

BGer 6B_409/2021 vom 19. August 2022

Bundesgericht, 2022-08-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_409_2021

FR: TF 6B_409/2021 du 19 août 2022

IT: TF 6B_409/2021 del 19 agosto 2022

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, indem er wegen räuberischen Diebstahls, begangen am 26. November 2016 zum Nachteil des Beschwerdegegners 2, verurteilt worden sei, habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt. Gemäss konstanter Rechtsprechung und Lehre müsse der Täter hierfür "auf frischer Tat ertappt" werden. Dabei meine "frisch" eine Entdeckung des Diebs in flagrante delictu, worunter die Wahrnehmung des Diebstahls respektive der Vorbereitung des Abtransports der Beute oder des Abtransports selbst durch eine beliebige Drittperson am Tatort selbst oder in dessen unmittelbarer Nähe zu verstehen sei, jedenfalls aber vor der Beendigung des Diebstahls, d.h. vor der Sicherung der Beute.

Nötigungshandlungen des Diebs zu einem späteren Zeitpunkt - nach Beendigung des Diebstahls - stellten keinen räuberischen Diebstahl dar, selbst wenn sie dem Zweck dienten, den Besitz des Diebesguts zu sichern. Beendet werde der Diebstahl mit dem Verlassen des Ladens ohne Bezahlen der entwendeten Ware. In casu habe er anlässlich des besagten Vorfalls unstrittig, nachdem er angeblich Fleischwaren in seinen privaten Rucksack verstaut habe, an der Self-Scanningkasse ein Bier bezahlt, danach den Kassensektor - und damit den Einkaufsbereich - passiert und anschliessend die D._____ Filiale verlassen; erst ausserhalb des Geschäfts sei es zur Rangelei mit dem Beschwerdegegner 2 gekommen. Mit dem Verlassen des Ladenlokals sei der Diebstahl jedoch beendet gewesen, womit die nachfolgenden Nötigungshandlungen den Tatbestand des räuberischen Diebstahls so oder anders nicht zu erfüllen vermöchten, unbesehen davon, wo sie genau stattgefunden hätten.

Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei, nachdem er den Kassenbereich, welcher sich in der Nähe des Ausgangs befinde, durchquert und den Laden verlassen habe, ausserhalb des Gebäudes vom Beschwerdegegner 2 erwartet und auf den Inhalt seines Rucksacks angesprochen worden. Die daraufhin folgende Rangelei bzw.

Nötigungshandlung seitens des Beschwerdeführers hätte demnach unmittelbar im Nachgang zum (vollendeten) Diebstahl stattgefunden, d.h. der Beschwerdeführer sei "auf frischer Tat" ertappt worden. Der objektive Tatbestand des räuberischen Diebstahls sei damit erfüllt.

E. 1.2

Gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt den Tatbestand des Raubs, wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr mit Leib oder Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht; er wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat ertappt, Nötigungshandlungen nach Abs. 1 der Bestimmung begeht, um die gestohlene Sache zu behalten, wird mit der gleichen Strafe belegt (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

E. 1.2.1

Der Grundtatbestand des Raubs laut Ziff. 1 von Art. 140 StGB zerfällt damit in zwei Begehungsvarianten: den "schlichten" Raub (Abs. 1) und den sog. räuberischen Diebstahl (Abs. 2). Während bei ersterer die Nötigungshandlung den Diebstahl ermöglichen soll, folgt sie beim räuberischen Diebstahl nach und bezweckt, das Gestohlene zu behalten (vgl. Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N 15 und 46 zu Art. 140 StGB). Der räuberische Diebstahl ist somit nur möglich, wenn der Diebstahl vollendet wurde, d.h. mit der Begründung des neuen Gewahrsams an der betreffenden Sache (Niggli/Riedo, a.a.O., N 47 zu Art. 140 StGB in Verbindung mit N 77 zu Art. 139 StGB). Der Täter muss ferner "auf frischer Tat ertappt" werden. Dabei meint "frisch" eine Entdeckung des Diebs in flagrante delictu, d.h. eine beliebige Drittperson wird Zeuge des Diebstahls, indem sie die Wegnahme des Deliktsguts, die Vorbereitung des Abtransports der Beute oder den Abtransport selbst am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe, jedenfalls vor Beendigung des Diebstahls, beobachtet. Die Anwendung eines Zwangsmittels - einer Nötigungshandlung der beschriebenen Art - muss sodann in erster Linie darauf abzielen, das Diebesgut zu behalten. Der Einsatz von Nötigungsmitteln, der unter Zurücklassung der Beute allein die Flucht ermöglichen oder verhindern soll, dass der Täter identifiziert werden kann, erfüllt mangels Verknüpfung der qualifizierten Nötigung mit der Eigentumsverletzung den Tatbestand des Raubs nicht (BGE 92 IV 153 E. 1; 83 IV 66 ; je mit Hinweisen). Indes erfordert der Tatbestand nicht, dass die Sicherung der Beute einziges Handlungsziel ist. Will der Täter durch seine Nötigungshandlungen sowohl die Beute als auch seine Flucht sichern, so ist Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllt (Urteil 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 E. 1.2.2 mit Hinweisen, nicht publiziert in: BGE 148 IV 124). Beendet ist die Tat schliesslich erst bei Sicherung der Beute respektive mit dem Eintritt der Bereicherung. Nötigungshandlungen des Diebes zu einem späteren Zeitpunkt stellen keinen räuberischen Diebstahl dar, selbst wenn sie dem Zweck dienen, den Besitz des Diebesguts zu sichern (vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., N 78 zu Art. 139 StGB und N 49 zu Art. 140 StGB ; Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl. 2018, S. 179).

E. 1.2.2

Das Bundesgericht hat sich zur Situation des Diebstahltatbestands in Selbstbedienungsläden in zwei Urteilen wie folgt geäußert. Zum einen hielt es in BGE 92 IV 89 (S. 91) fest, in Selbstbedienungsläden werde dem Kunden das Behändigen von Waren regelmässig nur unter der Voraussetzung gestattet, dass er die von den Gestellen genommenen Gegenstände in einen dazu bestimmten offenen Drahtkorb lege und er sich vor dem Verlassen des Geschäftes mit den eingesammelten Waren an die Kasse begeben, damit er sie dort zum Zwecke der Kontrolle und Bezahlung vorweise. Dieser gesamte Vorgang wickle sich zudem mehr oder weniger unter den Augen von Geschäftsangestellten ab, denen eigens die Beaufsichtigung der Kunden obliege. Dem Kunden stehe somit über die Waren, solange sie ihm anvertraut seien, nur eine geringe Verfügungsmacht zu, während jene des Geschäftsinhabers nahezu unbeschränkt bestehen bleibe. Der Bruch fremden Gewahrsams übertreffe daher den zugleich begangenen Vertrauensmissbrauch erheblich an Bedeutung und stelle das die Tat kennzeichnende Merkmal dar, sodass diese als Diebstahl oder Entwendung (und nicht als Veruntreuung) zu würdigen sei. Im konkret zu beurteilenden Fall habe die Beschuldigte den Pullover gestohlen, als sie ihn in ihren ausschliesslichen Gewahrsam gebracht habe. Das sei dadurch geschehen, dass sie in der Umkleidekabine den

fremden Pullover unter dem eigenen versteckt habe, um ihn sich anzueignen. Da das Delikt vollendet gewesen sei, bevor sie die Kasse passiert habe, falle eine allfällige Bestrafung wegen Betrugs ausser Betracht.

In Bestätigung dieser Rechtsprechung wurde in BGE 98 IV 83 (E. 2a und b) erwogen, vorliegend habe sich die Täterin von dem Augenblick an des Diebstahls schuldig gemacht, als sie die zwei Kleidungsstücke in der Plastiktasche in der Absicht versteckt habe, sie sich anzueignen. Zur Beendigung des Delikts gehöre aber auch die unbemerkte Fortschaffung der weggenommenen Ware aus dem Laden ohne Bezahlung. Die Beteiligung des Gehilfen sei dabei - so das Bundesgericht im Weiteren (E. 2c) - so lange möglich, als die Tat noch nicht beendet sei, d.h. als nach einem rechtlich vollendeten Delikt durch das nachfolgende Verhalten des Täters das verletzte Rechtsgut weiterhin beeinträchtigt werde. Im Zeitraum zwischen der rechtlichen Vollendung des Diebstahls und der tatsächlichen Beendigung des Delikts beim Verlassen des Geschäfts sei Gehilfenschaft somit möglich gewesen.

E. 1.3.1

Nach letztinstanzlich nicht substantiiert bestrittener Feststellung der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer am 26. November 2016 in der D._____ Filiale U._____ zwischen den Regalen abgepackte Fleischwaren in seinem Rucksack verstaut; daraufhin ist er, nachdem er zusätzlich noch eine oder zwei Dosen Bier behändigt hatte, zur Self-Scanningkasse gegangen, wo er lediglich das Bier bezahlte und im Anschluss das Geschäft verliess. Ausserhalb des Ladens ist es dann zur Konfrontation durch den Beschwerdegegner 2 gekommen, der den Beschwerdeführer während des ganzen Vorgangs im Geschäft beobachtet hatte. In der Folge artete die Begegnung in eine Rangelei zwischen den Beteiligten aus mit Verletzungsfolgen für den Beschwerdegegner 2.

E. 1.3.2

Damit ist der Tatbestand des Diebstahls sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt. Vollendet wurde das Delikt nach dem vorstehend Dargelegten in dem Moment, in welchem der Beschwerdeführer die Fleischwaren mit der Absicht, sie sich ohne Bezahlung anzueignen, in seinem Rucksack verstaute. Auch wurde der Beschwerdeführer auf frischer Tat ertappt, wie dies der räuberische Diebstahl gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfordert. Uneinigkeit besteht zwischen den Verfahrensbeteiligten jedoch in Bezug auf den Zeitpunkt der Beendigung des Diebstahls bzw. die Frage, ob Nötigungshandlungen im Sinne der Bestimmung vorgenommen wurden. Dies ist mit dem Beschwerdeführer zu verneinen. Beendet wurde der Diebstahl, wie die hiervor zitierten Urteile belegen, als der Beschwerdeführer das Geschäft verlassen hat. Ob sich die Kassen (sowie der Kiosk), wie von der Vorinstanz ausgeführt, in der Nähe des Ausgangs befanden, ändert daran ebenso wenig etwas wie der Umstand, dass der Beschwerdegegner 2 von der Arbeitgeberin instruiert worden sei, die Kunden nicht im Ladeninnern, sondern erst im Ausgangsbereich zu kontrollieren. Das nachfolgende Aufeinandertreffen von Beschwerdeführer und Beschwerdegegner 2, anlässlich welchem der Beschwerdeführer mittels Nötigungshandlungen sowohl das Diebesgut als auch seine Flucht sichern wollte, spielte sich zwar unmittelbar im Nachgang zum Diebstahl ab, aber eben erst nach dessen Beendigung, was eine Verurteilung wegen räuberischen Diebstahls ausschliesst.

Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen.

E. 2.1

In der Beschwerde wird ferner eine Bundesrechtsverletzung gerügt, weil die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer im Zeitraum vom 3. Oktober 2018 bis 19. Januar 2019 begangenen 17 Diebstähle, bei welchen Waren im Gesamtwert von Fr. 3'352.60 bzw. von durchschnittlich Fr. 838.15 monatlich erbeutet wurden, als gewerbsmässig im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB einstuft. Da sich der durch den Verkauf der Waren auf der Gasse effektiv erzielte Erlös auf durchschnittlich lediglich etwa Fr. 208.90 pro Monat belaufen habe (ca. einen Viertel des Verkaufspreises), könne nicht angenommen werden, dass dadurch ein - für die Erfüllung des Tatbestands Voraussetzung bildender - namhafter Teil der Lebenskosten habe gedeckt werden können.

Im vorinstanzlichen Urteil wird hierzu festgehalten, dass selbst wenn von einem tatsächlich realisierten Erlös von nur einem Viertel des Verkaufspreises des Diebesguts, d.h. von durchschnittlich Fr. 208.90 pro Monat, auszugehen wäre, dies immer noch neben dem von der Mutter des Beschwerdeführers monatlich ausgerichteten monatlichen "Zustupf" von EUR 200.-- - 300.-- rund die Hälfte seines "Einkommens" betragen hätte. Ausserdem habe er erwiesenermassen auch Nahrungsmittel entwendet, welche zum Verkaufspreis anzurechnen seien, zumal er sie selber konsumiert haben dürfte.

E. 2.2.1

Laut Art. 139 Ziff. 1 StGB wird, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Gemäss Ziff. 2 der Bestimmung wird der Dieb mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft, wenn er gewerbsmässig handelt.

E. 2.2.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt der Ansatzpunkt für die Definition der Gewerbsmässigkeit im berufsmässigen Handeln. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt (BGE 116 IV 319 E. 4). Wesentlich für die Annahme der Gewerbsmässigkeit ist, dass der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben (BGE 129 IV 253 E. 2.1 mit Hinweis; 119 IV 129 E. 3a; 116 IV 319 E. 4c; Urteile 6B_259/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 5.1, 6B_550/2016 vom 10. August 2016 E. 2.3, 6B_932/2015 vom 18. November 2015 E. 4.1 und 6B_1077/2014 vom 21. April 2015 E. 3).

E. 2.3

Vor Bundesgericht ist einzig das Tatbestandselement des namhaften Beitrags an die Kosten zur Finanzierung der Lebensgestaltung umstritten. Dieses ist mit der Vorinstanz zu bejahen. Wie im angefochtenen Urteil rechtmängelfrei festgestellt wird, hat der Beschwerdeführer während vier Monaten insgesamt 17 (Laden-) Diebstähle begangen. Die dabei erbeuteten Waren dienten grossmehrheitlich dem Weiterverkauf auf der Gasse. Daraus kann der Rückschluss auf ein systematisches Vorgehen in dem Sinne gezogen werden, dass der Beschwerdeführer aus der deliktischen Tätigkeit mit einer gewissen Regelmässigkeit Einkünfte zu erzielen beabsichtigte, die ihm dazu verhelfen sollten, einen nicht

unerheblichen Teil seiner Lebenshaltungskosten zu decken. Er bezeichnete seine Handlungsweise selber denn auch als "Beschaffungskriminalität". Davon ist selbst für den Fall auszugehen, dass sich, so die Behauptung des Beschwerdeführers, der für das jeweilige Diebesgut tatsächlich erhaltene Betrag nur auf etwa einen Viertel des Verkaufspreises, d.h. auf total Fr. 838.15 bzw. auf durchschnittlich Fr. 208.90 monatlich, belaufen hätte. In Anbetracht von sonstigen damaligen "legalen" Bareinkünften in Form des "Zustupfs" durch seine Mutter in der Höhe von rund EUR 200.-- - 300.-- pro Monat stellte auch diese Summe - neben den entwendeten, mutmasslich selber konsumierten und zum Verkaufspreis anzurechnenden Nahrungsmittel - einen doch beachtlichen Teil seines "ordentlichen Erwerbseinkommens" dar, was insgesamt auf ein gewerbsmässiges Handeln im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB schliessen lässt. Entgegen der letztinstanzlich vertretenen Sichtweise vermag dabei der Umstand, dass es sich bei der Mehrheit der Diebstähle, einzeln betrachtet, um geringfügige Vermögensdelikte nach Art. 172ter StGB handelte, zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Auch manifestiert sich die bei der Qualifizierung als gewerbsmässig begangener Diebstahl ebenfalls zu berücksichtigende soziale Gefährlichkeit hier allein bereits auf Grund der Vielzahl der Diebstähle während eines Zeitraums von lediglich vier Monaten. Schliesslich ist nicht erkennbar, inwiefern die Vorinstanz mit ihrem Schuldspruch gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen sollte.

Die für das gesamte Vermögensstrafrecht massgebende Umschreibung der Gewerbsmässigkeit hat letztlich eine Richtlinienfunktion (BGE 116 IV 319 E. 3b). Die Vorinstanz verbleibt nach dem Gesagten in diesem durch Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Rahmen ihres Beurteilungsspielraums.

E. 3

Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 22. Dezember 2020 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird insbesondere das Vorkommnis vom 26. November 2016 tatbestandlich neu einzuordnen haben. Ferner hat sie sich, nachdem der Schuldspruch wegen räuberischen Diebstahls gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB aufzuheben ist, abermals mit den Rechtsfolgen zu befassen. Dazu gehört auch die Landesverweisung, da die Vorinstanz dem Gewaltelement, das dem Tatbestand des räuberischen Diebstahls inhärent ist, bei der Beurteilung der öffentlichen Interessen an einer derartigen Massnahme (gegenüber den privaten Interessen des ausländischen Delinquenten am Verbleib in der Schweiz, vgl. Art. 66a Abs. 2 StGB) ebenfalls Rechnung getragen hat.

E. 4

Die Parteien werden im Umfang ihres Unterliegens grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Soweit er obsiegt, wird das Gesuch gegenstandslos, soweit er unterliegt, ist es gutzuheissen, da von seiner Bedürftigkeit auszugehen ist und seine Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Dem Beschwerdeführer und dem Kanton Schwyz sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Schwyz hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang dessen Obsiegens eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Diese ist praxismässig seinem Rechtsvertreter auszurichten. Im Umfang des Unterliegens ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus der Bundesgerichtskasse zu

entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers reichte eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 7'395.15 (einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer) ein. Bei vollständigem Obsiegen beläuft sich die Entschädigung praxisgemäss auf Fr. 3'000.-- (vgl. etwa Urteile 6B_1318/2020 vom 19. Mai 2022 E. 3.2 und 6B_9/2021 vom 8. April 2021 E. 4 mit Hinweis). Es besteht keine Veranlassung, hier vom üblichen Ansatz abzuweichen. Dem Beschwerdegegner 2 sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen, da er sich im bundesgerichtlichen Verfahren nicht geäussert hat. Auch ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.