

SK-Nr. 2007/068

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Righetti (Präsident i.V.), Oberrichter Rätz und Oberrichter Cavin sowie Kammerschreiberin Alemayehu-Marti

vom 17. August 2007

in der Strafsache gegen

1. **G.**

vertreten durch Fürsprecher K.

2. **2. T.**

amtlich vertreten durch Fürsprecher S.

Angeschuldigte/Appellanten

wegen Widerhandlungen gegen das BetmG

Regeste

Neues Recht erwies sich vorliegend aufgrund der Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs bei Freiheitsstrafen von 36 Monaten als milder.

Bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und zwei Jahren kann die bekannte und in der Praxis anerkannte Warnwirkung eines (teilweisen) Strafvollzugs auch im Rahmen des teilbedingten Vollzugs berücksichtigt werden.

Auch ein vom Gesetz vorgeschriebener Teilvollzug kann grundsätzlich Warnwirkung haben und sich entsprechend spezialpräventiv auswirken. Bei Strafen (über zwei Jahren), die von Gesetzes wegen nicht vollständig bedingt erlassen werden können, wird man also diese Warnwirkung bei der Festsetzung der Dauer der zu vollziehenden Strafe nicht ignorieren können. Es werden also spezialpräventive Gesichtspunkte im Auge behalten werden müssen, die bei der Aufteilung der Strafe in den zu vollziehenden und aufzuschiebenden Teil je nach konkretem Fall mitberücksichtigt werden dürfen. In erster Linie gilt es aber bei Strafen über zwei Jahren – anders als bei Strafen, die auch vollständig bedingt ausgesprochen werden können – entsprechend der Vorgabe im Gesetz, dem Verschulden

des Täters genügend Rechnung zu tragen, d.h. generalpräventive Überlegungen zu berücksichtigen, wenn zu entscheiden ist, ob der zu vollziehende Strafteil eher beim gesetzlichen Minimum (6 Monate) oder Maximum (die Hälfte der Strafe) festzusetzen ist.

Im konkreten Fall wurden Freiheitsstrafen von 36 Monaten ausgefällt mit Gewährung des bedingten Strafvollzugs auf einem Teil von 24 bzw. 18 Monaten. Der zu vollziehende Teil von 12 resp. 18 Monaten war nach Anrechnung der Untersuchungshaft vollständig bzw. teilweise verbüsst.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Beide Angeeschuldigten wurden in erster Instanz der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG schuldig erklärt und verurteilt (G.) zu 3 Jahren und 2 Monaten bzw. (T.) zu 3 Jahren Zuchthaus unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 372 bzw. 142 Tagen. Infolge beschränkter Appellationen der Angeeschuldigten standen der Sanktionen- und Kostenpunkt, bei T. zusätzlich noch ein Teil der Schuldsprüche zur oberinstanzlichen Überprüfung unter Beachtung des Verschlechterungsverbots gemäss Art. 358 StrV.

Auszug aus den Erwägungen

I. FORMELLES

(...)

II. SACHVERHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG

(...)

5. Beweisergebnis

(...) Aus diesen Gründen ist das Beweisergebnis der Vorinstanz vollumfänglich zu bestätigen.

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

(...)

- Die mengenmässige Qualifikation ist unter anderem mit einer umgesetzten Menge von 405 g reinem Kokain evident. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist allein

entscheidend, dass der Täter gesamthaft eine Menge von Betäubungsmitteln umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.

- Der Angeschuldigte T. identifizierte sich mit den Zielen von K., G. sowie D.. Auch diesbezüglich hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass sich T. neben seinen Fahrdiensten, der Sorge um Hanfnachschub und den Geldtransporten, intensiv darum bemüht hat, die Geschäftsinteressen von K. – auch nach dessen Festnahme – selbständig zu vertreten. Gestützt darauf ist somit ohne Weiteres von einem Zusammenwirken der Beteiligten auszugehen, wonach eine blossе Gehilfenschaft verneint werden kann bzw. muss und die Kriterien der Bandenmässigkeit erfüllt sind.
- Schliesslich ist in Anbetracht der umgesetzten Menge Betäubungsmittel sowie der Häufigkeit der jeweiligen Verkäufe ohne Zweifel von Gewerbsmässigkeit auszugehen. Der Einfachheit halber kann hierzu ebenfalls auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

IV. STRAFZUMESSUNG

1. Strafraumen

Sowohl G. als auch T. haben sich der mengenmässig, gewerbsmässig und teilweise auch bandenmässig qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht. Beim Strafraumen ist bei beiden Angeschuldigten somit von Art. 19 Ziff. 2 BetmG auszugehen, wonach altrechtlich Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, womit eine Busse bis zu 1 Mio. Franken verbunden werden kann, und neurechtlich Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, angedroht wird.

Die Frage nach der lex mitior ist formal bzw. abstrakt nicht einfach zu beantworten. Insbesondere wäre fraglich, ob altes Recht milder wäre, weil die Busse auf Fr. 1 Mio. beschränkt werden könnte, wogegen die Geldstrafe nach neuem Recht theoretisch bis Fr. 1'080'000.00 festgesetzt werden könnte oder wäre doch neues Recht milder, da die Möglichkeit besteht diese Geldstrafe im Gegensatz zur Busse bedingt auszusprechen.

Doch zur Anwendung kommt die konkrete Methode, wonach zu prüfen ist, wie die Sanktion je nach angewendetem Recht ausfallen würde. Dabei ist vorweg festzustellen, dass eine zusätzliche pekuniäre Strafe hier nicht zur Diskussion steht (und wegen des rip-Verbots im Übrigen auch nicht ausgesprochen werden könnte). Das würde an sich bedeuten, dass kein Unterschied zwischen altem und neuem Recht besteht (beide verlangen eine Gefängnis- bzw. Freiheitsstrafe ab einem Jahr), womit das zum Tatzeitpunkt geltende, also das alte Recht grundsätzlich anwendbar wäre (Art. 2 Abs. 2

StGB). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die neurechtlichen Freiheitsstrafen bis zwei Jahre bedingt bzw. bis drei Jahre teilbedingt ausgesprochen werden können. Sofern schuldangemessene Strafen innerhalb dieses Bereichs zu liegen kommen – was im vorliegenden Fall (aufgrund des zu beachtenden rip-Verbots) jedenfalls beim Angeschuldigten T. a priori der Fall sein wird – könnte die Anwendung des neuen Rechts zu einer im Ergebnis (wozu nahe liegend auch die Gewährung des bedingten Vollzugs für nominal gleiche d.h. gleich lange Strafen) milderen Sanktion führen.

2. Tat- und Täterkomponenten

A) G.

Die Vorinstanz hat die nach Gesetz und Praxis zu beachtenden Strafzumessungskriterien vollständig eingebracht, weshalb im Wesentlichen auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (S. 25 ff = pag. 5501 ff). Gemäss der theoretischen Umrechnungsbasis nach dem Modell von Thomas Hansjakob, St. Gallen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 115, Seite 241 ff, errechnet sich bei einer reinen Menge Kokain von 210 g eine Einsatzstrafe von 27 Monaten. Zusätzlich hat G. noch ca. 24 kg Hanfblüten verkauft sowie Anstalten getroffen zum Verkauf von umgerechnet 150 g reinem Kokain. Nach entsprechender Erhöhung ging die Vorinstanz zu Recht von einer Einsatzstrafe von 42 Monaten aus.

Insgesamt spielte G. bei den fraglichen Drogengeschäften sicherlich eine untergeordnete Rolle und zeigte dabei keine besonders grosse kriminelle Energie. Trotzdem ist das Ausmass des verschuldeten Erfolgs mit einer Menge von 210 g reinem Kokain als nicht gering einzustufen. Im Rahmen der Abwicklung der Drogengeschäfte im Team mit K. war der Tatbeitrag von G. nicht entscheidend, aber auch keineswegs vernachlässigbar, zumal sich G. als Chauffeur immer zur Verfügung hielt. Die Motivation muss aber als eindeutig finanziell bezeichnet werden, womit klarer Vorsatz zu bejahen ist.

Insbesondere positiv ins Gewicht fällt bei G. jedoch seine Entwicklung. Zum einen weist G. keinerlei Vorstrafen auf und ist gut in der Schweiz integriert. Seit beinahe zweieinhalb Jahren hat G. eine Festanstellung (...). Zum anderen ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass G. die Schuldsprüche akzeptiert hat, was zwar keinem vollumfänglichen Geständnis gleich kommt, jedoch zu seinen Gunsten berücksichtigt werden sollte, zumal er damit immerhin zeigt, dass er das Unrecht seiner Taten und seines Verhaltens eingesehen hat.

Unter korrekter Berücksichtigung aller relevanter Gesichtspunkte erachtet die Kammer in Übereinstimmung mit dem a.o. Generalprokurator (pag. 5557) - auch im Quervergleich zum Angeschuldigten T. - das durch die Vorinstanz festgesetzte Strafmass von 38 Monaten als an sich gerechtfertigt, wobei sich nach Auffassung der Kammer eine leichte Reduktion - insbesondere aufgrund der ausserordentlich guten Entwicklung des Angeschuldigten sowie der Akzeptanz der Schuldsprüche – auf 36 Monate aufdrängt und als dem Verschulden angemessen erscheint.

B) T.

Auch in Bezug auf den Angeschuldigten T. kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (S. 23 f = pag. 5497 f). Bei ihm ist bei einer reinen Menge Kokain von 405 g von einer Einsatzstrafe von 34 Monaten auszugehen. Zudem hat T. noch ca. 36 kg Hanfblüten verkauft, womit schliesslich unter Berücksichtigung von Art. 49 StGB von einer Einsatzstrafe von 40 Monaten auszugehen ist.

Bezüglich der objektiven Tatschwere zeigt sich bei T. ein ähnliches Bild wie bei G.. Das Ausmass des verschuldeten Erfolgs ist bei genannter Menge als erheblich zu bezeichnen, wobei aber auch T. - der eine untergeordnete Rolle eingenommen hat - keine besonders grosse kriminelle Energie anwendete.

Im Gegensatz zu G. zeigt sich die Beurteilung der Täterkomponenten in Bezug auf den Angeschuldigten T. als wesentlich schwieriger. Eine Vorstrafe ist bei ihm lediglich aufgrund eines SVG-Delikts vorhanden. An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung war T. nicht zugegen. Sein momentaner Aufenthalt ist – selbst seiner Verteidigung (pag. 5325) – nicht bekannt, was zum Umstand passt, dass sich T. bereits zur erstinstanzlichen Verhandlung „entschuldigen“ liess. Damit ist es leider nicht möglich, seine derzeitige Entwicklung in die Beurteilung mit ein zu beziehen. Insgesamt erachtet die Kammer aber die durch die Vorinstanz zugemessene und nachvollziehbar begründete Strafe von 36 Monaten als dem Verschulden angemessen.

3. Strafmass

Somit ergeben sich für beide Angeschuldigten eine Freiheitsstrafe von je 36 Monaten bzw. drei Jahren. (...)

Die bereits erstandene Untersuchungshaft von G. (372 Tage) und T. (142 Tage) sind in Anwendung von Art. 51 StGB an die ausgesprochene Freiheitsstrafe anzurechnen.

Nachfolgend bleibt mithin zu überprüfen, ob in Anbetracht der Freiheitsstrafen von je 3 Jahren ein teilbedingter Strafvollzug zu gewähren ist.

4. Teilbedingter Strafvollzug

A) Vorbemerkung

Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB ist der teilbedingte Strafvollzug anzuordnen „wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen“. Das Verhältnis zwischen Art. 43 und Art. 42 StGB (dem vollständig bedingten Strafvollzug) ist, jedenfalls bei Freiheitsstrafen¹ bis zwei Jahren, jenes einer Ausnahme zur Regel. Dieser Grundsatz gilt ungeachtet des Umstandes, dass bei den Strafen zwischen 6 und 12 Monaten nicht beide Arten von Aufschub möglich sind; denn dieser Umstand ist nichts anderes als eine zufällige und unbedachte Folge eines insbesondere bei der Frage der kurzen Freiheitsstrafe bisweilen chaotischen Gesetzgebungsprozesses². Darum können, ja müssen für den teilbedingten und den vollständig bedingten Vollzug in Bezug auf die Legalprognose grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen gelten (so auch G. Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, S. 111 f in Bänziger/Hubschmid/Sollberger (Hrsg), Zur Revision des aT StGB und zum neuen materiellen Jugendrecht, 2. Auflage Stämpfli 2006), d.h. auch die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs setzt, analog zu Art. 42 Abs. 1 StGB, das Regelerfordernis des Fehlens einer negativen Prognose voraus³.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Verhältnis von Art. 43 StGB zum Grundsatz von Art. 47 StGB, wonach die Sanktion dem Verschulden des Täters entsprechen muss. Auch die Lehre hat bisher v.a. auf das Widersprüchliche in diesen beiden Bestimmungen hingewiesen. Überzeugende Lösungen sind offensichtlich nicht gefunden worden. Nicht einmal „irgendwelche gefühlsmässig begründete Tarife“

¹ Diese wie auch die folgenden Überlegungen beziehen sich auf Freiheitsstrafen. Nur bei diesen war der sursis partiell ursprünglich vorgesehen. Die Ausweitung auf alle weiteren Sanktionen (ausg. Bussen) wird denn auch in den bisherigen Kommentaren ziemlich unisono als ein gesetzgeberischer Missgriff bezeichnet (Hansjakob/Schmitt/Sollberger, Textausgabe StGB, 2. Auflage, S. 39; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, allg. Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Stämpfli, 2006, N. 50 zu § 5).

² Der Gesetzgeber glaubte den teilbedingten Vollzug für Freiheitsstrafen unter einem Jahr wegen des Postulats nach Abschaffung der kurzfristigen Freiheitsstrafe nicht zulassen zu können. Ein offensichtlich wenig überlegter Entscheid (Stratenwerth, Das neue Recht – eine Herausforderung an die Praxis. Hinweise auf ungelöste Fragen, S. 297 ff in „Revision des aT StGB“, Schriften der Stiftung WB für schweizerische Richterinnen und Richter, Stämpfli 2007).

³ Im Vorentwurf bzw. Botschaft war für die teilbedingte Strafe eine gegenüber der bedingten Strafe leicht modifizierte Voraussetzungsregelung über die Prognose ausdrücklich vorgesehen (Art. 43 Abs. 4 StGB gemäss Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, 98.038), und es fehlte das Element des besonderen Verschuldens. Dass man in der Folge als Voraussetzung die Prognose ersatzlos durch das Verschulden hätte austauschen sollen, ergibt sich aus den zugänglichen Materialien jedenfalls nicht.

(Stratenwerth, a.a.O., N. 50 f zu §5; Stratenwerth/Wohlers, Handkommentar zum StGB, Stämpfli 2007, N. 2 zu Art. 43) stehen bis heute der Rechtspraxis zur Verfügung. Tatsächlich ist es logisch schwer begründbar, dass bzw. warum welcher Teil einer ausgefallten Strafe auch noch vollzogen werden muss, damit diese dem Verschulden des Täters genügend Rechnung trägt. Denn ist die Strafe korrekt bemessen worden (Art. 47 StGB), entspricht sie tel quel bereits dem Verschulden des Täters und es bleibt kein Raum, um dem Verschulden im Rahmen von Art. 43 StGB noch in irgendeiner Form Rechnung zu tragen. Besteht hingegen ein entsprechender Spielraum, folgt daraus, dass die Strafe nicht dem Verschulden entsprechend zugemessen worden ist.

Ein gangbarer und im Ergebnis jedenfalls der ratio legis des Gesetzes nicht widersprechender Weg aus diesem Dilemma wäre auf der Grundlage des sogenannten „korrigierenden Verschuldenselements“ zu begründen, das – wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift in der Tat vermuten lässt – der Bestimmung von Art. 43 StGB innewohnt und darum bei deren Anwendung zum Ausdruck kommen sollte (Greiner, a.a.O., S. 113 f). Danach wäre der bedingte Teil der Strafe spezialpräventiv auf die Zukunft ausgerichtet und der unbedingte auf Generalprävention und Vergeltung angelegt. Dem Teilvollzug käme gewissermassen die Aufgabe zu, die Bewährungsaussicht für den aufgeschobenen Teil zu erhöhen. Die Strafe wäre demnach, unter Beachtung dieser Wechselwirkung, in dem Ausmass als vollziehbar zu erklären, als eine vollständig bedingte Strafe nicht möglich und eine vollständig unbedingte dem Verschulden des Täters nicht gerecht würde.

Die hier angesprochene „Warnwirkung“⁴, die von der Erfahrung eines Freiheitsentzuges (Strafvollzug, aber auch Untersuchungshaft; vgl. dazu BGE 117 IV 91, 123 IV 107) im Regelfall ausgeht, ist nicht neu. Gemäss langjähriger Praxis war sie dort zu berücksichtigen, wo wegen Probezeitdelikten eine Hauptstrafe zum Widerruf einer bedingten Strafe führte. Die in einem solchen Fall zu treffende Entscheidung ist insofern vergleichbar mit der Bestimmung eines teilbedingten Vollzugs, als im Grundsatz gleiche Fragen zu beantworten sind.

Nun hat freilich das neue Recht nicht nur die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs gebracht. Es hat auch bei der Gewährung des (voll)bedingten Vollzugs eine wesentliche Änderung gegeben. Diese besteht weniger in der zeitlichen Erweiterung der Voraussetzung als vielmehr in einem Paradigmawechsel was die gute Legalprognose betrifft. Es braucht keine Gründe mehr, welche die gute Prognose nachweisen, diese wird neu von Gesetzes wegen vermutet. Die Gewährung des bedingten Vollzugs ist damit seit dem 01.01.2007 praktisch (sofern die Strafe innerhalb der Limite von zwei

⁴ so auch etwa Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar StGB, Ausgabe 2006, S. 112; Berücksichtigung der Warnwirkung (d.h. des Denkkzettels) des unbedingt zu vollziehenden Teils.

Jahren liegt) voraussetzungslos möglich. Nur wenn besondere Umstände eine unbedingte Strafe als notwendig erscheinen lassen, oder wenn die in Art. 42 Abs. 2 StGB umschriebenen Gründe nachgewiesen sind, entfällt der Automatismus des bedingten Vollzugs. Auch im letzteren Fall bleibt aber der bedingte Vollzug möglich, sofern die gute Prognose positiv nachgewiesen ist.

Dieser Paradigmawechsel hat zur Konsequenz, dass die Warnwirkung ihre Bedeutung als wesentliches, der Begründung einer günstigen Legalprognose dienendes Argument insoweit verloren hat, als neu im Normalfall eine gute Prognose vermutet wird, es also dazu keiner besonderen Voraussetzungen bedarf. Dies führt unweigerlich zur Frage, ob die neue, die gute Legalprognose vermutende Konzeption des Gesetzes überhaupt kompatibel ist mit einer Doppelfunktion des teilbedingten Strafvollzugs, die gemäss vorstehender Darlegungen den zu vollziehenden Teil der Strafe unter dem Gesichtspunkt der Erhöhung der Bewährungsaussicht bestimmen will. Denn auch für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs gilt die Vermutung der guten Legalprognose. Etwas anderes wäre in Anbetracht der engen Verbindung von Art. 42 und 43 StGB schwerlich zu begründen. Ausserdem fehlt in Art. 43 StGB jeder Hinweis auf eigenständige, insbesondere gegenüber Art. 42 StGB erschwerte Anforderungen betreffend Bewährungsaussichten⁵. Just diese enge Verbindung zwischen teilbedingtem und vollständig bedingtem Vollzug erlaubt nun, die vorstehende Frage nach der Kompatibilität zu bejahen. Jedenfalls im Bereich, in dem sich Art. 42 und 43 StGB überschneiden, ist es keineswegs widersprüchlich, den Teilvollzug unter dem Gesichtspunkt der Erhöhung der Bewährungsaussicht für den aufgeschobenen Teil zu prüfen und zeitlich entsprechend festzusetzen. Der Umstand, dass dem Teilvollzug bzw. der daraus resultierenden Warnwirkung gleichsam unter umgekehrten Vorzeichen Bedeutung zukommt, d.h. nicht mehr der Begründung einer guten Prognose, sondern der Widerlegung bzw. Beseitigung einer negativen Prognose dient, entspricht letztlich genau dem neuen Konzept. Denn wenn die Umstände eher eine unbedingte Strafe als notwendig erscheinen lassen (Art. 42 Abs. 1 StGB) oder wenn Vorstrafen im Grenzbereich von Art. 42 Abs. 2 StGB bestehen, ist es ohne weiteres denkbar, dass die Warnwirkung einer (teilweise) vollzogenen Strafe doch noch die für den bedingten Aufschub der Strafe notwendigen Voraussetzungen schaffen wird. Je nach Dauer des zu vollziehenden Strafteils lässt sich auch die Warnwirkung der Vollzugserfahrung

⁵ Soweit ersichtlich geht auch die bisher veröffentlichte Lehrmeinung von dieser grundsätzlichen Übereinstimmung von Art. 42 und Art. 43 StGB aus / ebenfalls die Praxis (vgl. Urteil der III. Strafkammer in SK 379/2006).

beeinflussen und den im konkreten Fall notwendigen Bedürfnissen anpassen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und zwei Jahren die bekannte und in der Praxis anerkannte Warnwirkung eines (teilweisen) Strafvollzugs auch im Rahmen des teilbedingten Vollzugs berücksichtigt werden kann. Wird bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und zwei Jahren von der Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs im Regelfall im vorstehenden Sinn Gebrauch gemacht – also grundsätzlich von der Bestimmung Art. 42 StGB ausgegangen – wird die Einführung des teilbedingten Vollzugs auch nicht zur befürchteten Verschärfung des Strafniveaus führen⁶.

Bei Strafen über zwei Jahren (bis drei Jahre) erhält der teilbedingte Vollzug insofern eine neue, selbständige Bedeutung, als es in diesem Bereich keine Überschneidungen mit Art. 42 StGB mehr gibt. Die vorstehenden Überlegungen beruhen auf der Grundlage einer vollumfänglich bedingt möglichen Strafe. Obschon auch der teilbedingte Vollzug vom grundsätzlichen Erfordernis der guten Prognose abhängig ist (welche, gleich wie bei der Frage der Gewährung des vollständig bedingten Vollzugs, grundsätzlich vermutet wird), ist der teilbedingte Vollzug stets mit einem effektiven Strafvollzug (von wenigstens 6 Monaten) verbunden. Auch eine verurteilte Person mit besten Bewährungsaussichten – selbst wenn also jegliche Hinweise auf eine schlechte Legalprognose fehlen und dementsprechend nicht das geringste Bedürfnis nach einer die gute Prognose stützenden Warnwirkung eines Strafvollzugs besteht – wird um einen Strafvollzug nicht herumkommen. Darin zeigt sich eine verstärkte Gewichtung des vergeltenden Moments der Strafe. Dies kann wiederum als Hinweis genommen werden, dass auch der zu vollziehende Teil der Strafe weniger unter dem Gesichtspunkt der davon erwarteten Warnwirkung zu prüfen und festzusetzen ist und vielmehr das Kriterium der verschuldensangemessenen Sanktion im Vordergrund zu stehen hat. Die Warnwirkung darf freilich nicht gänzlich ausgeblendet werden; denn die Wirkung eines Strafvollzugs entsteht letztlich unabhängig vom Grund, warum dieser angeordnet worden ist. Auch ein vom Gesetz vorgeschriebener Teilvollzug kann grundsätzlich Warnwirkung haben und sich entsprechend spezialpräventiv auswirken. Bei Strafen (über zwei Jahren), die von Gesetzes wegen nicht vollständig bedingt erlassen werden können, wird man also diese Warnwirkung bei der Festsetzung der Dauer der zu vollziehenden Strafe nicht ignorieren können. Es werden also spezialpräventive Gesichtspunkte im Auge behalten werden müssen, die bei der Aufteilung der Strafe in den zu vollziehenden und aufzuschiebenden Teil je nach konkretem Fall

⁶ Bommer, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, S. 41 in „Revision des aT StGB“, a.a.O.; Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, S. 92 in „Revision des aT StGB“, a.a.O., ZH/SG 2006.

mitberücksichtigt werden dürfen. In erster Linie gilt es aber bei Strafen über zwei Jahren – anders als bei Strafe, die auch vollständig bedingt ausgesprochen werden können – entsprechend der Vorgabe im Gesetz, dem „Verschulden des Täters genügend Rechnung [zu] tragen“, generalpräventive Überlegungen zu berücksichtigen, wenn zu entscheiden ist, ob der zu vollziehende Strafteil eher beim gesetzlichen Minimum (6 Monate) oder Maximum (die Hälfte der Strafe) festzusetzen ist.

B) G.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden allgemeinen Überlegungen zum teilbedingten Vollzug besteht für G. angesichts der guten Legalprognose grundsätzlich ein Anspruch auf Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs. Dies aus den folgenden Gründen:

Bei einer verschuldensangemessenen Sanktion von 3 Jahren kann der teilbedingte Vollzug grundsätzlich gewährt werden. Es stellt sich mithin die Frage nach der Höhe der auszusprechenden Teilstrafen. Wie bereits ausgeführt, ist aufgrund der Akten seit der erstinstanzlichen Beurteilung von einer positiv verlaufenen Entwicklung von G. auszugehen. Seit 01.05.2005 arbeitet G. – zu voller Zufriedenheit seines Arbeitgebers - und scheint auch sonst sozial integriert (pag. 5521 ff). Geht man von den aktuellen persönlichen Verhältnissen aus, wird offenkundig, dass G.s zukünftige Entwicklung durch einen Strafvollzug eher behindert als gefördert würde. Weiter ist zu berücksichtigen, dass ihm mit 372 Tagen rund 1 Jahr Untersuchungshaft anzurechnen ist. Damit hat er bereits mehr verbüsst, als die bei einem teilbedingten Vollzug zwingend zu verbüssenden 6 Monate und es besteht die Möglichkeit, dass G. überhaupt keine Strafe mehr verbüssen müsste. Damit müsste der Angeschuldigte auch nicht vorübergehend sein günstiges soziales Umfeld aufgeben, um den Pflichtteil der Strafe gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB zu verbüssen. Eine teilbedingte Strafe ist somit so auszugestalten, dass möglichst gute Voraussetzungen geschaffen werden im Hinblick auf eine weiterführende Legalbewährung.

Es rechtfertigt sich somit, G. - insbesondere unter spezialpräventiven Überlegungen sowie angesichts seiner Vorstrafenlosigkeit - für eine Teilstrafe von 24 Monaten den bedingten Vollzug zu gewähren, bei einer Probezeit von zwei Jahren, damit der zu vollziehende Teil von 12 Monaten mit der Dauer der Untersuchungshaft verbüsst ist.

C) T.

Auch bei T. befinden wir uns mit einer verschuldensangemessenen Sanktion von 3 Jahren im Anwendungsbereich von Art. 43 StGB, womit T., bei dem eine schlechte

Legalprognose nicht zu begründen ist, grundsätzlich einen Anspruch auf Gewährung des teilbedingten Vollzugs hat.

Im Gegensatz zu G. zeigt sich hier aber dahingehend ein anderes Bild, als T. - auch bei Anrechnung der bereits erstandenen Untersuchungshaft von 142 Tagen - auf jeden Fall noch einen Teil der Strafe zu verbüssen hat, zumal gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB der zwingend zu vollziehende Teil mindestens 6 Monate betragen muss. In Bezug auf die Entwicklung des Angeschuldigten sowie sein soziales Umfeld ist leider nichts aktenkundig. Dies kann sich somit weder positiv noch negativ auf die Beurteilung der Höhe der zu vollziehenden Teilstrafe auswirken. Eine unterschiedliche Behandlung von T. und G. rechtfertigt sich nach Auffassung der Kammer aber angesichts der aktenkundig sehr positiven Entwicklung von G. aus spezialpräventiven Gründen. Demnach erachtet die Kammer eine teilbedingte Strafe von 18 Monaten für T. - bei einer Probezeit von zwei Jahren - als angemessen.

5. Somit ist G. unter Berücksichtigung der soeben gemachten Ausführungen für die Freiheitsstrafe von 3 Jahren für eine Teilstrafe 24 Monaten der bedingte Strafvollzug zu gewähren, unter Anordnung einer Probezeit von zwei Jahren. Die bereits erstandene Untersuchungshaft von 372 Tagen wird auf die zu vollziehende Teilstrafe von 12 Monaten angerechnet.

T. wird in Bezug auf seine Freiheitsstrafe von 3 Jahren für eine Teilstrafe von 18 Monaten der bedingte Strafvollzug gewährt, ebenfalls bei einer Probezeit von zwei Jahren. Dabei bleibt eine Teilstrafe von 18 Monaten bestehen, welche zu vollziehen ist, wobei die erstandene Untersuchungshaft von 142 Tagen anzurechnen ist.

Demnach kann bei diesem Ausgang des Verfahrens festgehalten werden, dass neues Recht aufgrund der Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs vorliegend milder ist und somit zur Anwendung kommen muss (vgl. dazu Erw. IV 1 oben).

V. VERFAHRENSKOSTEN UND ENTSCHÄDIGUNG

VI. HONORAR DER AMTLICHEN VERTEIDIGUNG

VII. URTEILSDISPOSITIV