

# **BGer 6B\_669/2008 vom 8. Dezember 2008**

Bundesgericht, 2008-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_669\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_669_2008)

FR: TF 6B\_669/2008 du 8 décembre 2008

IT: TF 6B\_669/2008 del 8 dicembre 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ; zur Tragweite BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

Es prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 439 E. 3.2; 133 IV 286 E. 1.4). Dieses Rügeprinzip verlangt, dass in der Beschwerdeschrift dargelegt wird, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 133 II 396 E. 3.1).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), soweit nicht die Voraussetzungen von Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind ( BGE 133 IV 286 E. 2.6). Art. 99 Abs. 1 BGG schliesst das Vorbringen echter tatsächlicher Noven im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren aus ( BGE 133 IV 342 ).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer beantragt im Schuldpunkt abweichend von der Vorinstanz somit (oben E. D) einzig, ihn von einer bandenmässigen Begehung des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB freizusprechen.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz führt aus, die Zusammensetzung der Beteiligten habe variiert. Dabei hätten sie regelmässig einen vom Beschwerdeführer zusammen mit einem Beteiligten gekauften Geissfuss verwendet. Mit diesem Kauf hätten sie den Willen manifestiert, in Zukunft damit Einbrüche zu begehen. Immer wenn der Beschwerdeführer oder ein Beteiligter Geldprobleme gehabt hätte, sei wieder ein Einbruch verübt worden. Dem Beschwerdeführer sei eine zentrale und massgebliche Rolle zugekommen. Die Rollen innerhalb der Gruppe seien klar verteilt gewesen, wobei der Beschwerdeführer beim Einstieg immer dabei gewesen sei. Weitere Beteiligte hätten als Chauffeure oder Aufpasser fungiert. Die Einbrüche seien mit dem Geissfuss immer ähnlich abgelaufen. Damit habe unter einem grösseren Personenkreis die Einigkeit und der Wille geherrscht, zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Es treffe nicht zu, dass die Taten jeweils spontan bzw. ohne konkreten Plan oder zufällig stattgefunden hätten. Es sei davon auszugehen, dass zwischen dem Beschwerdeführer und den Beteiligten mindestens eine stillschweigende - zwischen ihm und dem beim Kauf des Geissfusses Beteiligten sogar eine konkrete - Einigung über die

gemeinsame Begehung mehrerer Straftaten bestanden habe. Eine explizite Vereinbarung oder Planung sei nicht erforderlich gewesen (angefochtenes Urteil S. 11 - 14).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB wird der Dieb mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, wenn er den Diebstahl als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat.

Bandenmässige Begehung ist nach der bundesgerichtlichen Praxis anzunehmen, wenn sich zwei oder mehrere Täter mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Diebstähle oder Raubtaten zusammenzuwirken ( BGE 132 IV 132 E. 5.2; 122 IV 265 E. 2b).

Es bedarf nicht einer eigentlichen Verbrechensabrede. Vielmehr genügt der vorliegend jedenfalls konkludent geäusserte und durch die zahlreichen Taten manifestierte Wille, in der auch mit einer gewissen Zufälligkeit zusammengesetzten Gruppe weiterhin Diebstähle zu begehen, wenn es die finanzielle Lage eines Beteiligten nach diesem Tatkonzept (oben E. 2.1) erforderte. Es bestand eine grössere Gruppe, aus der heraus sich das "Team" im Einzelfall konstituierte und in welchem der Beschwerdeführer in massgeblicher Stellung und Rolle mitwirkte. Es ist daher von hinreichenden organisatorischen Mindestansätzen und einer Gruppenidentität auszugehen, so dass von einem "stabilen Team" im Sinne des Bandenbegriffs ( BGE 132 IV 132 E. 5.2) gesprochen werden kann. So bildete denn auch bereits der Beschwerdeführer zusammen mit dem beim Kauf des Geissfusses beteiligten Mittäter eine Bande. Wie die Vorinstanz annimmt, ist Bandenmässigkeit auch gegeben, wenn die zu begehenden Straftaten noch nicht bestimmt und geplant sind und nicht stets sämtliche Bandenmitglieder an allen Delikten teilnehmen (angefochtenes Urteil S. 11). Selbst wenn im Übrigen der Geissfuss zunächst nur für einen Einbruch gekauft worden sein sollte (Beschwerde S. 22, 25), bestätigt die anschliessende Verwendung genau den von der Vorinstanz angenommenen Verwendungszweck. Dabei ist klar zu stellen, dass dies lediglich ein Indiz bildet und die Bandenmässigkeit auch unbesehen dieses Geissfusses anzunehmen wäre. Unbehelflich ist weiter der Einwand, die Beteiligten hätten sich jeweils nur zum "gemeinsamen Ausgang oder Plaudern" getroffen, nie aber um weitere Einbrüche zu verüben (Beschwerde S. 24). Denn sie verübten nach den Treffen tatsächlich die Straftaten. Diese müssen nicht zum vornherein bestimmt oder geplant sein. Es spricht daher auch nicht gegen die Annahme bandenmässiger Begehung, dass für die konkret auszuführende Straftat der Entschluss "wieder aufs Neue gefasst wurde" (Beschwerde a.a.O.). Die Beschwerde ist unbegründet.

### **E. 3**

Die Staatsanwaltschaft hat im kantonalen Verfahren neben der Abweisung der Berufung des Beschwerdeführers einzig den Widerruf des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe des Urteils des Bezirksgerichts Bremgarten vom 19. Februar 2004 beantragt. Der Beschwerdeführer selber hat indessen auch die Strafe angefochten, so dass das bezirksgerichtliche Urteil diesbezüglich nicht in Rechtskraft erwuchs (vgl. § 221 StPO /AG). Die Vorinstanz nimmt deshalb eine neue Strafzumessung mit entsprechenden Vollzugsmodalitäten vor.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte die bezirksgerichtliche Gewährung des teilbedingten Vollzugs nicht aufheben dürfen, weil dies von keiner Seite beantragt worden sei. Er wirft deshalb der Vorinstanz eine Verletzung des Verbots der reformatio in peius vor. Er bezeichnet indessen weder eine Norm des kantonalen Rechts, die verletzt sein sollte, noch zeigt er eine kantonale Praxis auf, die seinen Rechtsstandpunkt stützen würde. Er beruft sich vielmehr auf einen Entscheid des Bundesgerichts in einer Zivilsache, worin das Verbot der reformatio in peius als klarer und unumstrittener Rechtsgrundsatz bezeichnet wird, dessen Missachtung gegen das Willkürverbot von Art. 9 BV verstosse. Das Verbot besage namentlich, dass die Beschwerdeinstanz das angefochtene Urteil nicht zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei abändern dürfe, es sei denn, die Gegenpartei habe ihrerseits Anschlussbeschwerde ergriffen ( BGE 129 III 417 E. 2.1.1).

Vorliegend hatte die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung erhoben. Bestand und Umfang des strafrechtlichen Verschlechterungsverbots beurteilen sich nach den kantonalen Prozessrechten, in denen sich unterschiedliche Regelungen finden. Da der Beschwerdeführer entgegen der Vorschrift von Art. 106 Abs. 2 BGG weder eine kantonale Norm bezeichnet noch eine Praxis darlegt, die seinen Standpunkt stützen und die angefochtene Entscheidung als willkürlich erweisen würde, ist darauf nicht einzutreten (oben E. 1).

Immerhin ist anzumerken, dass die Staatsanwaltschaft nicht zu seinen Gunsten ein Rechtsmittel eingelegt hatte, so dass auch eine reformatio in peius gemäss § 210 StPO /AG nicht verboten wäre. Indessen geht auch die Vorinstanz grundsätzlich von der Geltung des Verbots der reformatio in peius im kantonalen Recht aus. Mit der grundsätzlichen Geltung ist aber über dessen Wirkung in der konkreten Fallkonstellation noch nicht entschieden.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer verlangt, er sei zu einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 18 Monaten zu verurteilen. Im Falle einer über 24 Monate dauernden Strafe aber wäre der teilbedingte Vollzug zu gewähren und der zu vollziehende Teil der Strafe auf maximal sechs Monate festzulegen.

#### **E. 4.1**

Die Einwände gegen die Strafzumessung sind unbegründet. Ausgangspunkt bildet der Strafraumen von Art. 139 Ziff. 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen. Dieser Strafraumen erhöht sich wegen Real- und Idealkonkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB um die Hälfte.

Bei der Strafzumessung ist - anders als angeklagt - von einem tieferen Deliktsbetrag von rund Fr. 30'000.-- und einem Sachschaden von über Fr. 50'000.-- auszugehen. Dabei wirkt vor allem die Vielzahl der Straftaten erheblich straf erhöhend. Deshalb und angesichts des strafrechtlich relevanten Vorverhaltens und des Weiterdelinquierens kann nicht mehr lediglich von jugendlichem Leichtsinns die Rede sein (Beschwerde S. 27). Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, hat die Vorinstanz die neuere Entwicklung der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt. Dass er gelernt habe, "dass man für Geld arbeiten muss und nicht Einbrüche begehen kann", muss entgegen der Beschwerde nicht erheblich strafmildernd berücksichtigt werden. Das - allerdings etwas relativierte - kooperative sowie das übrige Verhalten nach der Tat berücksichtigt die Vorinstanz ebenfalls. Eine unbedingte Freiheitsstrafe trifft jeden schwer. Dies ist die gesetzliche Konsequenz strafbaren Verhaltens. Die Strafe liegt im Ermessen der Vorinstanz ( BGE 134 IV 17 E. 2.1) und ist

nicht zu beanstanden. Art. 42 StGB findet mithin keine Anwendung.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz stellt fest, die Gewährung des teilbedingten Vollzugs sei von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten worden, indessen verlange diese den Widerruf des bedingten Vollzugs des Urteils von 2004. Da die Frage des teilbedingten Vollzugs und des Widerrufs eng zusammenhängen und nicht gesondert geprüft werden könnten, habe die Gewährung des teilbedingten Vollzugs nicht in Rechtskraft erwachsen können (angefochtenes Urteil S. 24 mit Hinweis auf AGVE 1999 Nr. 23 S. 95 ff.). Insgesamt dürfe aber der Beschwerdeführer nicht schlechter fahren als vor dem Bezirksgericht bzw. als nach der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft.

In der Sache verweist die Vorinstanz darauf hin, dass der Beschwerdeführer nach dem Urteil vom 19. Februar 2004 erneut und noch heftiger delinquent habe. Für eine schlechte Prognose sprächen weiter die beiden früheren Jugendstrafverfahren sowie die neueste Verurteilung aus dem Jahre 2007. Er habe während des laufenden Verfahrens erneut einschlägig delinquent. Die Tatumstände sprächen ebenfalls für eine schlechte Prognose. Günstig wirke nur sein Verhalten nach der Tat und die neuere positive Entwicklung im persönlichen Bereich. Daher sei die dreissigmonatige Strafe entgegen dem Bezirksgericht unbedingt auszufallen. Da im Gegenzug von einem Widerruf des Urteils von 2004 abgesehen werde, bedeute dies keine Schlechterstellung, weil nach dem Antrag der Staatsanwaltschaft der Widerruf der zehnmonatigen Freiheitsstrafe zu erfolgen hätte, womit der Beschwerdeführer länger im Vollzug wäre (15 Monate ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung [ Art. 43 Abs. 3 StGB ] plus rund 6 ½ Monate [bei bedingter Entlassung, Art. 86 StGB ] gegenüber dem unbedingten Vollzug von 30 Monaten [mit bedingter Entlassung nach 20 Monaten] bei Verzicht auf den Widerruf) (angefochtenes Urteil S. 27). Aufgrund der zusatzweise unbedingt ausgesprochenen dreissigmonatigen Freiheitsstrafe rechtfertige es sich, auf den Widerruf ( Art. 46 Abs. 1 StGB ) zu verzichten (angefochtenes Urteil S. 28).

Diese Darstellung ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz erhöht die bezirksgerichtlich festgesetzte neue Strafe nicht, sondern ändert die Vollzugsmodalitäten, weshalb es für die Frage, mit welcher Anordnung der Beschwerdeführer besser wegkommt, auf die Vollzugsmodalitäten ankommt, die von der Vorinstanz nach den nachfolgend darzulegenden Grundsätzen anzuordnen waren.

#### **E. 4.3**

Mit der Frage des teilbedingten Vollzugs hat sich das Bundesgericht in BGE 134 IV 1 E. 5 ff. auseinandergesetzt. Darauf kann verwiesen werden. Grundvoraussetzung für den teilbedingten Vollzug bildet eine begründete Aussicht auf Bewährung. Umgekehrt ist bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.1). Die Vorinstanz beurteilt diese Frage zutreffend im Zusammenhang mit dem Widerruf.

##### **E. 4.3.1**

Zwar bilden während der Probezeit begangene Vergehen oder Verbrechen nicht zwingend einen Widerrufsgrund. Der Widerruf hat aber gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB zu erfolgen, wenn wegen der Begehung des neuen Delikts zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Voraussetzung bildet das Fehlen einer ungünstigen Prognose, so

dass aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine Schlechtprognose besteht. Bei dieser Prognose steht dem Gericht ein Ermessen zu ( BGE 134 IV 140 E. 4.2 und 4.3).

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass der bedingte Vollzug des Strafurteils von 2004 antragsgemäss zu widerrufen wäre.

#### **E. 4.3.2**

In der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs ist zu berücksichtigen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Das Gericht kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB verneint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden. Liegt allerdings der Fall von Art. 42 Abs. 2 StGB vor und fehlt es an den "besonders günstigen Umständen", so muss die neue Strafe vollzogen werden. Ferner wird die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen ( BGE 134 IV 140 E. 4.5). Diese Rechtsprechung zum Verhältnis von Art. 42 und 46 StGB ist auch im Verhältnis zu Art. 43 StGB zu beachten.

Es ist festzustellen, dass die Vorinstanz besonders günstige Umstände zu Recht verneint und die während der Probezeit begangenen Delikte gravierend sind.

#### **E. 4.3.3**

Es ergibt sich, dass die Vorinstanz die Fragen des teilbedingten Vollzugs und des Widerrufs bei der Gesamtwürdigung zu Recht verknüpft und dass grundsätzlich sowohl die neue Strafe unbedingt auszusprechen als auch die aufgeschobene Strafe von 2004 zu widerrufen gewesen wäre, dass sich aber nicht beides rechtfertigte.

Die zunächst überraschend erscheinende Strafzumessungslösung hat daher vor Bundesrecht Bestand. Einerseits ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass von einer Schlechtprognose auszugehen ist, so dass auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht mehr gerechtfertigt erscheint ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.1). Denn das Verschulden ist erheblich, und bisher hatte sich der Beschwerdeführer durch mehrere Strafverfahren und die jeweilige Untersuchungshaft nicht beeindrucken lassen. Es kann auch nicht von einem tiefgreifenden Wandel ausgegangen werden (anders als etwa in BGE 134 IV 140 E. 5.3). Andererseits konnte von einem Widerruf der früheren Strafe nur abgesehen werden, wenn dieser Verzicht bei der neuen Strafe gebührend in Rechnung gestellt wird, und zwar in der Weise, dass die neue Strafe unbedingt ausgesprochen wird. Vom Widerruf soll abgesehen werden können, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden, auch wenn neuerdings im persönliche Bereich eine positive Entwicklung des Beschwerdeführers festzustellen ist (angefochtenes Urteil S. 27). Der Verzicht auf den Widerruf lässt sich nur mit der unbedingten Ausfällung der neuen Strafe rechtfertigen (angefochtenes Urteil S. 28). Weil Strafzumessung und Widerruf strafzumessungsrechtlich zusammenhängen, musste die Vorinstanz die neue Strafe im Blick auf beide Institute vornehmen, selbst wenn diese unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer hat die Kosten vor Bundesgericht zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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