

SK-Nr. 2008/403

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Brodbeck (Präsident i. V.), Oberrichter Weber und Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiberin Kurt

vom 5. Februar 2009

in der Strafsache gegen

A.

Angeschuldigter/Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt X.

wegen Diebstahls und Versuchs dazu, gewerbsmässig begangen und Sachbeschädigung, mehrfach begangen

Privatkläger:

B.

Regeste

Verzicht auf die Anwendung des Asperationsprinzips im Zusammenhang mit der Ausfällung einer Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB (E. II. D.).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

A. wurde schuldig gesprochen wegen Diebstahls und Sachbeschädigung. Da er diese Delikte während der Probezeit der bedingten Entlassung beging, war zudem die Rückversetzung zu prüfen. Die Rückversetzung wurde angeordnet und A. wurde verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten als Gesamtstrafe (davon 8 Monate für die neue Strafe).

Hinweise: Die 2. Strafkammer hat im Urteil 2008/391 vom 27. Januar 2009 hinsichtlich der Frage der Bildung einer Gesamtstrafe anders entschieden. Das Urteil ist ebenfalls publiziert. Vgl. inzwischen Bundesgerichtsentscheid 6B_765/2008.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Materielles

(...)

C. Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB / teilbedingter Vollzug

Sind auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe. Art. 89 Abs. 6 StGB schreibt somit im vorliegenden Fall, in welchem sowohl die Reststrafe als auch die neue Strafe unbedingt zu vollziehen sind, zwingend die Ausfällung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 StGB vor. Der Verteidiger führte zusammengefasst aus, die Ausfällung einer teilbedingten Freiheitsstrafe von unter 2 Jahren sei sinnvoll, weil man vorliegend durchaus die Meinung vertreten könne, dass der Aufschub eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordere, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen werde. Die Anordnung des teilbedingten Vollzuges könne sinnvoll sein, wenn eine günstige Prognose nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung des unbedingt zu vollziehenden Teils gestellt werden könne.

Wie aus Art. 89 Abs. 6 StGB hervorgeht, wird die Gesamtstrafe nur ausgefällt, wenn auch die neue Strafe unbedingt ausgesprochen wird. Entgegen den Ausführungen des Verteidigers kann also die einmal gebildete Gesamtstrafe nicht teilbedingt bzw. bedingt ausgefällt werden, da sie überhaupt nur gebildet wird, wenn die neue Strafe unbedingt ist. In diesem Sinne ist den Ausführungen des Generalprokurators zuzustimmen. Die Frage des teilbedingten Vollzuges kann sich bei der Ausfällung einer Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB gar nicht mehr stellen, sondern es wäre höchstens möglich gewesen, allenfalls unter sinngemässer Anwendung der Mischrechnungspraxis, die neue Strafe bedingt auszusprechen und somit eine Gesamtstrafe zu umgehen. Wie sich ergeben hat, sind die Voraussetzungen für einen bedingten Vollzug der neuen Strafe nicht gegeben, weil wie erwähnt nicht davon ausgegangen werden kann, die zu vollziehende Reststrafe habe genügend Warn- bzw. Denkwirkung um dem Angeschuldigten eine günstige Prognose zu stellen und die Strafe für die neuen Delikte aufzuschieben (vgl. oben). Nach dem Gesagten kommen damit weder der teilbedingte noch der bedingte Vollzug in Frage und es ist eine unbedingte Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB auszufällen.

D. Anwendung des Asperationsprinzips

Aus Art. 89 Abs. 6 StGB ergibt sich, dass die Gesamtstrafe in Anwendung von Art. 49 StGB zu bilden ist. Art. 49 StGB, für die Ahndung einer Mehrzahl von Delikten nach dem Vorbild von Art. 68 aStGB geschaffen, 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 schuldhafte Verhalten eine selbständige Strafe ausgesprochen und die einzelnen Strafen anschliessend addiert werden. Jedoch liegt im Falle einer Gesamtstrafe, welche nach Art. 89 Abs. 6 StGB auszufallen ist, eine andere Ausgangslage, als in Fällen nach Art. 49 StGB vor. Der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung mit anschliessendem Vollzug, früher bedingt aus dem Vollzug entlassen wird und während der festgelegten Probezeit erneut Verbrechen oder Vergehen begeht, unterscheidet sich wesentlich vom in Art. 49 Abs. 1 StGB geregelten Fall, bei welchem der Täter sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten verurteilt worden ist.

Im Zusammenhang mit Art. 46 Abs. 1 StGB, der für den Fall des Widerrufs festhält, dass das Gericht die Art der widerrufenen Strafe ändern kann, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden, hat das Bundesgericht in BGE 134 IV 241 E. 4.3. folgendes festgehalten:

*„Soweit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit **Art. 49 StGB** zum Ausdruck bringen sollte, dass der Richter für die Gegenstand der früheren Verurteilung bildenden Straftaten einerseits und die während der Probezeit begangenen neuen Straftaten andererseits eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip bilden kann, wie wenn er alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte, erscheint dies als wenig sachgerecht. Der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe während der Probezeit weitere Delikte verübt, unterscheidet sich wesentlich vom Fall eines Täters, der sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten (siehe **Art. 49 Abs. 1 StGB**) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (vgl. **Art. 49 Abs. 2 StGB** betreffend die retrospektive Konkurrenz) verurteilt worden ist. Eine Gleichstellung dieser Fälle bei der Strafzumessung erscheint als sachfremd, weil damit der strafferhöhend zu wertende Umstand, dass der Täter einen Teil der Taten während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe begangen hat, bei der Strafzumessung zu Unrecht unberücksichtigt bliebe.“*

Wie sich dies im Einzelnen verhalten würde, liess das Bundesgericht offen. Es hatte diese Frage nicht abschliessend zu beurteilen, da die Strafen im zu beurteilenden Fall gleichartig gewesen waren und folglich keine Gesamtstrafe gebildet werden musste. Im Fall von Art. 46 Abs. 1 kann man diese Problematik folglich umgehen, indem bei Gleichartigkeit der Strafen keine Gesamtstrafe ausgefällt wird.

Bei Art. 89 Abs. 6 StGB ist die Ausfällung einer Gesamtstrafe aber zwingend vorgeschrieben. Wie es sich in diesem Fall verhält, wurde vom Bundesgericht bisher nicht beantwortet. Aus dem zitierten Entscheid ergibt sich jedenfalls, dass dem Bundesgericht im Fall von Art. 46 Abs. 1 die Anwendung des Asperationsprinzips nicht sachgerecht erscheint. Dies muss, wie oben wiedergegeben, auch im Zusammenhang mit Art. 89 Abs. 6 StGB gelten. Es liegt eine andere Konstellation als bei einer Mehrzahl von Taten vor. Der Strafreist unterlag bereits dem Asperationsprinzip und es ist sachfremd, wenn der Täter nun nochmals vom Asperationsprinzip profitieren soll. Anders als in den Fällen von Art. 49 Abs. 1 und Abs. 2 StGB soll der Täter bei der Bildung einer Gesamtstrafe aus dem Strafreist der Rückversetzung sowie der Strafe für die neuen Delikte nicht belohnt werden, zumal auf die neuen Delikte das Asperationsprinzip ohnehin Anwendung findet. Aus diesen Gründen verzichtet die Kammer, angesichts des obiter dictum in BGE 134 IV 241, bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB auf die Anwendung des Asperationsprinzips. Damit gleicht die 1. Strafkammer die Praxis bei der Rückversetzung ihrer Praxis bei den Widerrufern an.

(...)