

SK-Nr. 2008/363

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

unter Mitwirkung von Oberrichter Cavin (Präsident i.V.), Oberrichter Rätz und Oberrichterin Bratschi sowie Kammerschreiber Wilhelm

vom 15. November 2008

in der Strafsache gegen

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Widerhandlungen gegen BetmG und ANAG

Regeste

Kumulation von Freiheitsstrafe und Geldstrafe. In der Lehre ist umstritten, ob Geldstrafen und Freiheitsstrafen gleichartige Strafen i. S. von Art. 49 StGB sind. Die Kammer verneint gestützt auf BGE 134 IV 60, Erw. 8.4 (bestätigt im Entscheid 68 786/2007 vom 27. Juni 2007), die Gleichartigkeit von Freiheits- und Geldstrafe. I.c. fehlt es an einer expliziten Gesetzesgrundlage, um für das ausländerrechtliche Delikt eine Freiheitsstrafe auszufällen, da Art. 23 Abs. 1 ANAG (in der Fassung des BG vom 13. Dezember 2002, AS 2006, 3459, 3536) ausschliesslich die Geldstrafe vorsieht. Die Kammer bestätigt deshalb die erstinstanzlich vorgenommene Kumulation von Freiheitsstrafe und Geldstrafe (E. 1V./2.).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

B. wurde erstinstanzlich der Widerhandlung gegen das BetmG (mehrfach und bezüglich der Menge qualifiziert begangen) und der Widerhandlung gegen das ANAG schuldig erklärt und sowohl zu einer Freiheitsstrafe als auch zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Vorinstanz ging davon aus, dass es sich bei Geld- und Freiheitsstrafen nicht um gleichartige Strafen i.S. von Art. 49 StGB handelt. Der a.o. Generalprokurator beantragte, die Kumulation der beiden Strafen sei zu bestätigen.

Auszug aus den Erwägungen:

[...1

IV. STRAFZUMESSUNG

[...]

2. Gesamtstrafe oder Kumulation

Umstritten ist in der Lehre, ob Geldstrafen und Freiheitsstrafen gleichartige Strafen i. S. von Art. 49 StGB sind (vgl. dazu bejahend HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Aufl., S. 46; verneinend dagegen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT I, die Straftat, 3. Aufl. Bern 2005, § 19 N 28, STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 49 N 2 und ACKERMANN, BSK-Strafrecht I, Art. 49 N 38).

Die Vorinstanz geht davon aus, dass es sich bei Geldstrafen und Freiheitsstrafen nicht um gleichartige Strafen i. S. von Art. 49 StGB handelt und deshalb vorliegend die Bildung einer Gesamtstrafe, welche sowohl die Widerhandlungen gegen das BetmG als auch die Widerhandlung gegen das ANAG umfasst, ausgeschlossen ist (Motiv S. 30 = pag. 451). Der a.o. Generalprokurator weist in seinem Parteivortrag (SPV S. 6 f. = pag. 504 f.) einerseits auf eine Entscheidung der 3. Strafkammer vom 25. Juli 2007 (SK-Nr. 06 528 [recte 07 215]) hin, in welchem davon ausgegangen worden sei, Geldstrafe und Freiheitsstrafe seien gleichartig. Andererseits verweist er auf BGE 134 IV 60, in welchem das Bundesgericht eine kurze Freiheitsstrafe für eine ANAG-Widerhandlung mangels expliziter Gesetzesgrundlage in Art. 23 Abs. 1 ANAG als bundesrechtswidrig bezeichnet habe. Im Ergebnis beantragt der a.o. Generalprokurator, die Kumulation der beiden Strafarten sei zu bestätigen.

Die Kammer ist der Auffassung, dass aus BGE 134 IV 60, Erw. 8.4, bestätigt im Entscheid 6B_786/2007 vom 27. Juni 2007, gefolgert werden muss, dass das Bundesgericht die Gleichartigkeit von Geldstrafe und Freiheitsstrafe verneint. Wenn das Bundesgericht in seinen Erwägungen ausführt, die ausgefallte Freiheitsstrafe sei insoweit bundesrechtswidrig, als damit das rechtswidrige Verweilen in der Schweiz abgegolten werde, so trifft dies nicht nur auf kurze Freiheitsstrafen im Sinne von Art. 41 StGB zu, sondern auf Freiheitsstrafen überhaupt. Es fehlt an einer expliziten Gesetzesgrundlage, um für das ausländerrechtliche Delikt eine Freiheitsstrafe auszufällen, da Art. 23 Abs. 1 ANAG (in der Fassung des BG vom 13. Dezember 2002, AS 2006, 3459, 3536) ausschliesslich die Geldstrafe vorsieht. Folglich hat vorliegend die Vorinstanz zu Recht neben der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe ausgefällt.