

SK-Nr. 2008 430

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Hofer (Präsident i.V.), Obergerichtssuppleant Gerber und Oberrichter Cavin sowie Kammerschreiber Wilhelm

vom 3. März 2009

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Betrugs und Prüfung der Rückversetzung nach Art. 89 StGB

Regeste

*Dem Täter soll bei der Ausfällung einer Gesamtstrafe nach Art. 89 Abs. 6 StGB in sinn-
gemässer Anwendung des Asperationsprinzips eine gewisse Privilegierung gewährt werden
(E. IV.5.3).*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz sprach den Angeschuldigten des mehrfachen Betrugs, der Urkundenfälschung sowie der Widerhandlung gegen das SVG schuldig. Sie ordnete in Bezug auf den Strafreist von 2 Jahren, 2 Monaten und 2 Tagen Zuchthaus die Rückversetzung an und verurteilte den Angeschuldigten im Sinne einer Gesamtstrafe gemäss Art. 89 Abs. 6 i.V.m. Art. 49 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren, 8 Monaten und 2 Tagen.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. STRAFZUMESSUNG

(...)

5. Gesamtstrafe

5.1 *Ausgangslage*

Gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe, wenn auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen trifft.

Dass vorliegend für die Probezeitdelikte eine unbedingte Freiheitsstrafe angezeigt ist, wurde von der Vorinstanz dargelegt (Motiv S. 46 = pag. 1167) und von der Kammer bestätigt (vgl. Ziffer 3. oben). Im Übrigen wird auch von der Verteidigung nicht beantragt, die Freiheitsstrafe sei aufzuschieben (SPV 2 = pag. 98). Ausserdem hat sich bereits ergeben, dass bezüglich der Reststrafe von 2 Jahren, 2 Monaten und 2 Tagen die Rückversetzung anzuordnen ist (vgl. Ziffer 4. oben). Die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Gesamtstrafe sind somit vorliegend 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 das Kumulationsprinzip zur Anwendung kommen muss.

5.2 *Erwägungen der Vorinstanz / Vorbringen der Generalprokuratur*

Die Vorinstanz und der stv. Generalprokurator sind der Auffassung, dass das Asperationsprinzip nicht zur Anwendung kommen dürfe (Motiv S. 7 = pag. 44; SPV S. 5 = pag. 80). Die Vorinstanz stützt sich dabei insbesondere auf den Entscheid des Bundesgerichts 6B_538/2007 vom 02.06.2008 (BGE 134 IV 241) mit dem Hinweis, dass auch beim Widerruf nach Art. 46 Abs. 1 StGB das Asperationsprinzip nicht zur Anwendung komme. Zudem dürfe die Sanktionierung der neuen Delikte auch nicht geringer ausfallen als die Strafe bei einer Beurteilung alleine ergäbe; der Richter habe mit anderen Worten die Strafe zu bestimmen, die er ausfällen würde, wenn er einzig die während der Probezeit verübten Straftaten zu beurteilen hätte (BGE 129 IV 209 ff.).

5.3 *Erwägungen der Kammer*

Der klare Wortlaut von Art. 89 Abs. 6 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 schuldhafte Verhalten eine selbständige Strafe ausgesprochen und die einzelnen Strafen anschliessend addiert

werden. Der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid äussert sich lediglich zum Verhältnis von Art. 46 Abs. 1 und Art. 49 StGB. Das Bundesgericht behandelt denn im angegebenen Entscheid auch vorwiegend die 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 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.

Das Bundesgericht verweist im erwähnten Entscheid weiter auf Art. 89 Abs. 6 StGB: *„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 kumulierte 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 6B_538/2007 vom 02.06.2008, E. 4.3 unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrates BBl 1999, S. 2057).

Daraus wird einerseits ersichtlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Beurteilung nach Art. 89 Abs. 6 StGB die Bemessung der Gesamtstrafe nach den Grundsätzen der Konkurrenz verschiedener Strafen 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 StGB, der gerade wegen dieser Probezeitdelinquenz den Widerruf der bedingten Entlassung gebietet, zuwider läuft. Es kann deshalb im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB nur darum gehen, dem Täter bei der Festlegung der Sanktion in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips – im Vergleich zum Kumulationsprinzip – eine gewisse Privilegierung zu gewähren; oder m.a.W: das Asperationsprinzip ist anwendbar, wobei der Täter nicht gleichermassen privilegiert werden soll, wie wenn er sämtliche Taten begangen hätte, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB zur Konkurrenz) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB zur retrospektiven Konkurrenz) verurteilt worden wäre (vgl. neuerdings

Bundesgerichtsentscheid 6B_765/2008 vom 07.04.2009 Erw. 2.4.1 sowie die Urteile der 2. Strafkammer vom 16.01.2009 i.S. Y.H. [SK 365/2008] und vom 27.01.2009 i.S. P.B.J. [SK 391/2008]).

Ausgehend von einer zu vollziehenden Reststrafe von 2 Jahren 2 Monaten und 2 Tagen einerseits und einer schuldangemessenen Strafe für die Probezeitdelikte von 6 Monaten erscheint diesen Grundsätzen folgend eine Gesamtstrafe von 27 Monaten als angemessen.

[...]