

SK 2013 320

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

Oberrichter Weber (Präsident i.V.), Oberrichterin Bratschi, Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiberin Eggli

vom 13. Juni 2014

in der Strafsache

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern

Berufungsführerin

und

B.

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Straf- und Zivilklägerin 1

und

C.

vertreten durch Rechtsanwalt Z.

Straf- und Zivilklägerin 2

wegen sexuellen Handlungen mit Kind, Freiheitsberaubung, Gefährdung des Lebens etc.

Regeste:

Abweichung von der in BGE 138 IV 113 festgehaltenen Praxis zur Bemessung von Zusatzstrafen: Bei der Ausfällung einer Zusatzstrafe ist nicht auf das Datum der früheren erstinstanzlichen Verurteilung abzustellen, sondern auf das Datum des in Rechtskraft erwachsenen Urteils.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

III. Strafzumessung

1. [...]

2. Zur retrospektiven Konkurrenz im Besonderen

Vorliegend stellt sich mit Blick auf den neueren Entscheid des Bundesgerichts BGE 138 IV 113 die Frage, ob für die zu beurteilenden Delikte eine Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts vom 1. April 2011 auszusprechen ist oder nicht. Gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB fällt das Gericht dann eine Zusatzstrafe aus, wenn es eine Tat zu beurteilen hat, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist. Das Bundesgericht vertritt nun im obengenannten Entscheid die Auffassung, massgeblich hierfür sei das jeweils erste Urteil in einem Verfahren (E. 3.4.2 f.):

„Das Gericht muss sich in einem ersten Schritt somit fragen, ob die neue Tat vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren begangen wurde. [...] Für die Beantwortung der ersten Frage (Anwendbarkeit des Asperationsprinzips) ist unerheblich, ob später das erste Urteil (mangels Berufung oder nach Abweisung eines kassatorischen Rechtsmittels) oder dasjenige der Rechtsmittelinstanz in Rechtskraft erwächst oder ob nach einer Kassation des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils gar neu entschieden werden muss. Massgeblich für die Anwendung des Asperationsprinzips ist damit, ob die zweite Tat vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren verübt wurde. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kommt Art. 49 StGB [...] nicht zum Tragen [...].“

Zur Begründung führte das Bundesgericht hauptsächlich aus, dass nur derjenige in den Genuss der in der Regel vorteilhaften Zusatzstrafe kommen soll, bei dem der erstinstanzliche Richter die mehreren Straftaten gleichzeitig hätte aburteilen können, nicht aber derjenige, der erneut delinquent, nachdem er wegen anderen Delikten erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden sei.

Die vorliegend zu beurteilenden Delikte fanden im Herbst 2009 (sexuelle Handlungen mit Kind) bzw. ab August 2010 statt. Das erstinstanzliche Urteil datiert vom 26. April 2010. Die Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung würde mithin dazu führen, dass einzig für die Verurteilung wegen sexuellen Handlungen mit Kind eine Zusatzstrafe auszufallen wäre. Ist hingegen das Urteil des Obergerichts vom 1. April 2011 massgebend, muss für sämtliche zu beurteilenden Taten eine Zusatzstrafe ausgefällt werden.

Die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nicht ohne Kritik geblieben. ACKERMANN (ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Basel 2013, Art. 49 N 147 ff.) legt ausführlich dar, weshalb nicht das Urteil der ersten Instanz, sondern, wo vorhanden, dasjenige der Rechtsmittelinstanz massgebend sein soll. Er führt aus, die Begründung des Bundesgerichts überzeuge nicht. So bedeute zum einen die Regel von Art. 49 StGB keinen „Genuss“ oder „Vorzug“, sondern sei mit der überproportionalen und damit

schuldüberschreitenden Wirkung einer Kumulation von Strafen und/oder einer übergreifenden Schuldbetrachtung begründet. Ausserdem gebe die Berufung dem nicht rechtskräftigen Ersturteil nur Durchgangsscharakter, der schon deshalb keine schuldrelevante „Warnwirkung“ entfalten könne, weil jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gelte und grundsätzlich ein Recht auf Überprüfung in freier Kognition mittels Berufung habe. Weiter führt er aus, auch mit der Befürchtung, der Täter werde gezielt bis zum letzten Urteil noch weitere Straftaten begehen, um von der Gesamtstrafenlösung zu „profitieren“, lasse sich die Lösung des Bundesgerichts nicht rechtfertigen. Zum einen lehre die Kriminologie, dass die Höhe der verhängten Strafen im Allgemeinen weder abschrecke noch zu mehr Normakzeptanz führe. Zum anderen erlaube der Gesamtstrafenrahmen im Regelfall doch ungehindert, auch auf die Taten zwischen dem ersten und letzten Urteil zu reagieren. Eigentliche Missbräuche des Berufsrechts würden sich bei der Strafzumessungsschuld und damit beim Strafmass innerhalb des Gesamtstrafenrahmens berücksichtigen lassen.

Diesen Ausführungen von ACKERMANN schliesst sich die Kammer vollumfänglich an. Ein Abstellen auf das Ersturteil erscheint ihr falsch. Nebst den obigen Überlegungen sprechen weitere Punkte für die Massgeblichkeit des in Rechtskraft erwachsenen Urteils. So erachtet es die Kammer als problematisch, dass unter Umständen zwei inhaltlich grundverschiedene Urteile der Ausfällung der Zusatzstrafe zugrunde liegen können. Dies wäre dann der Fall, wenn die Rechtsmittelinstanz ein erstinstanzliches Urteil komplett umgeändert hätte. Weiter stellt sich beispielsweise die Frage, ob konsequenterweise, würde das Ersturteil als massgeblich erachtet, nicht auch für die Frage eines allfälligen Widerrufs bzw. des Beginns der Probezeit auf den Zeitpunkt des Ersturteils abgestellt werden müsste. Weiter ist nicht nachzuvollziehen, warum die ins Feld geführte Warnwirkung gerade vom Ersturteil – gilt diesbezüglich auch ein Strafbefehl? – und nicht zum Beispiel von einer viel einschneidenderen allfälligen Haft oder anderen Zwangsmassnahme ausgehen soll. Zudem ergeben sich auch praktische Schwierigkeiten. So ist beispielsweise aus dem Strafregistrauszug stets nur das Datum des in Rechtskraft erwachsenen Urteils ersichtlich, nicht aber das Datum des Ersturteils oder eines allfällig vorangegangenen Strafbefehls. Um herauszufinden, ob überhaupt eine Zusatzstrafe auszusprechen ist oder nicht, müssten folglich jedes Mal die Akten angefordert werden.

Aus diesen Gründen stellt die Kammer auf den Zeitpunkt des in Rechtskraft erwachsenen Urteils ab. Dies bedeutet vorliegend, dass für alle Delikte eine Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 1. April 2011 auszusprechen ist.

[...]