

# **BGer 6P.16/2006 vom 15. März 2006**

Bundesgericht, 2006-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.16\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.16_2006)

FR: TF 6P.16/2006 du 15 mars 2006

IT: TF 6P.16/2006 del 15 marzo 2006

## **Regeste**

Art. 9 BV (Strafverfahren; rechtsungleiche Behandlung, Willkür); Strafzumessung, Strafausscheidung | Verfahren

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die staatsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur ( BGE 129 I 173 E. 1.5 mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt, ist auf sein Rechtsmittel nicht einzutreten.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht eine Verletzung des Gebots der Rechtsgleichheit ( Art. 8 Abs. 1 BV ) und des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) im Zusammenhang mit der Strafzumessung nach Art. 63 StGB vor. Er rügt, die ausgesprochene Strafe sei im Vergleich zu den gegen die beiden Mitangeklagten ausgefallenen Strafen in stossender Weise rechtsungleich ausgefallen. Die Strafzumessung richtet sich nach Art. 63 StGB . Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verstösst regelmässig gegen die dort enthaltenen Grundsätze. Die Rüge einer Ungleichbehandlung ist daher in aller Regel mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zu erheben. Nur ausnahmsweise wird eine unstatthafte Ungleichbehandlung auf einer Art. 63 StGB entsprechenden Strafzumessung beruhen; und nur dann ist die ungleiche Behandlung, im Vergleich mit der Bestrafung eines Mittäters, mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen ( BGE 116 IV 292 ; Hans Wiprächtiger, Strafzumessung - eine Herausforderung für die Strafbehörden, ZStrR 114/ 1996 S. 422, 445). Inwiefern dies vorliegend der Fall sein sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Er sieht eine Ungleichbehandlung darin, dass die von ihm verübten fünf Einbruchdiebstähle mit derselben Strafe geahndet werden wie die von B. \_\_\_\_\_ begangenen insgesamt zwanzig Delikte. Die Frage, inwieweit die Berücksichtigung der Deliktszahl im Rahmen der rechtsgleichen Behandlung bei der Strafzumessung relevant ist, betrifft indes Bundesrecht und ist deshalb mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde aufzuwerfen. Darüber hinaus zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwieweit die Beurteilung des Obergerichts willkürlich sein sollte. Auf beide Rügen ist daher nicht einzutreten.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beanstandet sodann eine - im Vergleich zu den Mitangeklagten - willkürliche und rechtsungleiche Strafausscheidung für die während der Probezeit verübten Delikte im Rahmen von Art. 38 Ziff. 4 StGB . Er sieht sich ungleich behandelt, weil bei ihm drei während der Probezeit begangene Delikte mit 10 Monaten Zuchthausstrafe zu Buche schlagen, während bei B. \_\_\_\_\_ ein auf die Probezeit entfallendes Delikt lediglich mit

einem Monat Zuchthaus geahndet wird. Die Strafgerichte bestimmen bei der Strafzumessung jenen Strafanteil, der auf die während der Probezeit begangenen strafbaren Handlungen entfällt. Bei dieser Strafausscheidung zieht der Richter die Vorschriften von Art. 63 ff. StGB heran ( BGE 128 IV 1 E. 1; 101 Ib 154 ) und bestimmt die Schwere der während der Probezeit verübten Delikte isoliert anhand einer hypothetischen Strafzumessung ( BGE 129 IV 209 E. 3 mit Hinweisen). Die Strafausscheidung ist mithin eine strafzumessungsrechtliche Frage, in deren Rahmen eine unzulässige Ungleichbehandlung in aller Regel nur durch Verletzung der von Art. 63 StGB ausgesprochenen Grundsätze möglich und deshalb mit Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen ist. Auch hier kommt die (subsidiäre) staatsrechtliche Beschwerde nur ausnahmsweise in Betracht (vgl. E. 1). Inwieweit ein solcher Ausnahmefall vorliegen sollte, legt der Beschwerdeführer ebenso wenig dar wie Willkür. Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist daher auch in diesem Umfang nicht einzutreten. II. Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde

#### **E. 4**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind einzig die Strafzumessung gemäss Art. 63 ff. StGB und die Strafausscheidung für die auf die Probezeit entfallenden Delikte im Rahmen von Art. 38 Ziff. 4 StGB . Der Beschwerdeführer rügt, gegen ihn sei im Verhältnis zu den zwei Mitangeklagten, insbesondere zu B.\_\_\_\_\_, eine übersetzte Strafe verhängt worden. Ebenfalls sei bei ihm der Strafanteil, der für die während der Probezeit begangenen Delikte ausgeschieden wurde, im Vergleich zu B.\_\_\_\_\_ zu hoch ausgefallen.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Dem Sachrichter steht bei der Gewichtung der im Rahmen der Strafzumessung zu beachtenden Komponenten ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift in dieses auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur ein, wenn der kantonale Richter den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn er von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn er wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat ( BGE 129 IV 6 E. 6.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat eine kantonale Instanz, wenn ein Täter Vergleiche zu einem Mitangeklagten zieht und eine Ungleichbehandlung in Bezug auf die ausgesprochenen Strafen geltend macht, sich jedenfalls zu diesem Vergleich zu äussern (Entscheid des Bundesgerichts 6S.46/1991 vom 16. Januar 1992 E. 4d; vgl. auch BGE 121 IV 202 E. 2d/bb). Mittäter sind nach den gleichen Massstäben möglichst rechtsgleich zu beurteilen. Der Grundsatz der Individualisierung und der dem Sachrichter vom Gesetz bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessensspielraum führen notwendigerweise zu gewissen, vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Abweichungen im Strafmass. Unterschiedliche Gewichtungen der massgebenden Faktoren sind zudem Folge der Unabhängigkeit des Richters, der weiten Strafrahmen, der freien Beweiswürdigung sowie des erheblichen Ermessens des Sachrichters. In dieser Hinsicht ist zu beachten, dass selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle sich massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten zu unterscheiden pflegen. Die aus diesen Umständen resultierende Ungleichheit in der Zumessung der Strafe reicht für sich allein nicht aus, auf einen Missbrauch des Ermessens zu schliessen (eingehend BGE 123 IV 150 E. 2a mit Hinweisen; ferner Entscheid des Bundesgerichts 6S.477/2004 vom 1. März 2005 E. 2.2.3 mit Hinweis).

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz ging bei der Bemessung der Strafe vom bandenmässigen Diebstahl als schwerster Tat aus ( Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB ). Dieser Tatbestand droht Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis nicht unter sechs Monaten an. Strafschärfend berücksichtigte sie den Rückfall ( Art. 67 Ziff. 1 StGB ). Der abstrakte Strafraum betrug demnach sechs Monate Gefängnis bis 20 Jahre Zuchthaus. Straferhöhend trug sie der Delikt konkurrenz Rechnung ( Art. 68 StGB ). Sie stufte das Verschulden des teilweise einschlägig vorbestraften Beschwerdeführers, welcher insgesamt an fünf Einbrüchen mitgewirkt und zudem illegal eine Pistole erworben habe, als schwer und seine kriminelle Energie als beachtlich ein, zumal er sich lediglich zwei Jahre nach seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug zu einem ersten Einbruchdiebstahl habe hinreissen lassen. Danach habe er sich zwei Jahre wohl verhalten, um alsdann erneut in die Delinquenz abzugleiten. Strafmindernd gewichtete sie seine Geständigkeit und sein Wohlverhalten nach der letzten Tat im Oktober 2003. Ebenso zu seinen Gunsten berücksichtigte sie seine schwierige Kindheit und Jugend. In Würdigung dieser Strafzumessungsfaktoren hielt die Vorinstanz eine Strafe von 18 Monaten Zuchthaus für angemessen, wobei sie die Gewährung des bedingten Strafvollzugs aus formellen Gründen ( Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB ) ausschloss. Den ebenfalls teilweise einschlägig vorbestraften und teilweise im Rückfall agierenden Mitangeklagten auferlegte sie - bei insgesamt 26 bzw. 20 verübten Einbruchdiebstählen - Zuchthausstrafen von 26 bzw. 18 Monaten. Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführer im Vergleich zu den Mitangeklagten zwar an einer wesentlich geringeren Anzahl von Delikten beteiligt gewesen sei. Doch seien die Deliktssumme und der Erlös bei ihm höher ausgefallen als bei seinem Komplizen B.\_\_\_\_\_. Zudem weise dieser - anders als der Beschwerdeführer - eine nicht zu vernachlässigende Strafempfindlichkeit aus, nachdem er nunmehr in geordneten Verhältnissen lebe und einer regelmässigen beruflichen Tätigkeit nachgehe. Im Weiteren habe B.\_\_\_\_\_ aus eigenem Antrieb aufgehört zu delinquieren. Auch unter Berücksichtigung der schweren Kindheit und Jugend des Beschwerdeführers rechtfertige es sich daher, ihn wie B.\_\_\_\_\_ mit 18 Monaten Zuchthaus zu bestrafen.

## **E. 5.3**

Soweit der Beschwerdeführer die Anwendung unzulässiger Zumessungsfaktoren rügt, erweist sich seine Beschwerde als unbegründet. Wohl beruht das schweizerische Strafrecht auf dem Prinzip der Verschuldens- und nicht der Erfolgsstrafe. Dennoch ist dem bewirkten Erfolg im Rahmen der so genannten Tatkomponente bei der Strafzumessung durchaus Rechnung zu tragen ( BGE 118 IV 21 E. 2b; 117 IV 112 E. 1 ). Entsprechend ist bei Vermögensstraftaten der Deliktsbetrag zu berücksichtigen ( BGE 75 IV 105 ; 78 IV 138 ). Insofern ist es bundesrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Ausmass der Deliktssumme im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigte und zu Lasten des Beschwerdeführers gewichtete, dass er einen höheren Deliktsbetrag bzw. Erlös aus dem Diebesgut erzielte als B.\_\_\_\_\_.

## **E. 5.4**

Unbegründet ist auch der Einwand, die Vorinstanz gehe trotz der wenigen von ihm verübten Straftaten von einer mit B.\_\_\_\_\_ vergleichbaren namhaften kriminellen Energie aus. Zwar hat der Beschwerdeführer - was die Vorinstanz nicht übersieht - im Vergleich zu den Mittätern in erheblich geringerem Umfang delinquent. Doch hat er immerhin an insgesamt fünf Einbruchdiebstählen mitgewirkt. Das sechste Delikt betrifft den illegalen Erwerb einer

Waffe mit Schalldämpfer. Zudem war er für den Verkauf der zusammen mit A. \_\_\_\_\_ erbeuteten Fahrräder verantwortlich und organisierte deren Absatz über Zeitungsinserte (vgl. kantonale Akten, act. 292 - 300, 320, 329). Im Weiteren hat sich der Beschwerdeführer - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - verhältnismässig kurze Zeit, d.h. zwei Jahre nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, erneut strafbar gemacht. Unter diesen Umständen hat sie ohne weiteres auf eine beachtliche kriminelle Energie auch des Beschwerdeführers schliessen dürfen.

#### **E. 5.5**

Die Vorinstanz hat die Geständigkeit aller drei Beteiligten - auch diejenige des Beschwerdeführers - strafmindernd berücksichtigt. Inwieweit er darüber hinaus mit dem vorzeitigen Strafantritt eine weitergehende Einsicht gezeigt haben sollte, legt er nicht dar und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich.

#### **E. 5.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die für die Strafzumessung massgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt und diese im Lichte einer rechtsgleichen Behandlung nachvollziehbar gewürdigt hat, ohne dabei einzelne dieser Kriterien zu stark oder zu gering zu gewichten. Nicht zu beanstanden ist demnach die Erwägung im angefochtenen Urteil, wonach die Strafe für den Beschwerdeführer trotz geringerer Deliktsanzahl angesichts des höher ausgefallenen Deliktsbetrags bzw. Erlöses in Anbetracht aller übrigen massgeblichen Umstände gleich anzusetzen sei wie bei B. \_\_\_\_\_. Die ausgesprochene Zuchthausstrafe von 18 Monaten erweist sich auch im Ergebnis nicht als übermässig hart, so dass nicht von einem eigentlichen Ermessensmissbrauch gesprochen werden muss (vgl. auch BGE 127 IV 101 E. 2c; 123 IV 49 E. 2a).

#### **E. 6.1**

Begeht der Entlassene während der Probezeit eine strafbare Handlung, für die er zu einer drei Monate übersteigenden und unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe verurteilt wird, ordnet die zuständige Behörde die Rückversetzung an. Wird der Entlassene zu einer mildereren oder zu einer bedingt zu vollziehenden Strafe verurteilt, kann die zuständige Behörde von der Rückversetzung Umgang nehmen ( Art. 38 Ziff. 4 StGB ). Bei einer drei Monate übersteigenden, unbedingt vollziehbaren Gesamtstrafe für Straftaten, die der Entlassene teils während, teils nach der Probezeit begangen hat, muss der Richter bestimmen, ob die Strafe wegen der während der Probezeit verübten Straftat(en) drei Monate übersteigt. Dabei hat er nicht auf eine prozentuale Quote der Gesamtstrafe abzustellen, sondern die Strafe zu bestimmen, die er ausfällen würde, wenn er einzig die während der Probezeit verübten Straftaten zu beurteilen hätte (vgl. BGE 129 IV 209 E. 3). Dabei zieht der Richter die Vorschriften von Art. 63 ff. StGB heran ( BGE 101 Ib 154 ).

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer wurde vom Obergericht des Kantons Zürich am 10. Oktober 1998 unter anderem wegen versuchten Mordes, versuchten Raubs, wiederholten Diebstahls, wiederholter Sachbeschädigung, wiederholten Hausfriedensbruchs sowie Verstosses gegen die (Zürcherische) Waffenverordnung zu 14 Jahren Zuchthaus abzüglich 353 Tagen Untersuchungshaft verurteilt. Am 31. Juli 1997 wurde er mit einer Probezeit von fünf Jahren bedingt aus dem Strafvollzug entlassen (kantonale Akten, act. 37). Die Probezeit endete demnach am 31. Juli 2002. Wie die Vorinstanz feststellt, verübte der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum drei Einbruchdiebstähle im Sinne von Art. 139 Ziff.

2 und 3 Abs. 1 StGB zu Lasten des Velogeschäfts D. \_\_\_\_\_ AG. Er erbeutete zusammen mit A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ im Sommer 1999 zehn Fahrräder, zusammen mit A. \_\_\_\_\_ im August 2001 mindestens 4 sowie im Februar 2002 fünf Velos sowie Ausrüstungsgegenstände und Bargeld. Zudem wurde Sachschaden angerichtet. Der Beschwerdeführer benützte die Fahrräder nach den vorinstanzlichen Feststellungen teilweise selbst oder verkaufte sie weiter und erzielte einen Erlös von rund Fr. 3'000.-- pro Velo.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz schied für alle drei während der Probezeit verübten Delikte des Beschwerdeführers unter Berücksichtigung der bei der Strafzumessung geschilderten Umstände einen Strafanteil von 10 Monaten Zuchthaus aus. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, die vorinstanzliche Beurteilung in einem bundesrechtswidrigen Licht erscheinen zu lassen. Insbesondere ist entgegen seiner Ansicht keine rechtsungleiche Behandlung im Vergleich zu B. \_\_\_\_\_ ersichtlich. Er verkennt bei seiner Kritik, dass sich die Strafhöhe und Strafausscheidung nicht arithmetisch nach der Anzahl begangener Delikte bestimmen lässt. Soweit der Beschwerdeführer schliesslich geltend macht, bei einem entsprechenden Teilstrafmass von über drei Monaten Freiheitsstrafe habe er bei der Rückversetzung in den Strafvollzug eine Reststrafe von 4,75 Jahren zu erstehen, spricht er die Frage der Rechtsfolgenberücksichtigung an (Matthias Härrli, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, in ZStrR 116/ 1998, S. 212 ff., 214). Diese Frage kann sich in Grenzfällen der Strafausscheidung stellen (nicht publizierte Erwägung 3 von BGE 128 IV I; 119 IV 125 E. 3b). Ein solcher Fall ist vorliegend indes nicht zu beurteilen. Denn der hier auf die Probezeit entfallende Strafanteil überschreitet angesichts der - vom Beschwerdeführer im Übrigen nicht angefochtenen - Anwendbarkeit von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB, welcher eine Mindeststrafe von sechs Monaten vorsieht, die drei Monate von Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB in jedem Fall doch deutlich.

### **E. 6.4**

Die gegen die Strafzumessung und die Strafausscheidung gerichteten Rügen erweisen sich demnach als unbegründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolge

### **E. 7**

Die in beiden Verfahren gestellten Gesuche um amtliche Verteidigung werden als Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entgegengenommen. Da die staatsrechtliche Beschwerde von vornherein aussichtslos erschien ( Art. 152 Abs. 1 OG ), ist das entsprechende Gesuch abzuweisen. Der Beschwerdeführer wird insoweit kostenpflichtig. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist auf seine finanziellen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen. Für das Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hingegen bewilligt werden. Es werden ihm deshalb für dieses Verfahren keine Kosten auferlegt. Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist eine angemessene Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten. Mit dem Entscheid in der Sache ist das in beiden Verfahren vor Bundesgericht gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos geworden.