

SK-Nr. 2007/356

Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Zihlmann (Präsident i.V.), Oberrichter Weber und Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiberin D'Angelo

vom 15. November 2007 in der Strafsache gegen

F.

amtlich vertreten durch Fürsprecher D.

Regeste

Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der bedingte Strafvollzug nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Diese Voraussetzung gilt ebenso für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs. Besonders günstige Umstände lagen in casu nicht vor. Demgegenüber bestand in Anwendung der Mischrechnungspraxis nach altem Recht die Möglichkeit des bedingten Vollzugs. Das neue Recht erwies sich somit nicht als lex mitior, ergo kam das alte Recht zur Anwendung.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Der Angeschuldigte war erstinstanzlich wegen mehrfacher und mengenmässig qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG durch Handel mit 263 g Heroingemisch und 276 g Kokaingemisch, Hausfriedensbruchs sowie geringfügigen Diebstahls schuldig erklärt und zu einer Gesamtstrafe von 32 Monaten verurteilt worden. Zufolge beschränkter Appellation des Angeschuldigten war in oberer Instanz nur noch über die Strafzumessung zu befinden unter Beachtung des Verbots der reformatio in peius, sowie über den Widerruf des bedingten Vollzuges für früher ausgesprochene Gefängnisstrafen von 2 und 10 Monaten.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II.

Strafzumessung

(...)

2. 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. Ob das neue Recht 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 wegkommt (DONATSCH ANDREAS, 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 (BSK StGB-I, POPP, Art. 2 StGB N 11 mit weiteren Hinweisen).

Das Vorgehen nach der konkreten Methode macht es grundsätzlich erforderlich, dass die urteilenden Gerichte je zwei vollständige Strafzumessungen nach altem und nach neuem Recht vorzunehmen haben, um dann im Vergleich der Ergebnisse feststellen zu können, ob das alte oder eben das neue als das mildere anzuwenden ist. (...)

Die Vorinstanz hat neues Recht angewendet, weil dieses mit der Möglichkeit der Gewährung eines teilbedingten Vollzugs für Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren als milder erachtet wurde. Es sei hier unter Verweis auf die nachfolgenden Ausführungen vorweggenommen, dass die Kammer diese Auffassung nicht teilt.

(...)

5.4 Verschulden und Strafmass

(...)

Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsfaktoren kommt die Kammer - auch mit Blick auf andere vergleichbare Fälle (z.B. Urteil der 1. Strafkammer vom

22. Februar 2007 i.S. Ch.; SK 250/2006) - zum Schluss, dass für die mengenmässig qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG, den geringfügigen Diebstahl und den am 22. November 2006 begangenen Hausfriedensbruch nach neuem wie nach altem Recht eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten und 20 Tagen teilweise als Zusatzstrafe zu den Urteilen des Untersuchungsrichteramtes III Bern-Mittelland vom 22. Februar 2005, der Gerichtspräsidentin 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 26. Mai 2005 und des Gerichtspräsidenten 18 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 15. März 2006, dem Verschulden von F. angemessen ist.

(...)

5.5 Widerruf

Bei F. hat sich an der Grundproblematik der Suchterkrankung und der damit verbundenen Randständigkeit nichts geändert. Die Legalprognose muss deshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als schlecht bezeichnet werden. Der mit Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 4. Juli 2002 gewährte bedingte Strafvollzug für die Strafe von 10 Monaten Gefängnis und der mit Urteil der Gerichtspräsidentin 16 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 26. Mai 2005 für die Strafe von 2 Monaten Gefängnis gewährte bedingte Strafvollzug wird deshalb widerrufen.

5.6 Frage der teilbedingten Gesamtstrafe

Die Vorinstanz hat eine Gesamtstrafe von 32 Monaten Freiheitsstrafe ausgefällt mit Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs nach Art. 43 StGB. (...)

Bei der Mischrechnung geht es gerade nicht darum, den grundsätzlich möglichen Vollbedingten auf einen Teilbedingten wegen der retrospektiven Verschuldenskorrektur zu reduzieren (vgl. zum Ganzen Urteil der 1. Strafkammer vom 4. Oktober 2007 i.S. K.; SK Nr. 2007/309, publiziert auf der Homepage des Obergerichts des Kantons Bern).

Nach Auffassung der Kammer ist in der Konstellation, in welcher bei der Frage des Widerrufs die Mischrechnungspraxis zur Anwendung kommen soll, keine Gesamtstrafe auszusprechen. (...)

Umgesetzt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass bei F. auf eine Gesamtstrafe zu verzichten ist, weil diese ansonsten aufgrund der generell schlechten Legalprognose vollumfänglich unbedingt ausgefällt werden müsste. Die Vermengung von Mischrechnung und teilbedingtem Vollzug ist nicht zulässig.

5.7 Frage des bedingten Strafvollzugs

Gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs 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. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2).

Nach Art. 42 Abs. 2 StGB ist für den Angeschuldigten ein bedingter Strafvollzug und - weil für den teilbedingten Vollzug die gleichen Voraussetzungen gelten - auch ein teilbedingter Vollzug nicht möglich. F. wurde am 4. Juli 2002 (d.h. weniger als ein halbes Jahr resp. rund ein Jahr vor der neuerlichen Delinquenz) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 10 Monaten verurteilt. Es wären somit besonders günstige Umstände für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs erforderlich, von welchen vorliegend nicht die Rede sein kann. Die Vorinstanz hat in diesem Sinne den bedingten Strafvollzug als nicht möglich erachtet, ging dann aber fälschlicherweise davon aus, dass diese Voraussetzung für den teilbedingten Vollzug nicht gelte.

Zu prüfen bleibt, ob der bedingte Strafvollzug nach Art. 41 aStGB möglich ist. Die formellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs sind vorliegend erfüllt, nachdem der Angeschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten verurteilt wird: 15 Monate und 20 Tage als Zusatzurteil u.a. zu demjenigen des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 26. Mai 2005 mit 2 Monaten Gefängnisstrafe. Materiell ist eine günstige Prognose nötig. Diese muss den Schluss erlauben, der Verurteilte werde sich dauernd, nicht nur während der Probezeit, bewähren, und das in allen Deliktsbereichen. Diese Aussicht muss sich zwar nicht zur Gewissheit verdichten, aber es darf sich auch nicht bloss um eine vage Hoffnung handeln, d.h. mit Bedenken darf der bedingte Strafvollzug nicht angeordnet werden (TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, N. 12 zu Art. 41).

Der Angeschuldigte weist die bekannten einschlägigen Vorstrafen auf, welche alle im Zusammenhang mit seiner Drogensucht stehen. Es fehlte ihm bislang am nötigen Antrieb, seine Krankheit aktiv anzugehen. Dies spricht gegen eine günstige Prognose. Es sind jedoch auch Elemente erkennbar, welche die Frage nach der Anwendung der "Mischrechnungspraxis" aufwerfen. Die sogenannte "Mischrechnungspraxis" (vgl. BGE

116 IV 97 ff.) geht davon aus, dass der erstmalige Vollzug einer Freiheitsstrafe eine so grosse Schock- und Warnungswirkung haben kann, dass davon eine dauernde Bewährung zu erwarten ist. Es spricht nach Ansicht der Kammer vieles dafür, die Mischrechnung vorliegend anzuwenden. Die bislang bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen erzielten nicht die gewünschte Warnungswirkung. Weil der Angeschuldigte bisher noch nie im Strafvollzug war, ist davon auszugehen, dass ihn die Verbüssung einer Freiheitsstrafe empfindlich treffen würde. Der Strafvollzug würde ihm die Chance bieten, über eine gewisse Zeit von den Drogen wegzukommen und einer geregelten Tagesstruktur nachzugehen. Der Angeschuldigte verfolgt laut seinen Aussagen in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (pag. 881 ff.) das Ziel, ein drogenfreies Leben zu führen und erwerbstätig zu sein. Der Strafvollzug könnte ihm den dazu nötigen Anstoss geben und gleichzeitig eine nachhaltige Denkwirkung entfalten. Die Kammer ist deshalb der Ansicht, dass der Angeschuldigte durch den Widerruf der beiden Vorstrafen und die damit zu verbüssende Freiheitsstrafe von insgesamt 12 Monaten eine nachhaltige Warnungswirkung erfährt und unter diesen Umständen begründete Aussicht für künftiges Wohlverhalten besteht. Es wird ihm deshalb der bedingte Strafvollzug für die ausgesprochene Zusatzstrafe von 15 Monaten und 20 Tagen gewährt. Damit erweist sich das neue Recht nicht als milder, weshalb das alte Recht auf die dieser Strafe zugrunde liegenden Delikte zur Anwendung kommt.

(...)