

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B\_249/2016

Urteil vom 19. Januar 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber M. Widmer.

Verfahrensbeteiligte  
X.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Oliver Köhli,  
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, 3011 Bern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Strafzumessung (sexuelle Handlungen mit Kindern),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Strafabteilung, 1. Strafkammer,  
vom 17. September 2015.

Sachverhalt:

A.  
Das Regionalgericht Oberland sprach X.\_\_\_\_\_ am 30. Januar 2015 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern und des untauglichen Versuchs dazu sowie der mehrfachen Pornografie schuldig. Es bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten und mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 130.--. Die Untersuchungshaft von 70 Tagen rechnete es ihm auf die Strafe an. Vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern in zwei weiteren Fällen sprach das Regionalgericht X.\_\_\_\_\_ frei. Hinsichtlich weiterer Vorwürfe wegen mehrfacher sowie untauglich versuchter Pornografie wurde das Verfahren eingestellt.  
Gegen dieses Urteil erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern Berufung, beschränkt auf den Strafpunkt. Das Obergericht des Kantons Bern verurteilte X.\_\_\_\_\_ am 17. September 2015 zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 32 Monaten und setzte den zu vollziehenden Teil auf acht Monate fest, sowie zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 120.--. Die Untersuchungshaft von 70 Tagen rechnete es ihm auf die Strafe an.

B.  
X.\_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil des Obergerichts sei insoweit aufzuheben, als er zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 32 Monaten verurteilt worden sei. Er sei mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen. Das obergerichtliche Urteil sei auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Kanton Bern aufzuerlegen und von der Rückerstattungspflicht für die Entschädigung seiner amtlichen Verteidigung im Umfang von Fr. 3'068.25 sei abzusehen. Allenfalls sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt die vorinstanzliche Strafzumessung.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, für die Schuldsprüche wegen sexueller Handlungen mit Kindern sei aufgrund des engen Konnexes, der recht hohen Anzahl mehr oder weniger gleichförmiger Sexualdelikte sowie aus spezialpräventiven Gründen jeweils eine Freiheitsstrafe zweckmässig und angemessen. Sie bestimmt zunächst den Strafrahmen für die schwerste Straftat und setzt dafür eine Einsatzstrafe von 22 Monaten fest. In der Folge erhöht sie die Einsatzstrafe aufgrund der weiteren Delikte, wobei sie zwei Tatgruppen bildet. Für jene Delikte, bei welchen es zu körperlichen Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und den Opfern kam, setzt sie für jede Tat einzeln eine hypothetische Strafe fest und asperiert diese zur Einsatzstrafe. Hinsichtlich jener Delikte, bei welchen es zu keinen körperlichen Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und den Opfern kam, nimmt die Vorinstanz eine Gesamtbetrachtung vor und spricht eine Gesamtstrafe aus, welche sie wiederum asperiert. Insgesamt erachtet sie eine Freiheitsstrafe von 56 Monaten als angemessen. Diese reduziert die Vorinstanz aufgrund der Täterkomponente um sechs und aufgrund der festgestellten Verletzung des Beschleunigungsgebots sowie der langen Verfahrensdauer um weitere 18 Monate auf 32 Monate. Für die Schuldspruch wegen mehrfacher Pornografie verhängt die Vorinstanz eine separate Geldstrafe.

1.3. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61 mit Hinweis).

Solange sich die Strafe unter Beachtung aller relevanten Faktoren im Rahmen des sachgerichtlichen Ermessens hält, kann das Bundesgericht das angefochtene Urteil auch bestätigen, wenn dieses in Bezug auf die Erwägungen zum Strafmass einzelne Unklarheiten und Unvollkommenheiten enthält (Urteile 6B\_300/2016 vom 7. November 2016 E. 10.4; 6B\_785/2015 vom 18. November 2015 E. 1.6; 6B\_341/2007 vom 17. März 2008 E. 8.4, nicht publ. in: BGE 134 IV 97).

1.4.

1.4.1. Die Vorinstanz setzt sich in ihren Erwägungen zur Strafzumessung mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander. Dass sie sich dabei von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hätte, ist nicht ersichtlich. Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer, wenn er geltend macht, die Vorinstanz greife unrechtmässig in das Ermessen des erstinstanzlichen Gerichts ein. Die Berufung nach Art. 398 ff. StPO ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 Ziff. 2.9.3.3) und das Berufungsgericht verfügt über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO; BGE 141 IV 244 E. 1.3.3 S. 248; Urteil 6B\_70/2015 vom 20. April 2016 E. 1.4.2; je mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz fällt ein neues Urteil (Art. 408 StPO) und hat die Strafe nach ihrem eigenen Ermessen festzusetzen. Unter dem Vorbehalt der "reformatio in peius" muss sie sich nicht daran orientieren, wie die erste Instanz die einzelnen Strafzumessungsfaktoren gewichtet (Urteil 6B\_243/2016 vom 8. September 2016 E. 3.2.2 mit Hinweis). Insofern ist der von der Vorinstanz verwendete Textbaustein, wonach sie bei der Überprüfung erstinstanzlich ausgefallter Strafen Zurückhaltung übt und von der erstinstanzlichen Strafzumessung nur abweicht, wenn es hierfür triftige Gründe gibt, in dieser Absolutheit nicht mit dem Wesen der Berufung als reformatorisches Rechtsmittel vereinbar. Der Beschwerdeführer kann daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Vorinstanz durfte die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren anders gewichten als die erste Instanz und zufolge der Berufung der Staatsanwaltschaft eine höhere Strafe ausfallen, ohne damit Bundesrecht zu verletzen. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz gemäss dem Vorbringen des Beschwerdeführers kein eigentliches Beweisverfahren mehr durchgeführt und die Sache gestützt auf die Akten beurteilt hat.

1.4.2. Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz die Einsatzstrafe für die schwerste Straftat auf 22 Monate festsetzt. Sie zeigt anhand verschiedener Auszüge von Chatprotokollen auf, dass die noch nicht 16-jährige A.\_\_\_\_\_ hin- und hergerissen war ob dem Angebot des Beschwerdeführers, gegen Geld verschiedene sexuelle Handlungen mit ihr vorzunehmen. Inwiefern die Vorinstanz dabei gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" verstossen haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht in

einer den Begründungsanforderungen (vgl. Art. 42 Abs. 2 bzw. Art. 106 Abs. 2 BGG) genügenden Weise dar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern sie die wiedergegebenen Auszüge aus den Chatprotokollen falsch interpretiert haben soll. Die Ausführung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer aus der Tatsache, dass A. \_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der Tat bereits 15 ½ Jahre alt war, nichts zu seinen Gunsten ableiten könne, vermag ebenfalls keine Bundesrechtsverletzung zu begründen. Dem Beschwerdeführer ist zwar zuzustimmen, dass bei der Strafzumessung die gesamten Umstände der Tatbegehung bedeutend sind und die Einwilligung von pubertierenden Opfern nicht belanglos ist (vgl. Urteil 6S.148/2004 vom 28. Juli 2004 E. 1.3). Die Vorinstanz zeigt indessen auf, dass

der Beschwerdeführer vorliegend gezielt die Unsicherheit und Naivität des minderjährigen Opfers ausgenutzt hat. Gemäss den vorinstanzlichen Ausführungen hat er der übergewichtigen A. \_\_\_\_\_ wiederholt Komplimente gemacht und trotz des Umstands, dass sie während des Chatters mehrfach den Wunsch äusserte "es doch sein zu lassen", als ihr der Beschwerdeführer seine sexuellen Wünsche schilderte, hartnäckig sein Ziel weiterverfolgt. Er habe gewusst, dass die Jugendliche unter ihrem Übergewicht gelitten sowie zuhause Probleme gehabt habe und gewissermassen mit ihrem Vertrauen gespielt. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen die Einwilligung des pubertierenden Opfers nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers wertet, ist dies nicht zu beanstanden. Dass die Vorinstanz das einwilligende Verhalten der Jugendlichen unberücksichtigt gelassen habe, wie der Beschwerdeführer vorbringt, kann mit Blick auf ihre Ausführungen nicht gesagt werden. Angesichts der Tatsache, dass es sich nicht um leichte sexuelle Übergriffe, sondern um Oral-, Vaginal- und Analverkehr handelte, überschreitet die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht, wenn sie eine um vier Monate höhere Einsatzstrafe als das erstinstanzliche Gericht als angemessen beurteilt.

1.4.3. Der Beschwerdeführer bemängelt, dass die Vorinstanz für die Delikte der Tatgruppe, bei welcher es zu körperlichen Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und den Opfern kam, insgesamt eine asperierte Strafe von 22 Monaten als angemessen erachte, während das erstinstanzliche Gericht die Einsatzstrafe dafür bloss um 18 Monate erhöht habe. Die Vorinstanz verhängt in einem Fall unrechtmässig eine höhere Strafe von sechs Monaten, während sie in den anderen vier Fällen dieser Tatgruppe jeweils eine Strafe von vier Monaten als angemessen beurteilt. Die Rüge ist unbegründet. Die Vorinstanz berücksichtigt beim Fall, für welchen sie eine Strafe von sechs Monaten ausspricht, insbesondere, dass das Opfer zum Tatzeitpunkt erst 13 Jahre alt war. Aus einem bei den Akten liegenden, an die Staatsanwaltschaft gerichteten Schreiben der Jugendlichen schliesst die Vorinstanz, dass diese auch fünf Jahre nach dem Vorfall noch unter den Folgen des Übergriffs litt. Auch wenn die im Schreiben geschilderten Leiden nicht mit Arzt- oder Therapieberichten untermauert seien, habe das Erlebte offenbar deutliche Spuren hinterlassen. Es liege nahe, dass die Jugendliche in ihrer persönlichen und sexuellen Entwicklung beeinträchtigt worden sei. Die Vorinstanz

berücksichtigt weiter das hartnäckige und dominante Verhaltens des Beschwerdeführers gegenüber dem minderjährigen Opfer, das ihm völlig ausgeliefert gewesen sei, zumal der Übergriff an einem abgelegenen Ort stattgefunden habe. Der Beschwerdeführer bringt zwar zutreffend vor, dass die Tathandlungen im Vergleich zu den anderen Fällen von geringerer Intensität waren. Dennoch handelt es sich nicht um zu verharmlosende Handlungen, hat der Beschwerdeführer doch die 13-jährige Jugendliche nackt mit gespreizten Beinen und sichtbarem Geschlechtsteil fotografiert, ihr einen Zungenkuss gegeben sowie ihr einen Tamponfaden in ihre Scheide gesteckt. Das Opfer in jenem Fall war zudem rund zwei Jahre jünger als die anderen und damit klar die jüngste Jugendliche, gegenüber welcher der Beschwerdeführer straffällig wurde. Wenn die Vorinstanz gestützt auf die gesamten Umstände in diesem Fall eine um zwei Monate höhere Strafe als in den anderen Fällen ausspricht, verletzt sie das ihr zustehende weite Ermessen jedenfalls nicht. Die Vorinstanz war auch nicht gehalten, dem Beschwerdeführer Gelegenheit einzuräumen, zu dem bei den Akten liegenden Schreiben des Opfers Stellung zu nehmen. Das Sachgericht ist nicht verpflichtet, die beschuldigte Person zu

allen von ihm im Rahmen der Strafzumessung (möglicherweise) mitzubehandelnden Beweisen respektive Gesichtspunkten vorab anzuhören.

Nicht bundesrechtswidrig ist, dass die Vorinstanz für die Delikte der Tatgruppe, bei welcher es zu körperlichen Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und den Opfern kam, insgesamt eine um vier Monate höhere Strafe als das erstinstanzliche Gericht ausfällt. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend macht, die Vorinstanz habe auch in einem weiteren Fall das einwilligende Verhalten der Jugendlichen nicht berücksichtigt, kann ihm nicht gefolgt werden. Er verweist auf angebliche Aussagen von B. \_\_\_\_\_, ohne jedoch anzugeben, wo sich diese in den Akten finden sollten. Der Beschwerdeführer verkennt, dass das Bundesgericht keine Appellationsinstanz ist, welche die vorinstanzliche Beweiswürdigung mit freier Kognition überprüft. Er hätte daher klar und substantiiert darlegen müssen, inwiefern die Vorinstanz im Rahmen der

Strafzumessung von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt ausgehen soll (vgl. Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Beim Delikt zum Nachteil von C. \_\_\_\_\_ berücksichtigt die Vorinstanz im Rahmen der Würdigung der Tatkomponenten, dass die Jugendliche bei den sexuellen Handlungen freiwillig mitmachte (vgl. angefochtenes Urteil, S. 15). Die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers geht daher

fehl. Schliesslich ist nicht erkennbar, inwiefern die Vorinstanz die Aussagen von D. \_\_\_\_\_ in unzulässiger Weise interpretiert haben soll. Wenn sie ausführt, auf den Fotos sei ersichtlich, dass die Jugendliche übergewichtig sei und sich deshalb ob der Komplimente des Beschwerdeführers geschmeichelt gefühlt haben dürfte, ist dies nicht zu beanstanden.

1.4.4. Die Vorinstanz würdigt die Täterkomponente insgesamt leicht strafmildernd und reduziert die Strafe um sechs Monate. Sie legt dar, dass die Geständnisse des Beschwerdeführers hinsichtlich zweier Tatvorwürfe angesichts der Beweislage zu relativieren seien und mindestens in einem Fall kaum Einsicht in die Tat vorhanden sei. Sie führt nachvollziehbar aus, der Beschwerdeführer könne auch deshalb nicht von einem grosszügigen Geständnisrabatt profitieren, weil er in Bezug auf das Alter seiner Opfer jeweils ausweichend geantwortet habe, was nicht auf echte Reue schliessen lasse. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, überzeugt nicht. So wertet auch die Vorinstanz seine Aussagen im Rahmen des letzten Wortes an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung positiv (angefochtenes Urteil, S. 27). Sein kooperatives Verhalten, der Umstand, dass der Beschwerdeführer in geringem Umfang geständig war, sowie sein zu keinen Beanstandungen Anlass gebendes Verhalten nach der Tat berücksichtigt die Vorinstanz ebenfalls zu seinen Gunsten. Unter Verweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung geht sie zutreffend von keiner erhöhten Strafempfindlichkeit des Beschwerdeführers aus. Dass er Vater einer kleinen Tochter ist und gemäss eigener Darstellung mit seiner Erwerbstätigkeit die finanzielle Existenz seiner Familie sichert, vermag daran nichts zu ändern. Die Verbüssung einer Freiheitsstrafe ist für jede arbeitstätige und in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit einer gewissen Härte verbunden. Der Vollzug einer Freiheitsstrafe bringt es zwangsläufig mit sich, dass der Betroffene aus seiner Umgebung und allenfalls auch aus einem günstigen beruflichen Umfeld herausgerissen wird. Die Rechtsprechung betonte wiederholt, dass eine erhöhte Strafempfindlichkeit nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen ist (vgl. Urteile 6B\_243/2016 vom 8. September 2016 E. 3.4.2; 6B\_748/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 1.3; je mit Hinweisen). Solche sind vorliegend nicht gegeben.

1.4.5. Unbegründet ist schliesslich die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz hätte sich angesichts der ausgefallten teilbedingten Freiheitsstrafe von 32 Monaten fragen müssen, ob nicht auch eine solche, die die Grenze für den vollbedingten Vollzug von 24 Monaten nicht überschreitet, noch vertretbar wäre. Sind die subjektiven Voraussetzungen des Strafaufschubs erfüllt und fällt eine Strafe im Bereich eines Grenzwerts zum bedingten (24 Monate; vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB) oder teilbedingten Vollzug (36 Monate; vgl. Art. 43 Abs. 1 StGB) in Betracht, hat das Gericht nach der Rechtsprechung angesichts der einschneidenden Konsequenzen des unbedingten Vollzugs zwar zu prüfen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar ist (BGE 134 IV 17 E. 3.5 S. 24 f.). Vor dem Hintergrund, dass gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB bei Freiheitsstrafen zwischen mindestens einem und höchstens drei Jahren der Vollzug teilweise aufgeschoben werden kann, wodurch das System des bedingten Strafvollzuges im Vergleich zum früheren Recht flexibler geworden ist, lässt sich indessen nicht sagen, dass eine Freiheitsstrafe von 32 Monaten noch im Grenzbereich des bedingten Strafvollzuges liegt (vgl. Urteil 6B\_51/2016 vom 3. Juni 2016 E. 4.2).

Den

individuellen Verhältnissen des Betroffenen kann durch die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges hinreichend Rechnung getragen werden (BGE 134 IV 17 E. 3.3 S. 23 f.). Das angefochtene Urteil hält auch in diesem Punkt vor Bundesrecht stand.

2.

Der Beschwerdeführer begründet seine Anträge zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht respektive einzig mit der als bundesrechtswidrig gerügten Strafzumessung. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, darauf einzugehen.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Strafabteilung, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Januar 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: M. Widmer