

SK-Nr. 2008/504

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

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

vom 16. Juni 2009

in der Strafsache gegen

A.

amtlich verteidigt durch Fürsprecher X.

Verurteilter/Appellat

wegen nachträglichen Vollzugs

Generalprokurator des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3011 Bern

Appellantin

Regeste

Der klare Wortlaut von Art. 63b Abs. 2 StGB schliesst die Abänderung einer altrechtlichen Gefängnisstrafe in eine Geldstrafe aus. Bei Aussichtslosigkeit der angeordneten ambulanten Massnahme kann nur noch zwischen einer stationären Massnahme und dem Vollzug der Freiheitsstrafe ausgewählt werden.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Am 11. Februar 2004 wurde A. zu 20 Tagen Gefängnis bedingt verurteilt. Der bedingte Strafvollzug wurde am 17. August 2006 widerrufen, unter Aufschub des Vollzugs in Anwendung von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 4 aStGB. Zudem wurde A. gleichentags zu 2 Monaten Gefängnis verurteilt. Der Vollzug der Strafe wurde zugunsten einer ambulanten trinkerfürsorgerischen und psychotherapeutischen Massnahme gemäss Art. 63 StGB (Art. 44 aStGB) aufgeschoben. Die gegenüber A. ausgesprochenen Massnahmen wurden wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben

und mit Entscheid vom 3. November 2008 wurde der nachträgliche Vollzug der aufgeschobenen Gefängnisstrafen von 20 Tagen bzw. zwei Monaten angeordnet. Anstelle der Gefängnisstrafen ordnete der Gerichtspräsident eine Geldstrafe von 80 Tagessätzen à CHF 60.00, total ausmachend CHF 4'800.00, an. Dagegen appellierte die Staatsanwaltschaft.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Formelles

(...)

II. Materielles

1. Die Bestimmungen des neuen Rechts über Massnahmen (Art. 56 — 65 StGB) und über deren Vollzug (Art. 90 StGB) sind auch auf Täter anwendbar, die vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind (Ziff. 2 Schlussbestimmungen StGB). Im vorliegenden Fall sind somit die seit dem 01.01.2007 neu geltenden Bestimmungen über Massnahmen des StGB anwendbar.
2. In Anwendung von Art. 63a Abs. 2 StGB ist eine ambulante Massnahme aufzuheben, wenn die ambulante Behandlung erfolgreich abgeschlossen wurde (lit. a), die Fortführung als aussichtslos erscheint (lit. b) oder die gesetzliche Höchstdauer für die Behandlung erreicht ist (lit. c). Wird eine ambulante Massnahme wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben, so ist die aufgeschobene Strafe in der Regel zu vollziehen (Art. 63 Abs. 2 StGB). Der Vorrichter ist zum Schluss gekommen, dass vorliegend die beiden aufgeschobenen Gefängnisstrafen von 20 Tagen bzw. zwei Monaten zu vollziehen seien und dass die alternativ mögliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme als wenig sinnvoll erscheine. Die Kammer schliesst sich dieser Auffassung an, weshalb an dieser Stelle vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen wird (Entscheid Ziff. 1-6 = pag. 147 ff.).

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass — nachdem die Verfügung der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug, vom 01.09.2008 in Rechtskraft erwachsen ist — für das Aussprechen einer anderen ambulanten Massnahme kein Raum besteht. Dem Gericht obliegt es zu entscheiden, ob die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen (Art. 63b Abs. 2 StGB) oder eine stationä-

re therapeutische Massnahme nach den Art. 59-61 StGB anzuordnen ist (Art. 63b Abs. 5 StGB [vgl. BGE 134 IV 246 Erw. 3.4 und BSK I — HEER, Art. 63b N 7]). Bei Scheitern der in Freiheit vollzogenen ambulanten Massnahme drängt sich entgegen der Gesetzssystematik vorerst die Prüfung einer Ersatzmassnahme auf, da von der ultima ratio des Strafvollzugs auszugehen ist (BSK I — HEER, Art. 63b N 3).

Zur Beurteilung des Gesundheitszustandes des Appellaten kann weiterhin auf das Gutachten von Dr. med. B. vom 11.07.2006 (pag. 67 ff.) abgestellt werden. Der Gutachter hielt insbesondere mit Blick auf die damalige Situation (seit Mai 2006 günstig verlaufende ambulante Antabus-Behandlung, die gebesserten intrafamiliären Verhältnisse, konkrete und eindeutig progressive Schritte von Herrn A. für die eigene Resozialisierung durch den Gewinn der neuen Arbeitsstelle...) eine stationäre Behandlung weder für angezeigt, noch beurteilte er eine solche als aussichtsreich (pag. 71).

Es besteht nach heutigem Kenntnisstand kein Anlass diese gutachterliche Einschätzung in Frage zu stellen, zumal sich die Ausgangslage seit Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat. A. wird nach wie vor mit Antabus behandelt (vgl. Leumundsbericht S. 3: freiwilliger Entzug mittels Antabus, 3x pro Woche), so dass er seinen Alkoholkonsum bis zu einem gewissen Grad unter Kontrolle hat, ansonsten er kaum in der Lage wäre, einer temporären Arbeit nachzugehen. Der Appellant wohnt bei seinen Eltern resp. bei der Mutter und beim Stiefvater, wobei er offenbar bei ersterer einen gewissen Rückhalt geniesst. Angesichts dieser Umstände einerseits und aufgrund der mangelnden Kooperation und der fehlenden Bereitschaft, eine Therapie durchzuführen, andererseits, erscheint die Anordnung einer stationären Massnahme als Ersatzmassnahme unverhältnismässig. Nachdem die Anordnung einer ambulanten Behandlung wie erwähnt ausgeschlossen ist, bleibt vorliegend nur noch der Vollzug der Strafe, wobei der Verlust der Tagesstruktur möglichst zu vermeiden ist.

3. Zu prüfen bleibt die Frage — und dies bezweckt die Appellation der Staatsanwaltschaft (vgl. Appellationsbegründung S. 2 = pag. 179) — ob im Rahmen des Entscheids über den nachträglichen Vollzug einer aufgeschobenen altrechtlichen Gefängnisstrafe die Strafart abgeändert werden darf oder nicht.

Zu Recht weist der Generalprokurator darauf hin, dass das Gesetz einen Aufschub zu Gunsten einer ambulanten Behandlung *expressis verbis* nur bei unbedingten Freiheitsstrafen vorsieht (Art. 63 Abs. 2 StGB) und dass bei Aufhebung der Massnahme infolge

Aussichtslosigkeit grundsätzlich der Vollzug eben dieser aufgeschobenen Freiheitsstrafe zu erfolgen hat (Art. 63b Abs. 2 StGB).

Die Kammer schliesst sich angesichts des klaren Wortlautes des Art. 63b Abs. 2 StGB der Auffassung der Generalprokuratur an. Endet die ambulante Behandlung in einem Misserfolg, so muss die aufgeschobene Freiheitsstrafe (hier die aufgeschobenen Gefängnisstrafen) vollzogen werden (vgl. dazu HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Auflage, zu Art. 63b StGB). Es kann nur noch zwischen einer stationären Massnahme und dem Vollzug der Freiheitsstrafe ausgewählt werden (vgl. Ziffer 11./2. oben, mit Verweis auf BGE 134 IV 246 Erw. 3.4 und BSK I — HEER, Art. 63b N 7), somit fällt auch die Ausfällung einer Geldstrafe ausser Betracht. Das Bundesgericht lässt seinerseits in dieser Frage keine Zweifel offen, ist doch insbesondere in der vorzitierten Entscheid einzig die Rede vom Vollzug der aufgeschobenen Freiheitsstrafe, während die (nicht vorhandene) Möglichkeit einer Änderung der Strafart gänzlich unerwähnt bleibt (BGE 134 IV 246 Erw. 3.2, 3.4 und 3.5).

4. Gestützt auf diese Ausführungen steht fest, dass die aufgeschobenen Freiheitsstrafen von 20 Tagen bzw. zwei Monaten zu vollziehen sind. Dem Appellaten steht der Spezialvollzug offen, so dass die Tagesstruktur beibehalten werden kann; nebst der Halbgefangenschaft (Art. 79 StGB) fällt die Vollzugsform des Electronic Monitoring in Betracht (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a EM-Verordnung).
5. Die Kammer fällt ein reformatorisches Urteil, da nicht das Vorliegen eines wesentlichen Verfahrensmangels im Sinne von Art. 360 StrV zu beurteilen war, sondern die Auslegung von Art. 63b Abs. 2 und 5 StGB. A. wurde mit Verfügung vom 12.09.2008 (pag. 123) in Aussicht gestellt, dass der Vollzug der 2 Monate und der 20 Tage Gefängnis zur Diskussion steht, mithin wurde ihm das rechtliche Gehör hinreichend gewährt.
6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die erstinstanzlichen Kosten, bestimmt auf CHF 150.00, in Anwendung von Art. 386 StrV zu Lasten von A., während die oberinstanzlichen Verfahrenskosten infolge Appellation der Staatsanwaltschaft der Kanton Bern trägt (Art. 392 Abs. 1 StrV).