

SK-Nr. 2006/539

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Stucki (Präsident i.V.), Oberrichterin Schnell und Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiberin Bochsler

vom 10. Dezember 2007

in der Strafsache gegen

G.

amtlich vertreten durch Fürsprecher S.

wegen Strafquotenausscheidung/Rückversetzung

Regeste

Zuständige Behörde für den Entscheid über die Rückversetzung nach bedingter Entlassung aus dem Strafvollzug ist ab 1. Januar 2007 das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht (vorher Strafvollzugsbehörde).

Auf die bedingte Entlassung und deren Widerruf (= Rückversetzung in den Strafvollzug) ist materiellrechtlich in jedem Fall neues Recht anwendbar (BGE 133 IV 201), auch bei Urteilen, die vor dem 1. Januar 2007 ausgesprochen worden sind.

Vorliegend wurde von einer Rückversetzung abgesehen.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Die 1. Strafkammer stellte am 7. Dezember 2006 die Rechtskraft des Urteils des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 6. Juli 2006 fest, mit welchem G. wegen mehrfach und gewerbsmässig begangenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, begangen in der Zeit von Herbst 2001 bis am 3. März 2005 in Bern etc., schuldig erklärt worden war und verurteilte den Angeschuldigten zu 23 Monaten Gefängnis (teilweise als Zusatzstrafe).

In der Folge ersuchte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug die Kammer unter Hinweis auf Art. 27 EG StGB um Ausscheidung einer Strafquote für die während der Probezeit begangenen Delikte (Dauer Probezeit bis 7. Februar 2004), damit sie anschliessend den Entscheid bezüglich des Widerrufs der bedingten Entlassung fällen könne. G. war am 8. Februar 2003 aus dem Strafvollzug entlassen worden, der Strafreist von zwei Monaten und zehn Tagen Gefängnis war auf eine Probezeit von einem Jahr aufgeschoben worden.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Strafquotenausscheidung hätte von der Strafkammer bereits in ihrem Urteil vom 7. Dezember 2006 von Amtes wegen vorgenommen werden können und sollen, nachdem aus dem Strafregistrauszug ersichtlich war, dass G. am 8. Februar 2003 aus dem Strafvollzug bedingt und auf eine Probezeit von einem Jahr entlassen worden war. Diese Strafquotenausscheidung war deshalb nachzuholen, weshalb die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug an die 1. Strafkammer gelangte.

Nach dem bis Ende des Jahres 2006 geltenden Recht ordnete die zuständige Behörde und damit die Strafvollzugsbehörde die Rückversetzung in den Strafvollzug an, wenn der aus dem Vollzug probeweise Entlassene während der Probezeit eine strafbare Handlung beging, für die er zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Von einer Rückversetzung konnte Umgang genommen werden, wenn der Entlassene zu einer milderen oder zu einer bedingt zu vollziehenden Strafe verurteilt wurde (Art. 38 Ziff. 4 aStGB). Gestützt auf die zitierte Bestimmung nahm das Gericht, welches die neuen Delikte beurteilte, eine sog. Strafquotenausscheidung vor, wenn diese neuen Delikte bloss teilweise in die Probezeit der bedingten Entlassung fielen und eine unbedingte Strafe ausgefällt worden war. Je nach Ergebnis dieser Strafquotenausscheidung ordnete die Vollzugsbehörde alsdann die Rückversetzung an, wobei sie an die vom Gericht festgesetzte Strafquote und entsprechend dem Wortlaut von Art. 38 aStGB an die starre Grenze von 3 Monaten gebunden war.

Nach neuem, seit 1. Januar 2007 geltenden Recht, stellt sich die Rechtslage anders dar. Begeht der bedingt aus dem Strafvollzug Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder ein Vergehen, so hat nach Art. 89 Abs. 1 nStGB das für die

Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht über die Rückversetzung zu befinden. Ob ein Straftatlassener in einem solchen Fall in den Vollzug zurückzusetzen sei oder nicht, entscheidet sich materiell sodann nicht starr an der Art und Länge der neu ausgesprochenen Strafe, sondern daran, welche Bewährungsaussichten der Verurteilte hat. Ist trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begeht, so verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung. Es kann den Verurteilten verwarnen und die Probezeit verlängern, sowie Schutzmassnahmen anordnen und Weisungen erteilen (Art. 89 Abs. 2 nStGB, Verweis auf Art. 95 Abs. 3-5 nStGB). Die Rückversetzung darf schliesslich nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (Art. 89 Abs. 4 nStGB).

3. Die Urteile, um deren Vollzug der Reststrafe es vorliegend geht, sind vor dem 1. Januar 2007 gefällt worden, weshalb sich hier vorweg die Frage stellt, nach welchen materiellen Regeln über die Rückversetzung entschieden werden soll und welche Behörde – Strafvollzugsbehörde oder Gericht – hierüber entscheiden muss. Eine weitere Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass sogar der Gerichtsentscheid, mit welchem die neuen Straftaten des G. beurteilt worden sind, noch im Jahre 2006 gefällt und der nun anstehende Entscheid nichts anderes als eine Ergänzung und Vervollständigung desselben ist. Diese Besonderheit ist allerdings letztlich irrelevant, weil auch dann, wenn die 1. Strafkammer nach dem 1. Januar 2007 geurteilt hätte, die Lage sich nicht anders darstellen würde: Der Angeschuldigte hat in der Probezeit nach Entlassung aus dem Vollzug Straftaten begangen, hiefür wurde er zu 23 Monaten unbedingter Freiheitsstrafe verurteilt, und es wurde bislang weder über eine Strafquote noch über die Rückversetzung befunden.

Ausgangspunkt der für einen solchen Fall anwendbaren Übergangsbestimmungen bildet Art. 388 Abs. 1 Satz 1 nStGB, wonach „Urteile, die in Anwendung des bisherigen Rechts ausgesprochen worden sind, (...) nach bisherigem Recht vollzogen (werden)“. Ausnahmen von dieser Regel finden sich in Abs. 2 und 3 derselben Bestimmung, wobei einzig Abs. 3 über das Vollzugsregime in Betracht kommt. Diese Bestimmung sieht als „allgemeine Übergangsbestimmung“ betreffend „Vollzug früherer Urteile“ (so die Marginalie) vor, dass die „Bestimmungen des neuen Rechts über das Vollzugsregime von Strafen und Massnahmen sowie über die Rechte und Pflichten des Gefangenen [...] auch auf Täter anwendbar [sind], die nach bisherigem Recht verurteilt worden sind.“ Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Änderung des Allgemeinen Teils des

Strafgesetzbuches die Bestimmungen über die bedingte Entlassung zum Vollzugsregime gezählt (vgl. BBl 1999, S. 2183).

In Ziff. 1 Abs. 3 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 werden die Bestimmungen über das Vollzugsregime und die Rechte und Pflichten der Gefangenen aufgezählt (ausdrücklich genannt sind: Art. 74-85, 91 und 92). Diese Normen des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches sollen wie Art. 388 Abs. 3 StGB auch auf Täter Anwendung finden, die nach bisherigem Recht verurteilt worden sind. Nicht erwähnt werden allerdings die Art. 86 – 89 StGB über die bedingte Entlassung. Das Bundesgericht hat nun aber in seinem Urteil vom 21. Juni 2007 (6B_122/2007) mit Blick auf die Botschaft, wonach die bedingte Entlassung Teil des Vollzugsregimes sei, also eine Vollzugsmodalität darstelle, auf die Anwendbarkeit des neuen Rechts und hinsichtlich der Nichterwähnung der Art. 86-89 StGB auf ein Versehen des Gesetzgebers geschlossen.

Diese bundesgerichtliche Auffassung hält nach Ansicht der Generalprokuratur (Antrag vom 22. August 2007, Seite 3) einer genaueren Betrachtung von Gesetzestext und Botschaft nicht stand. Hiefür werden beachtliche Argumente ins Feld geführt, auf deren Wiedergabe allerdings hier verzichtet wird. Im Wesentlichen liesse sich die gegenteilige, dem Bundesgericht widersprechende Ansicht darauf stützen, dass die ausdrückliche Aufzählung von numerisch bestimmten Artikeln 74-85, alsdann die Weglassung, heisst Nichtnennung von Art. 86-90, gefolgt von der Erwähnung der Art. 91 und 92, mithin allein schon der Wortlaut der zitierten Übergangsbestimmung (Schlussbestimmung 1 Abs. 3) gegen ein gesetzgeberisches Versehen sprächen. Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid hat denn auch in Fachkreisen, d.h. namentlich bei Gerichten und Vollzugsbehörden, zu teils heftigen Kontroversen geführt. Mit Schreiben vom 17. August 2007 wandte sich die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren an das Bundesgericht und taten ihre abweichende Rechtsauffassung kund. Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts antwortete am 3. Oktober 2007 und hielt zunächst fest, es könne ausserhalb von konkreten, ihm vorliegenden Rechtsfällen nicht zu Rechtsfragen verbindlich Stellung nehmen. Das Bundesgericht hielt alsdann fest, ob die Frage der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug als Vollzugsmodalität bezeichnet und darauf deshalb das neue Recht zur Anwendung gebracht werden könne, hänge davon ab, wie das neue Recht ausgestaltet sei. Wenn es erheblich von der altrechtlichen Regelung abweiche, könne dadurch die Natur der Strafe verändert werden, so dass die Anwendung des neuen Rechts jedenfalls nicht in Betracht falle, wenn es strenger sei als das alte. Durchgreifende Bedenken gegen die Anwendung des neuen Rechts ergäben sich unter diesen Gesichtspunkten für die hier in

Frage stehende Neuregelung jedoch nicht. Die Änderungen beträfen vorab die Zuständigkeitsordnung und fassten die erforderliche Prognose für die Entlassung in marginaler Weise günstiger als das bisherige Recht. Für die Möglichkeit der bedingten Entlassung nach der Hälfte der Strafe bedürfe es „ausserordentlicher Umstände“ (Art. 86 Abs. 4 StGB). Sie sei explizit auf Ausnahmefälle beschränkt (und für den Betroffenen günstiger) so dass allein deswegen nicht von einer Änderung der Natur der Strafe gesprochen werden müsse. Die Botschaft des Bundesrates habe die bedingte Entlassung ausdrücklich als Vollzugsmodalität bezeichnet. Dass dies nur als generelle Übergangsregelung gelten solle, für diese Revision aber gerade nicht, vermöge nicht einzuleuchten. Denn ob es sich bei der Änderung der Bestimmungen zur bedingten Entlassung um eine (blosse) Vollzugsmodalität handelt oder um mehr, sei gerade von der konkreten Ausgestaltung der Änderungen abhängig, namentlich davon, wie einschneidend diese seien. Die Ausführungen des Bundesrates müssten daher vor dem Hintergrund dieser Gesetzesrevision gesehen werden. Was die praktischen Gesichtspunkte betreffe, so sei das Bundesgericht davon überzeugt, dass jedenfalls mittelfristig die Arbeit der Vollzugsbehörden erheblich erleichtert werde, wenn auf die Frage der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug neues Recht Anwendung fände.

Gestützt auf diese Meinungsäusserung hat inzwischen die KKJPD ihr Merkblatt zum Übergang vom alten zum neuen, revidierten Strafgesetzbuch am 22. November 2007 geändert und in Ziffer 2.1 lit. c festgehalten, für die bedingte Entlassung und deren Widerruf gelte nach dem Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Juni 2007 (BGE 133 IV 201) auch für Urteile, die vor dem 1. Januar 2007 ausgesprochen worden seien, das neue Recht. Das bedeute insbesondere, dass für den Widerruf der bedingten Entlassung, also für die Rückversetzung in den Strafvollzug (Art. 89 Abs. 1, Art. 95 Abs. 5) künftig allein das Gericht zuständig sei und darüber auch nachträglich ergänzungsweise zu befinden habe, wenn es bei Beurteilung der neuen Straftaten nicht darüber entschieden habe.

Dieser Ansicht kann sich die Kammer anschliessen, nicht so sehr, weil sie rechtlich bis ins Letzte überzeugt, sondern deshalb, weil das Bundesgericht in seinem Urteil vom 21. Juni 2007 für die bedingte Entlassung bewusst und klar so entschieden und inzwischen – zwar formal unverbindlich, aber doch klar – zu erkennen gegeben hat, dass es an dieser Rechtsauffassung festzuhalten gewillt ist. Dass dem so ist, kann unschwer auch aus dem Umstand herausgelesen werden, dass dieser Entscheid inzwischen zur Publikation in der Amtlichen Sammlung bestimmt worden ist, was ihm zusätzlich präjudizielles Gewicht verleiht. Immerhin kann – bezogen auf die materiellrechtliche

Regelung (nicht die Zuständigkeit) – gesagt werden, dass der Kammer im Ergebnis die Anwendung des neuen Rechts ebenfalls sachgerecht(er) erscheint: Unter dem Titel Gleichbehandlung ist nicht recht einzusehen, weshalb zum Beispiel ein zu einer langjährigen oder lebenslangen Zuchthausstrafe Verurteilter bei ausserordentlich günstigen Umständen auch Jahre nach Inkrafttreten des neuen allgemeinen Teils des StGB nur deshalb nicht in den Genuss einer vorzeitigen bedingten Entlassung kommen soll, weil das Urteil gegen ihn vor dem 1. Januar 2007 ausgesprochen worden ist.

Ist aber auf die bedingte Entlassung materiellrechtlich in jedem Fall neues Recht anwendbar und bestimmt sich die zuständige Behörde ebenfalls nach neuem Recht, so erscheint der Kammer – wie offensichtlich auch der KKJPD – zwingend, dass neues Recht ebenso für das Rückgängigmachen der bedingten Entlassung, d.h. für deren Widerruf / Rückversetzung des Verurteilten in den Strafvollzug angewendet werden muss. Damit hat das für die Beurteilung der neuen Straftaten zuständige Gericht und somit (nachträglich) die Kammer über die Rückversetzung zu entscheiden, und zwar nach den Regeln des neuen Rechts.

In prozessualer Hinsicht ist an dieser Stelle noch folgendes zu ergänzen: Die Kammer hat darauf verzichtet, den erwähnten Briefwechsel zwischen der KKJPD und der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts dem Verurteilten noch zur Stellungnahme zu unterbreiten. Dies, weil – wie sogleich aufgezeigt wird – diese Unterlagen und die hieraus gezogene rechtliche Konsequenz dem verurteilten G. nicht zum Nachteil gereicht.

4. Laut Verfügung der Polizei- und Militärdirektion, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug, vom 23. Januar 2003 wurde G. auf den 8. Februar 2003 aus dem Strafvollzug bedingt entlassen (vgl. auch neu eingeholten Strafregisterauszug vom 7.12.2007). Ihm wurde eine Probezeit von einem Jahr auferlegt, welche am 8. Februar 2003 zu laufen begonnen und am 7. Februar 2004 geendet hat.

Laut Art. 89 Abs. 4 nStGB darf die Rückversetzung nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (die altrechtliche Regelung hatte für diese „Verjährung“ eine Frist von 5 Jahren vorgesehen, Art. 38 Ziff. 4 letzter Absatz aStGB). Im Zeitraum von drei Jahren muss also ein entsprechender Entscheid vorliegen. Massgeblich ist dafür der Zeitpunkt, in welchem der Entscheid ergangen ist bzw. ergeht, nicht der Zeitpunkt des neuen Vollstreckungsauftrages (BAECHTOLD, BSK, 2. Auflage, N 8 zu Art. 89 mit Hinweisen). Nach dem Gesagten ist

heute die Anordnung einer Rückversetzung nicht mehr zulässig, und es ist folglich davon abzusehen.

(...)