Urteilskopf

113 IV 10

4. Urteil des Kassationshofes vom 3. Juni 1987 i.S. Generalprokurator des Kantons Bern gegen B. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Bedingter Strafvollzug.

Eine Freiheitsentziehung von mehr als drei Monaten aufgrund einer Massnahme nach Art. 43, 44, 91 oder 100bis StGB ist kein objektiver Grund für die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges.

Regeste (fr):
Art. 41 ch. 1 al. 2 CP. Sursis.

Une privation de liberté de plus de trois mois, subie en exécution d'une mesure au sens des art. 43, 44, 91 ou 100bis CP, ne constitue pas un motif objectif de refuser le sursis.

Regesto (it):
Art. 41 n. 1 cpv. 2 CP. Sospensione condizionale della pena.

Una privazione della libertà personale di più di tre mesi, subita in esecuzione di una misura ai sensi degli art. 43, 44, 91 o 100bis CP, non costituisce una ragione obiettiva per negare la sospensione condizionale della pena.

Sachverhalt ab Seite 10

A.- B. wurde am 27. Oktober 1983 durch das Strafamtsgericht Bern zu 15 Monaten Gefängnis verurteilt unter Aufschub der Strafe zugunsten einer stationären Massnahme. Zugleich wurde der vom Gerichtspräsidenten von Niedersimmental am 13. März 1979 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Strafe von 50 Tagen Gefängnis widerrufen, wiederum unter Aufschub der Strafe zugunsten einer stationären Massnahme. Am 7. Mai 1984 wurde er auf unbestimmte Zeit in eine psychiatrische Klinik eingewiesen, eine Massnahme, die er bereits am 2. März 1983 vorzeitig angetreten hatte. Am 29. April 1985 wurde er probeweise entlassen und unter Schutzaufsicht gestellt.

B.- Mit Urteil vom 20. Januar 1987 verurteilte das Obergericht des Kantons Bern B. im Appellationsverfahren wegen verschiedener Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie Führens eines PWs ohne Führerausweis zu 10 Monaten Gefängnis mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 4 Jahren. Es bejahte die formellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, da die gut 2 Jahre, die B. im Massnahmevollzug verbracht hatte, nicht einer Strafverbüssung im Sinne von Art. 41 StGB gleichzustellen seien. Trotz gewisser Bedenken bejahte es auch die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, insbesondere weil sich ein unbedingter Strafvollzug für B. in seiner jetzigen Situation verheerend auswirken würde.

C.- Gegen dieses Urteil führt der Generalprokurator des Kantons Bern Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der

BGE 113 IV 10 S. 11

angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. Der bedingte Strafvollzug kann gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nebst weiteren Voraussetzungen dann gewährt werden, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat nicht wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe von mehr als 3 Monaten verbüsst hat. Der Beschwerdeführer ist der Meinung, dass eine Freiheitsentziehung von mehr als 3 Monaten aufgrund einer Massnahme (Art. 42-44 sowie 100bis StGB) einer Strafverbüssung im Sinne der zitierten Bestimmung gleichzustellen sei, weshalb der bedingte Strafvollzug schon aus objektiven Gründen nicht gewährt werden könne. a) Der Wortlaut des Gesetzes schliesst die Gewährung des bedingten Strafvollzuges nur bei der Verbüssung einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten aus. Dennoch ist in der Doktrin zunächst angenommen worden, der Vollzug einer freiheitsentziehenden Massnahme sei dem Vollzug einer Freiheitsstrafe generell (SCHULTZ, ZStrR 1973, S. 57; SCHULTZ, AT II, 3. Aufl., S. 92) oder doch bei bestimmten Massnahmen (LOGOZ/SANDOZ, 2. Aufl., Art. 41 N 6d: bei Massnahmen nach Art. 42 und 100bis; REHBERG, II, 4. Aufl., S. 39 bei sichernden Massnahmen) gleichzustellen.
In der Praxis wurden jedoch Bedenken an dieser Auffassung geäussert. So hat das Militärkassationsgericht angenommen, der Aufenthalt in einer Arbeitserziehungsanstalt gemäss Art. 100bis StGB könne nicht mit der Verbüssung einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe gleichgesetzt werden (MKGE 9 Nr. 162). Im gleichen Sinne entschied das Kantonsgericht St. Gallen (SJZ 1986 S. 232). Das Obergericht des Kantons Thurgau (Rechenschaftsbericht 1984, S. 90 ff.) hat einerseits angenommen, dass der Aufenthalt in einer Trinkerheilanstalt gemäss Art. 44 StGB dem Vollzug einer Freiheitsstrafe gleichzustellen sei, nicht aber die Einweisung in ein Erziehungsheim gemäss Art. 91 StGB (insoweit ebenso Obergericht Aargau, SJZ 1976, S. 297). Das Obergericht des Kantons Bern nahm an, dass der Vollzug einer Massnahme in einer Anstalt für Drogensüchtige dem Vollzug einer Freiheitsstrafe

BGE 113 IV 10 S. 12

gleichzustellen sei (Urteil der 2. Strafkammer vom 21. Januar 1986 i.S. B.). SCHULTZ hat seine ursprüngliche Meinung in der 4. Auflage aufgegeben (S. 103). Er will in Fällen des vorangegangenen Massnahmevollzuges den bedingten Strafvollzug nicht aus objektiven Gründen ausschliessen, meint allerdings, in der Regel werde die günstige Prognose fehlen, weil im Vollzug einer Massnahme eine intensivere Behandlung angeboten werden sollte als im gewöhnlichen Strafvollzug. b) Vorliegendenfalls ist gemäss den unbestrittenen Ausführungen in der Beschwerdeschrift davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner am 2. März 1983 vorzeitig eine Mass-

nahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in der psychiatrischen Klinik Münsingen angetreten hat. Bis zum 27. Juni 1983 befand er sich vollständig in der Klinik. In der Zeit vom 28. Juni bis 3. November 1983 konnte er auswärts arbeiten, verbrachte aber die Nacht und die Freizeit weiterhin in der Klinik. Ab anfangs November 1983 wurde er extern von der Klinik aus ärztlich und fürsorgerisch betreut. Am 29. April 1985 wurde er probeweise aus dem Massnahmevollzug entlassen unter Anordnung einer Schutzaufsicht auf unbestimmte Zeit. Die Einweisung in eine psychiatrische Klinik war offenbar aufgrund einer akuten psychotischen Krankheitsphase (Schizophrenie) indiziert. Bereits diese konkreten Umstände des vorliegenden Falles zeigen, wie problematisch es wäre, bei der Frage, ob die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges gegeben sind, einen freiheitsentziehenden Massnahmevollzug von über 3 Monaten in jedem Fall dem Vollzug einer Freiheitsstrafe gleichzusetzen.
c) Dagegen sprechen im übrigen auch die folgenden grundsätzlichen Erwägungen: Massnahmen nach Art. 43, 44, 91 und 100bis StGB haben in erster Linie eine therapeutische Funktion. Sie unterscheiden sich deshalb im Vollzug zumeist wesentlich von demjenigen einer Freiheitsstrafe. In der Regel wird einem derartigen Massnahmevollzug nicht die Schock- und Warnwirkung zukommen, worauf das Bundesgericht in BGE 110 IV 67 bei der Frage der Gleichstellung der angerechneten Untersuchungshaft mit der verbüssten Freiheitsstrafe entscheidendes Gewicht gelegt hat. Der Vollzug einer der genannten Massnahmen kann somit nicht dem Vollzug einer Freiheitsstrafe gleichgesetzt werden.

Anders zu entscheiden wäre bei einer Verwahrung gemäss Art. 42 StGB, da hier der Sicherungszweck im Vordergrund steht und sich der Vollzug in der Regel vom Strafvollzug nicht erheblich unterscheiden dürfte (vgl. Art. 42 Ziff. 2 StGB sowie Art. 2 Abs. 7 VStGB 1). Fragen kann man sich einzig, ob auch der Vollzug einer Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB dem einer Verwahrung gemäss Art. 42 StGB gleichzustellen wäre. Die Frage ist zu verneinen, da eine Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB wenn möglich nicht in einer Strafanstalt vollzogen werden sollte, und da überdies im Falle einer Verwahrung nach Art. 43 StGB der Vollzug einer Freiheitsstrafe aufgeschoben wird (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB), während bei der Verwahrung nach Art. 42 StGB der Strafvollzug im Verwahrungsvollzug aufgeht. Hinzukommt, dass eine Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch dann möglich ist, wenn mangels Schuldfähigkeit keine Strafe ausgesprochen werden kann. Eine Verwahrung nach Art. 42 StGB setzt demgegenüber stets Schuldfähigkeit und Verurteilung zu einer Strafe voraus. d) Der Beschwerdeführer beruft sich noch darauf, dass für die Strafschärfung bei Rückfall gemäss Art. 67 Abs. 2 StGB der Vollzug einer freiheitsentziehenden Massnahme dem Vollzug einer Vorstrafe gleichgestellt sei. Es wäre systemwidrig, die Gleichstellung nicht auch in Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorzunehmen. Es liege ein Versehen des Gesetzgebers vor. Wie dargelegt, sprechen sachliche Gründe gegen eine Gleichstellung. Dies spricht auch gegen ein Versehen des Gesetzgebers. Im übrigen besteht ein qualitativer Unterschied zwischen der Gewährung oder Verweigerung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 41 StGB und der Rückfallstrafschärfung gemäss Art. 67 StGB.