

SK-Nr. 238 I 2007

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Zihlmann (Präsident i.V.), Oberrichter Weber und Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiberin Ringgenberg-Eichenberger

hat in der Sitzung vom 18. Oktober 2007

in der Strafsache gegen B.

amtlich vertreten durch Fürsprecher M.

wegen einfacher Körperverletzung, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte etc., sowie Widerrufs

Regeste

Keine Asperation bei Gesamtstrafen: Bei einer Gesamtstrafe nach Art. 46 Abs. 1 i.V.m Art. 49 StGB kann es nicht darum gehen, einen bedingt vorbestraften und in der Probezeit erneut delinquenten Angeschuldigten mit einer tieferen Strafdauer als der Summe der schuldangemessenen Strafe für die neuen Delikte und der widerrufenen (rechtskräftigen) Strafe zu belohnen. Vielmehr soll die Möglichkeit der Gesamtstrafe in der Konstellation einer neuen Strafe in Kombination mit einer widerrufenen Strafe sicherstellen, dass nach Änderung der Strafart bei der widerrufenen Strafe eine einheitliche Strafart festgesetzt werden kann (Erw. IV/1).

Erhöhung der erstinstanzlichen Strafe: Einzig betreffend der einfachen Körperverletzung und Gewalt und Drohung gegenüber Beamten ist dem Angeschuldigten eine verminderte Schuldfähigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB zu attestieren, hinsichtlich des Fahrens in angetrunkenem Zustand liegt ein Fall von Art. 19 Abs. 4 StGB vor (Erw. IV/3/e).

Die Ausfällung einer Geldstrafe ist auch möglich, wenn deren Vollzug ungewiss ist (Erw. IV/3/g/2).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Angeschuldigte fuhr auf der Autobahn bei strömendem Regen stark betrunken (2.39 Promille) Schlangenlinien. Nach der Anhaltung durch die Polizei wurde er ausfällig, trat mit den Füßen gegen den Dienstwagen und beruhigte sich nicht mehr. Beim Anlegen der

Handfesseln wehrte sich der Angeschuldigte dermassen, dass er dem Polizeibeamten im Gerangel einen Schlag auf den Brustkorb und die linke Wange versetzte. Dabei schlug er dem Polizisten einen Zahn aus und fügte ihm eine Herzprellung zu.

Die Vorinstanz sprach B. schuldig des vorsätzlichen Führens eines PW's in angetrunkenem Zustand, qualifiziert begangen, der einfachen Körperverletzung z.N. F. sowie der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte und verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 7 Monaten als Gesamtstrafe (unter Einbezug des Urteils der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 13. August 2001) von 3 Monaten Gefängnis. In oberer Instanz wurde der Schuldspruch der einfachen Körperverletzung bestätigt, die übrigen Schuldsprüche waren in Rechtskraft erwachsen und der Angeschuldigte wurde neu verurteilt zu einer Geldstrafe von 270 Tagessätzen à Fr. 60.00 als Gesamtstrafe.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. Strafzumessung

1. Anwendbares Recht (lex mitior)

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).

Als wesentliche Neuerung gegenüber dem alten Recht sieht das neue Strafgesetzbuch die Möglichkeit vor, anstelle einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe auszusprechen. 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, auf die Fälle beschränkt, in denen voraussehbar ist, dass die Alternativstrafen nicht vollstreckbar sind (HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Luzern 2006, S. 34). Eine Freiheitsstrafe gilt immer als strenger als eine Geldstrafe, unabhängig von den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen (RIKLIN FRANZ, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, in AJP 12/2006, S. 1473). Insofern muss geprüft werden, ob vorliegend eine Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe ausgesprochen werden darf und somit der Angeschuldigte neurechtlich besser gestellt ist.

Die Vorinstanz hat neues Recht als *lex mitior* angewandt mit dem Hinweis auf die darin vorgesehene Möglichkeit der Ausfällung einer Gesamtstrafe bei gleichzeitigem Widerruf des bedingt ausgefallten Urteils.

In der Praxis der ersten Instanz wird teilweise immer noch davon ausgegangen, dass bei einer Gesamtstrafe zu asperieren ist, dass also der Betroffene günstiger wegkommen muss als bei einer getrennten Beurteilung von Hauptstrafe und Widerrufsstrafe. Die Strafkammern haben dem übereinstimmend widersprochen (vgl. z.B. SK 2007/200, SK 2007/167/168). Eine derartige Asperation ist nicht gerechtfertigt, weil es bei einer Gesamtstrafe nach Art. 46 Abs. 1 i.V.m Art. 49 StGB nicht darum gehen kann, einen Angeschuldigten, der eine Vorstrafe mit bedingter Freiheitsstrafe hat und der dann in der Probezeit erneut delinquent, mit einer tieferen Strafdauer als der Summe der schuldangemessenen Strafe für die neuen Delikte und der widerrufenen (rechtskräftigen!) Strafe zu belohnen. Vielmehr soll die Möglichkeit der Gesamtstrafe in der Konstellation einer neuen Strafe in Kombination mit einer widerrufenen Strafe sicherstellen, dass nach Änderung der Strafart bei der widerrufenen Strafe eine einheitliche Strafart festgesetzt werden kann. Die Asperation ist mit anderen Worten gerade kein Grund für das Aussprechen einer Gesamtstrafe.

Ob altes oder neues Recht angewendet werden muss, steht vorliegend erst fest, wenn die Art der Sanktion bestimmt wird. Würde eine Freiheitsstrafe ausgefällt, wäre altes Recht anzuwenden, weil das neue nicht das mildere ist.

Um es gleich vorweg zu nehmen, die Kammer erkennt im vorliegenden Fall auf eine Geldstrafe (vgl. nachstehende Ausführungen zur Straftat). Demzufolge erweist sich das neue Recht in casu als das mildere, weshalb dieses aufgrund der lex mitior-Regelung nach Art. 2 Abs. 2 StGB zur Anwendung gelangt.

(...)

3. Strafzumessung im vorliegenden Fall

(...)

e) Schuldfähigkeit

Anders als die Vorinstanz – und in Übereinstimmung mit der Generalprokuratur – beurteilt die Strafkammer die Schuldfähigkeit des Angeschuldigten während des Fahrens in angetrunkenem Zustand. Die Vorinstanz attestierte dem Angeschuldigten eine leicht verminderte Schuldfähigkeit für das ganze Tatgeschehen i.S.v. Art. 19 Abs. 2 StGB. Gemäss BGE 122 IV 49 E. 1b, S. 50 wird bei einer Blutalkoholkonzentration zwischen zwei und drei Gewichtspromillen in der Regel eine verminderte Schuldfähigkeit vermutet. Art. 19 Abs. 4 StGB schliesst die Schuldinderung der Absätze 1 bis 3 aber aus, wenn der schulfähige Täter vorsätzlich sein Bewusstsein mindestens bis zur Verminderung seiner Schuldfähigkeit beeinträchtigt und in diesem Zustand eine schon vorher beabsichtigte oder vorausgesehene und in Kauf genommene Straftat begeht (sog. **actio libera in causa**).

Der Generalprokurator führt dazu aus, diese Sanktion komme auch für den Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand in Betracht (BGE 117 IV 293 E. 2). Gemäss Erwägung 2b des zitierten Präjudizes bedeute dies für das Fahren in angetrunkenem Zustand, dass eine allfällige Unzurechnungsfähigkeit (bzw. Schuldfähigkeit) des Fahrzeuglenkers zur Zeit der vorsätzlichen Trunkenfahrt unbeachtlich sei, wenn dieser im Moment, als er noch nicht unzurechnungsfähig (bzw. schuldunfähig) war, zumindest in Kauf genommen habe, dass er in angetrunkenem Zustand noch ein Fahrzeug lenken würde, wenn also eine (eventual)vorsätzliche „**actio libera in causa**“ vorliege.

B. habe in der ersten Einvernahme dazu ausgeführt: „Auf die Frage, ob ich zu diesem Zeitpunkt noch gewusst hatte, dass ich fahren würde, muss ich sagen, dass ich es besser nicht mehr gewusst hätte. (...) Ich hätte das Auto besser stehen lassen sollen. (...) Mir gefiel es auf der Fahrt ehrlich gesagt selbst nicht mehr.“(pag. 69, Z. 26 ff). Daraus könne abgeleitet werden, dass der Angeschuldigte von Anfang an vor gehabt habe, nach dem Zusammensein mit seinen Kollegen noch nach Hause zu fahren und

deshalb in Kauf genommen habe, unter Alkoholeinfluss heimzufahren. Es liege somit bezüglich des Fahrens in angetrunkenem Zustand ein klassischer Fall der „actio libera in causa“ vor. Hinsichtlich der Vorfälle auf dem Industrieareal würden sich jedoch keine Hinweise finden lassen, dass der Angeschuldigte diese Gewalttätigkeiten bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte voraussehen können. Zusammenfassend müsse gesagt werden, dass die erstinstanzliche Strafmilderung bezüglich des ganzen Geschehens nicht gegeben sei, sondern differenziert werden müsse. Einzig betreffend der einfachen Körperverletzung und Gewalt und Drohung gegenüber Beamten sei eine verminderte Schuldfähigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB zu attestieren, hinsichtlich des Fahrens in angetrunkenem Zustand liege aber ein Fall von Art. 19 Abs. 4 StGB vor. Das müsse eine Erhöhung der erstinstanzlichen Strafe zur Folge haben.

Dieser Auffassung schliesst sich die Kammer an. Für das Fahren in fahruntüchtigem Zustand gilt vorliegend Abs. 4 von Art. 19 StGB, womit eine Strafmilderung (gem. Art. 48a StGB) entfällt. Eine solche ist in leichtem Masse nur für die Eskalation anlässlich der Polizeikontrolle zu bejahen. Die Strafe ist deshalb zu erhöhen.

f) **Strafmass**

Die Richtlinien des Verbandes Bernischer Richter und Richterinnen (VBR) vom 8. Dezember 2006 sehen für eine Angetrunkenheit ab 2,0 Promillen BAK eine Geldstrafe ab 60 Tagessätzen vor. Der Angeschuldigte hatte eine BAK von mindestens 2,39 Promillen aufgewiesen (pag. 12: 2,39 bis 3,22 Promille).

Unter Berücksichtigung der hohen Blutalkoholkonzentration und der einschlägigen Vorstrafen innerhalb von knapp 5 Jahren, ist die Einsatzstrafe von gut 60 Tagessätzen zu verdoppeln, womit alleine für das Fahren in angetrunkenem Zustand eine Strafe von **120 Tagessätzen** Geldstrafe der Kammer als richtig erscheint.

Wie bereits oben erwähnt, ist aber auch das Ausrasten des Angeschuldigten mit seiner erschreckenden Aggressivität, was zum Schuldspruch der einfachen Körperverletzung und der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte führte, alles andere als harmlos, zumal dies ein immer wiederkehrendes Verhaltensmuster von B. zu sein scheint. Dafür gehört ihm unter Berücksichtigung einerseits des Rückfalls als deutlich strafferhöhendes Element und andererseits der verminderten Schuldfähigkeit gem. Art. 19 Abs. 2 StGB im Sinne einer leichten Strafmilderung gemäss Art. 48a StGB zusätzlich eine Strafe von 60 Tagessätzen, was zusammen im Rahmen einer Asperation gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB nach Ansicht der Kammer ein Strafmass von **180 Tagessätzen**

ergibt. (Was einer Verurteilung zu 6 Monaten Freiheitsstrafe gleichkommen würde, d.h. die Strafzumessung der Vorinstanz wird um 2 Monate nach oben korrigiert).

g) Strafart

(...)

2. Die Kammer (Geld- oder Freiheitsstrafe)

Eines der Hauptanliegen der Revision 2002 war die Zurückdrängung vollziehbarer, vor allem kurzer Freiheitsstrafen. Dazu war nötig, im unteren Bereich der Kriminalität brauchbare Sanktionenalternativen zu schaffen, insbesondere durch Umgestaltung des Geldstrafenregimes, aber auch durch eine Arbeitsstrafe in Gestalt der Anordnung gemeinnütziger Arbeit, im Übrigen aber den Spielraum für Verurteilungen mit bedingtem Vollzug zu erweitern. (...). Das Gesetz kennt nur noch Hauptstrafen: Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit und Freiheitsstrafe. Nebenstrafen gibt es nicht mehr. Auch die Unterscheidung mehrerer Arten von Freiheitsstrafen (Zuchthaus, Gefängnis, Haft) ist fortgefallen, ersetzt durch den einheitlichen Begriff der Freiheitsstrafe (vgl. Günter STRATENWERTH, Wolfgang WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Stämpfli Verlag AG Bern, S. 142).

Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten dürfen nach geltendem Recht nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 41 StGB verhängt werden. Im Regelfall ist stattdessen auf eine Geldstrafe oder auf gemeinnützige Arbeit zu erkennen. Die Lehre geht davon aus, eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit sei stets milder als eine Freiheitsstrafe (RIKLIN, AJP 2006, S. 1473, vgl. dazu Christof RIEDO, Dr. iur. lic. phil., Fürsprecher, Die lex mitior: Balsam für den Täter - Drangsal für die Strafbehörden, Heft 29, Sommer 2007, S. 59).

Vorab stellte sich die Frage, ob eine Freiheitsstrafe angeordnet werden müsste, weil zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann (vgl. Art. 41 StGB). Nach Ansicht der Kammer ist B. jedoch kein Fall eines sozial und beruflich desintegrierten Angeschuldigten (vgl. A. B., SK 2007/96), von welchem zum vorneherein zu erwarten ist, dass er nicht bezahlen können wird.

Aus dem Erhebungsformular „wirtschaftliche Verhältnisse“ der Kantonspolizei vom 3. Oktober 2007 geht hervor, dass der Angeschuldigte seit März 2007 bei der Firma G. zu einem Nettoeinkommen von Fr. 3'790.-- monatlich (inkl. 13. Monatslohn) angestellt ist.

Weiter sind die anlässlich der oberinstanzlichen Verhandlung zu den Akten erkannten guten Arbeitszeugnisse der Schweizer Armee vom 2. März 2007 und des jetzigen Arbeitgebers, der Firma G., vom 15. August 2007 (pag. 184/185) zu berücksichtigen. Es besteht zwar keine Sicherheit, dass die Geldstrafe vollzogen werden kann. Der Angeschuldigte hat zurzeit eine Verdienstpfindung (pag. 157, Auszug aus dem Betreibungsregister), trotzdem soll er gemäss Anwalt über eine freie Quote von etwa Fr. 1'500.-- im Monat verfügen, weshalb nicht ausgeschlossen werden kann dass die Verlustscheingläubiger erneut pfänden. Der Vollzug einer Geldstrafe ist somit ungewiss. Weil aber – wie oben zitiert – eine Freiheitsstrafe immer als strenger als eine Geldstrafe zu bewerten ist, das Subsidiaritätsprinzip den Vorzug der milderen vor der strengeren Sanktion gebietet und zudem Anhaltspunkte bestehen (Arbeitsvertrag, genug Lohn, allein stehend), dass B.– auch unter dem Druck der drohenden Ersatzfreiheitsstrafe – eine Geldstrafe bezahlt, ist er zu einer Geldstrafe zu verurteilen. Ohne Einfluss für den Entscheid betreffend Strafart ist die Tatsache, dass der Angeschuldigte dem Geschädigten die vereinbarte Genugtuungssumme von 3 x Fr. 500.-- noch nicht bezahlt hat. Das ist zwar unschön und wirft ein schiefes Licht auf den Angeschuldigten, doch darf daraus nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass er nicht zahlen kann. Dieser Umstand dürfte vielmehr so zu deuten sein, dass B. nicht motiviert ist, zu zahlen, weil er nach wie vor der Meinung ist, F. habe die Eskalation ausgelöst oder aber zumindest dazu beigetragen.

(...)

V. Unbedingter Strafvollzug

1. Der Vollzug einer Geldstrafe (...) wird in der Regel aufgeschoben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

Materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzuges ist damit in Umkehrung des bis Ende 2006 geltenden 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).

2. Die Kammer schliesst sich den Erwägungen der Vorinstanz bezüglich objektiver und subjektiver Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges vollumfänglich an (pag. 130 f). Die zahlreichen Vorstrafen des Angeschuldigten in demselben Bereich (vgl. Strafregisterauszug pag. 15f) sowie das Verhalten nach der Tat und im Verfahren (noch keine Rate der vereinbarten Genugtuungszahlungen an F. wurde beglichen) lassen nur eine ungünstige Prognose zu.

Die Kammer kommt also auch unter dem Licht der neuen gesetzlichen Regelungen zum Schluss, dass der Strafvollzug nicht aufgeschoben werden kann.

VI. Widerruf

1. Allgemeines zum Widerruf

Gemäss den Schlussbestimmungen Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist Art. 46 StGB auf den Widerruf des bedingten Strafvollzugs, der nach bisherigem Recht angeordnet wurde, anwendbar. Nach Art. 46 StGB hat das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe zu widerrufen, falls 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 eine Gesamtstrafe zu bilden.

2. Im vorliegenden Fall

Mit Urteil der Bezirksanwaltschaft A-4 Zürich vom 13. August 2001 wurde B. wegen Fahren in angetrunkenem Zustand schuldig erklärt und zu 3 Monaten Gefängnis unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von 4 Jahren verurteilt. Diese Probezeit wurde mit Urteil des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli vom 5. April 2004 um 1 Jahr verlängert, d.h. bis am 13. August 2006. Die hier zu beurteilende Tat vom 4. August 2006 fällt demnach gerade noch in die Probezeit. Die erste Voraussetzung gem. Art. 46 StGB, die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit, ist somit gegeben. Es stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob deshalb zu erwarten ist, dass B. weitere Straftaten verüben wird.

(...)

Die Kammer schliesst sich den Überlegungen der Vorinstanz vollumfänglich an. In Anbetracht der einschlägigen Vorstrafen sowie der fehlenden Einsicht und Reue ist nach Ansicht der Kammer zu erwarten, dass der Angeschuldigte weitere Straftaten begehen wird.

3. **Fazit**

Dies hat zur Folge, dass der bedingte Strafvollzug widerrufen wird. Dies wurde im Übrigen von der Verteidigung auch beantragt. Es drängt sich bei dieser Sachlage auf, die Sanktionsart für die zu widerrufende Strafe dem Haupturteil anzupassen. Die Gefängnisstrafe von 3 Monaten ist deshalb in eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen mit gleichem Tagessatz wie bei der Hauptstrafe umzuwandeln. Die Gesamtstrafe beläuft sich somit auf 270 Tagessätzen zu Fr. 60.-- (total Fr. 16'200.--).

(...)