

SK-Nr. 2008/391

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Chételat (Präsident LV.), Oberrichterin Bratschi und Oberrichter Rätz sowie Kammerschreiberin Alemayehu

vom 27. Januar 2009

in der Strafsache gegen

A.

amtlich vertreten durch Fürsprecher Z.

Angeschuldigter/Anschlussappellant

wegen Widerhandlung gegen das BetmG und Widerrufs

Generalprokuratur des Kantons Bern

Appellantin

Regeste

Bildung einer Gesamtstrafe von 3 % Jahren Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 62a Abs. 2 StGB unter Anwendung von Art. 49 StGB bzw. unter Berücksichtigung des sog. Asperationsprinzips aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 62a Abs. 2 StGB, insbesondere um zu verhindern, dass sich verschiedene kurze Strafen ansammeln, deren kumulierter Vollzug nach einer bestimmten Zeit unter spezialpräventiven Gesichtspunkten fragwürdig sein könnte (E. IV./B.).

Hinweise: Die 1. Strafkammer hat im Urteil SK 2008/403 vom 5. Februar 2009 hinsichtlich der Frage der Bildung einer Gesamtstrafe anders entschieden. Das Urteil ist ebenfalls publiziert (vgl. inzwischen BGer 68 765/2008).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

- A. wurde erstinstanzlich der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig erklärt. Unter Einbezug des Widerrufs der bedingten Entlassung aus dem Massnahmenvollzug (Art. 62a Abs. 2 StGB) und mithin unter Einbezug einer Reststrafe von 26 Monaten und 5 Tagen wurde er erstinstanzlich im Sinne einer Gesamtstrafe zu einer (teilbedingten) Freiheitsstrafe von 34 Monaten verurteilt (14 Monate unbedingt, für den bedingten Teil der Strafe wurde eine Probezeit von 5 Jahren festgesetzt). Die Schuldsprüche sind in Rechtskraft erwachsen. Zu überprüfen war der Sanktionenpunkt.

Auszug aus den Erwägungen:

IV. Strafzumessung

[...]

B. Gesamtstrafe

1. Gemäss Art. 62a Abs. 2 StGB spricht das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe aus, wenn aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit einer zu Gunsten der Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe zusammen trifft.

Dass vorliegend für die nunmehr rechtskräftigen Schuldsprüche bzw. die Probezeitdelikte eine unbedingte Freiheitsstrafe angezeigt ist, wird anhand der nachfolgenden Erwägungen zum Sanktionenpunkt ersichtlich (vgl. dazu Erw. IV. C. 3. unten) und wird denn auch durch die Verteidigung selbst so anerkannt (vgl. dazu SPV Fürsprecher Z., S. 6 = pag. 621). Ausserdem hat sich bereits ergeben, dass die zu Gunsten der Massnahme aufgeschobene Freiheitsstrafe (Strafrest von 26 Monaten und 5 Tagen Gefängnis) im Sinne von Art. 62a Abs. 1 lit. c StGB zu vollziehen ist (vgl. dazu Erw. IV. A. 2. c. oben). Die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Gesamtstrafe sind vorliegend somit erfüllt; demnach gilt es, aus dem Strafrest und der neuen Freiheitsstrafe eine neue Gesamtstrafe zu bilden. In diesem Zusammenhang bleibt jedoch noch die umstrittene Frage zu klären, ob dabei das Asperations- oder Kumulationsprinzip zur Anwendung kommen muss.

2. Der stellvertretende Generalprokurator ist der Auffassung, dass das Asperationsprinzip nicht zu Anwendung kommen darf. Dabei stützt er sich insbesondere auf den Entscheid des Bundesgerichts 6B_53812007 vom 02.06.2008 (BGE 134 IV 241) sowie auf die entsprechende Praxis des Obergerichts (Nr. 238 12007 vom 18.10.2007). Demnach hätten die gleichen Erwägungen, welche einer Anwendung des Asperationsprinzips bei einem

Widerruf nach Art. 46 Abs. 1 StGB entgegen stehen würden, auch für die Gesamtstrafe nach Massgabe von Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB zur Anwendung zu kommen. Aus diesem Grund seien die Strafen zu kumulieren (vgl. dazu dessen schriftlichen Parteivortrag vom 06.01.2009, S. 2 f = pag. 579).

Demgegenüber ist die Verteidigung der Ansicht, dass der vom stellvertretenden Generalprokurator zitierte Bundesgerichtsentscheid nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Der klare Wortlaut von Art. 62a Abs. 2 StGB sehe die Bildung einer Gesamtstrafe in Anwendung von Art. 49 StGB vor, womit sich die Bemessung der Gesamtstrafe nach den Grundsätzen der Konkurrenz verschiedener Strafen richte. Entsprechend sei eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip auszusprechen (vgl. dazu SPV Fürsprecher Z., S. 6 f = pag. 621 f).

3. Die Kammer zieht dazu Folgendes in Erwägung:

Der klare Wortlaut von Art. 62a Abs. 2 StGB sieht vor, dass die Gesamtstrafe in Anwendung von Art. 49 StGB zu bilden ist. Art. 49 StGB, der für die Ahndung einer Mehrzahl von Delikten nach dem Vorbild von Art. 68 aStGB geschaffen ist, folgt dabei dem Asperationsprinzip, wonach die Strafe für die schwerste Tat angemessen zu erhöhen und allenfalls zu schärfen ist. Hierbei soll also nicht, wie beim Kumulations- bzw. Häufungsprinzip, für jedes tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaftes Verhalten eine selbständige Strafe ausgesprochen und die einzelnen Strafen anschliessend addiert werden. Der vom stellvertretenden Generalprokurator zitierte Bundesgerichtsentscheid, wie auch der angeführte Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, äussert sich im Übrigen lediglich zum Verhältnis von Art. 46 Abs. 1 und Art. 49 StGB. Das Bundesgericht äusserte sich im angegebenen Entscheid denn auch vorwiegend zur Frage, ob und wann im Falle eines Widerrufs überhaupt eine Gesamtstrafe zu bilden ist. In einem Nebenpunkt erachtete es die Bildung einer Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip im Falle von Art. 46 StGB sodann als wenig sachgerecht. Es bleibt diesbezüglich aber auch darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht diese Frage nicht abschliessend zu beurteilen hatte, da die Strafen im zu beurteilenden Fall gleichartig gewesen waren und folglich keine Gesamtstrafe gebildet werden musste.

Es ist der Verteidigung nach Auffassung der Kammer dahingehend zuzustimmen, dass mit vorerwähntem Bundesgerichtsentscheid lediglich das Verhältnis zwischen Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu Art. 49 Abs. 1 StGB beurteilt wurde. Das Bundesgericht verweist im erwähnten Entscheid nämlich weiter auf Art. 89 Abs. 6 StGB, welcher inhaltlich mit Art. 62a Abs. 2 StGB übereinstimmt: *„Nach Art. 89 Abs. 6 StGB bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 eine Gesamtstrafe, wenn aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit der durch den*

Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammentrifft. Diese Vorschrift entspricht Art. 89 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfs. Dazu wird in der Botschaft des Bundesrates lediglich ausgeführt, die vorgeschlagene Bestimmung regle das Zusammentreffen eines durch Widerruf vollziehbaren Strafrests mit einer neuen Freiheitsstrafe sachgerechter als das bisherige. Der Richter kumuliere nicht einfach wie bisher beide Strafen, sondern bilde aus ihnen eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln der bedingten Entlassung erneut anwendbar seien" (vgl. dazu BGE 66_538/2007 vom 02.06.2008, E. 4.3 unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrates BBl 1999, S. 2057; sowie den SPV Fürsprecher Z., S. 6 f = pag. 621 f).

Daraus wird einerseits ersichtlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Beurteilung nach Art. 89 Abs. 6 bzw. Art. 62a Abs. 2 StGB die Bemessung der Gesamtstrafe nach den Grundsätzen der Konkurrenz verschiedener Strafe vorsah, um damit zu verhindern, dass sich verschiedene kurze Strafen ansammeln, deren kumulierter Vollzug nach einer bestimmten Zeit unter spezialpräventiven Gesichtspunkten fragwürdig sein könnte. Andererseits besteht damit die Gefahr, dass ein Angeschuldigter, welcher die Delikte in der Probezeit der bedingten Entlassung begeht, privilegiert würde, was dem Sinn und Zweck von Art. 89 Abs. 1 und Art. 62a Abs. 1 StGB, der gerade wegen dieser Probezeitdelinquenz den Widerruf der bedingten Entlassung gebietet, krass zuwider läuft. Angesichts des klaren Wortlauts ist die Kammer aber der Ansicht, dass das Asperationsprinzip bei der Bildung der Gesamtstrafe im Sinne von Art. 62a Abs. 2 StGB (wie auch Art. 89 Abs. 6 StGB) zur Anwendung kommen muss (vgl. dazu auch das Urteil der 2. Strafkammer vom 16.01.2009 i.S. Y. H. [SK 365/2008]).