen eines Motorfahrzeugs ohne Führerausweis mit einer Mindestbusse von Fr. 600.00 bestraft (Ziff. 1.111.12.1), Haschischkonsum mit einer Mindestbusse von Fr. 100.00 (Ziff. 2./I./1./a). In Anbetracht der Mehrfachbegehung und in Anwendung des Asperationsprinzips erachtet die Kammer vorliegend eine Busse von Fr. 1000.00 als dem Verschulden des Angeschuldigten angemessen (Art. 106 Abs. 3 StGB).

Wird die Busse schuldhaft nicht bezahlt, so ist in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 StGB eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens 3 Monaten auszusprechen. Die Kammer geht vorliegend von einem Umwandlungssatz (gemäss Buchstabe D der VBR-Richtlinien) von einem Tag Freiheitsstrafe pro Fr. 100.00 aus, was bei einer Busse von Fr. 1'000.00 einer Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen entspricht.

c) Bedingter Strafvollzug

aa) Voraussetzungen

Die Geldstrafe kann auch bedingt ausgefällt werden, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Dies ist dann der Fall, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 StGB). Materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzuges ist damit in Umkehrung des bisherigen Rechts und in Anlehnung an die bisher herrschende

Praxis das Fehlen einer ungünstigen Prognose (Botschaft, BBl 1999 2049). Auf die besondere Erwähnung der Berücksichtigung von Vorleben und Charakter des Täters bei der Beurteilung der Prognose wird verzichtet; es hat vielmehr eine umfassende Abklärung der voraussichtlichen zukünftigen Entwicklung unter Berücksichtigung aller Faktoren zu erfolgen (BÄNZIGER/ HUBSCHMID/ SOLLBERGER (HRSG.): GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, 2. Auflage, S. 99).

Vorliegend untersteht die Ausfällung des bedingten Strafvollzugs dem Verbot der reformatio in peius. Die ausgefällte Geldstrafe wird also bedingt gesprochen. Die Probezeit wird auf 3 Jahre festgesetzt. Es kann festgehalten werden, dass die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs ohnehin erfüllt gewesen wären, schliesslich kann das Fehlen einer ungünstigen Prognose bejaht werden. Zudem ist der von der Vorinstanz ausgesprochene Widerruf inzwischen rechtskräftig und es kann auch davon ausgegangen werden, dass die Busse in der Höhe von Fr. 1'000.00 eine Warnwirkung entfalten wird.

bb) Bedeutung und Folgen

Art. 44 Abs. 3 StGB bestimmt, dass die Gründe für die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Vollzugs nicht bloss im Urteil festzuhalten sind; vielmehr muss dem Verurteilten erklärt werden, welche Bedeutung diese Entscheidung hat und welches die Folgen bei Bewährung bzw. Nichtbewährung sind (HANSJAKOB/ SCHMITT/ SOLLBERGER, a.a.O., S. 40; mit Hinweis auf die Botschaft, BBl 1999 2054). Dies wird hiermit gemacht:

Wird einem Verurteilten der bedingte Strafvollzug gewährt, so wird der Vollzug der Strafe vorerst aufgeschoben. Der Verurteilte muss sich allerdings während der ihm auferlegten Probezeit bewähren. Hat er sich bis zum Ablauf der Probezeit bewährt, so wird die aufgeschobene Strafe gemäss Art. 45 StGB nicht mehr vollzogen. Bewährung führt somit zur definitiven Unvollstreckbarkeit der aufgeschobenen Strafe. Was Bewährung ist, ergibt sich indirekt aus Art. 46 und Art. 95 Abs. 3-5 StGB (HANSJAKOB/ SCHMITT/ SOLLBERGER, a.a.O., S. 40). Nach Art. 46 StGB liegt Nichtbewährung vor, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und deshalb zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Diesfalls wird die Strafe widerrufen und der Verurteilte muss die aufgeschobene Strafe vollziehen. Gleiches gilt nach Art. 95 Abs. 3-5 StGB, wenn der Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder Weisungen missachtet.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass die bedingte Verurteilung dem Betroffenen die Chance eröffnet, den Vollzug der Strafe abzuwenden, indem er sich in der Probezeit „bewährt“. Sie enthält damit die förmliche Erklärung, dass es einzig und allein von seinem Verhalten abhängt, ob ihm der Vollzug erspart bleibt oder nicht (STRATENWERTH, Schwei-

zerisches Strafrecht - Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006, § 5 N. 93).

VI. KOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG