

# **BGer 6P.78/2005 vom 16. November 2005**

Bundesgericht, 2005-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.78\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.78_2005)

FR: TF 6P.78/2005 du 16 novembre 2005

IT: TF 6P.78/2005 del 16 novembre 2005

## **Regeste**

Freiheitsberaubung, Entführung, einfache Körperverletzung, qualifizierter Raub, Nötigung etc. | Verfahren

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit dem Schuldspruch wegen Gefährdung des Lebens eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. In der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft sei der Tatbestand der Gefährdung des Lebens nicht aufgeführt. Das Bezirksgericht habe ihn auf die veränderte rechtliche Grundlage nicht aufmerksam gemacht, wodurch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

### **E. 1.2**

Mit Anklageschrift vom 28. Mai 2003 wurde der Beschwerdeführer der Freiheitsberaubung und Entführung, der einfachen Körperverletzung, des qualifizierten Raubes, der Nötigung, der mehrfachen Drohung und der Widerhandlung gegen das Waffengesetz angeklagt. Der Anklage lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer begab sich am 10. Februar 2001 mit seinem Personenwagen zusammen mit seinem Sohn Y. \_\_\_\_\_ und einem Dritten nach Aarau und suchte den Geschädigten, mit dessen Familie der Beschwerdeführer und sein Sohn seit längerem in Streit lagen, auf, um ihm einen Denkmittel zu verpassen. Dabei wurde der Geschädigte gegen 22.00 Uhr unter einem Vorwand aus einer Diskothek gelockt und umgehend attackiert, wobei ihm u.a. der Beschwerdeführer mit einer Pistole mehrmals auf den Kopf schlug. Anschliessend wurde der Geschädigte gewaltsam auf den Rücksitz des Personenwagens des Beschwerdeführers verfrachtet und zur Kiesgrube in Buchs gefahren, wo er weiter mit der Pistole und einem Gummiknüppel geschlagen wurde. Der Beschwerdeführer verlangte sodann vom Geschädigten, er solle sich bei seinem Sohn für die früheren Beschimpfungen und Drohungen entschuldigen, wobei er dem Geschädigten die Pistole an die Stirn hielt. Als dieser sich weigerte, steckte er ihm die Waffe in den Mund, schwenkte diese schliesslich gegen den Boden und feuerte zwei Schüsse ab. In der Folge brachten der Beschwerdeführer und sein Sohn den Geschädigten an ihren Wohnort und verarzteten ihn notdürftig.

### **E. 1.3**

Das Bezirksgericht gelangte zu Gunsten des Beschwerdeführers zum Schluss, der ebenfalls angeklagte qualifizierte Raub der Jacke und des Bargeldes des Geschädigten sei nicht nachgewiesen. In Übereinstimmung mit dem Antrag des Staatsanwaltes nahm es indes an, beim Tatbestand des Raubes gemäss Art. 140 Ziff. 2 Abs. 3 StGB werde die Gefährdung des Lebens konsumiert, so dass wegen des Freispruchs von der Anklage des qualifizierten Raubes eine Verurteilung nach Art. 129 StGB erfolgen müsse. Das Obergericht nimmt an,

der Schusswaffeneinsatz in der Kiesgrube, welcher zur Verurteilung wegen Gefährdung des Lebens führte, habe einen anderen Lebenssachverhalt betroffen als der angeklagte Raub der Jacke und des Bargeldes. Der Tatbestand der Gefährdung des Lebens hätte daher in der Anklageschrift genannt werden müssen, so dass insofern ein Mangel in der Anklage vorliege. Der Beschwerdeführer sei auf die Beurteilung des Schusswaffeneinsatzes in der Kiesgrube unter dem Aspekt der Gefährdung des Lebens nicht aufmerksam gemacht worden und habe sich dazu nicht äussern können. Dieser Mangel sei indes geheilt, da der Beschwerdeführer im Rahmen der Berufung hiezu habe Stellung nehmen können.

#### **E. 1.4**

Nach der Rechtsprechung hat der Angeklagte direkt gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör Anrecht darauf, zu einer von der Anklage abweichenden rechtlichen Würdigung des ihm vorgeworfenen Sachverhalts Stellung nehmen zu können, wenn eine schärfere Strafe droht ( BGE 126 I 19 E. 2c/aa). Dasselbe gilt, wenn der Betroffene wegen eines anderen als in der Anklage beantragten Straftatbestandes verurteilt werden soll und er nicht mit der neuen Würdigung rechnen musste, es sei denn, eine Anhörung hätte überhaupt keine Auswirkung auf die Ausübung seiner Verteidigungsrechte haben können ( BGE 126 I 19 E. 2d/bb). Gemäss § 163 Abs. 2 StPO /AG soll vor einer Verurteilung aufgrund von Gesetzesbestimmungen, die nicht in der Anklageschrift angerufen sind, der Angeklagte auf die Veränderung der rechtlichen Grundlagen aufmerksam gemacht und ihm Gelegenheit gegeben werden, sich dagegen zu verteidigen.

#### **E. 1.5**

Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in einem Rechtsmittelverfahren vor einer oberen Instanz geheilt werden, wenn dieser die gleiche bzw. eine nicht engere Überprüfungsbefugnis wie der unteren Instanz zusteht ( BGE 127 V 431 E. 3d/aa ; 126 I 68 E. 2; 124 II 132 E. 2d S. 138 f. je mit Hinweisen). Die Heilung einer allfälligen Gehörsverletzung soll aber die Ausnahme bleiben ( BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 438 mit Hinweis). Ihre ausnahmsweise Zulässigkeit entbindet die Behörde nicht davon, die Verfahrensrechte der Beteiligten zu wahren (vgl. BGE 124 II 132 E. 2d). Die Voraussetzungen für die Heilung des Verfahrensmangels sind hier, wie das Obergericht zu Recht annimmt, erfüllt. Das Obergericht kann im Berufungsverfahren das erstinstanzliche Urteil im Umfang seiner Anfechtung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei überprüfen ( § § 209, 217 ff. StPO /AG). Der Beschwerdeführer hatte denn auch im Berufungsverfahren hinreichend Gelegenheit, sich gegen die Würdigung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Lebens zu verteidigen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

#### **E. 2.1**

Im Weiteren bringt der Beschwerdeführer vor, er habe im kantonalen Verfahren ein von zwei Zeugen unterzeichnetes Schreiben eingereicht, in welchem ein Freund bestätige, dass er zwei Tage vor der Tat, am 8. Februar 2001, in seiner früheren Heimat in Kroatien mit ihm Schiessübungen gemacht habe. Das Obergericht habe dieses entlastende Schreiben zu Unrecht als unzutreffende Gefälligkeitsbestätigung gewürdigt und angenommen, es sei erst Jahre nach dem Vorfall ausgefertigt worden. Da der Antrag auf Einvernahme der betreffenden Personen als Zeugen abgewiesen worden sei, sei das Bestätigungsschreiben gleich zu würdigen, wie wenn jene an der Verhandlung als Zeugen ausgesagt hätten. Indem das Obergericht das Schreiben und den Umstand, dass am Tatort weder Projektile noch

Patronenhülsen gefunden worden seien, ausser Acht gelassen und lediglich auf die Aussagen des Geschädigten abgestellt habe, sei es in Willkür verfallen.

### **E. 2.2**

Das Obergericht gelangt zum Schluss, aufgrund der überzeugenden und immer gleich lautenden Aussagen des Geschädigten sei erstellt, dass der Beschwerdeführer ihm den Lauf der Pistole in den Mund gehalten und zwei Schüsse aus unmittelbarer Nähe zwischen die Beine abgefeuert habe. Dies werde durch die Auswertung der nach der Verhaftung beim Beschwerdeführer abgenommenen charakteristischen Schmauchspurwerte gestützt, auch wenn eine andere Herkunft derselben nicht völlig ausgeschlossen worden sei. Die in der obergerichtlichen Verhandlung eingereichte Bestätigung seines Freundes, wonach sie am 8. Februar 2001 spasseshalber mit einer Waffe geschossen hätten und die Schmauchspuren von daher rührten, überzeuge nicht. Dieses Schreiben, welches erst Jahre nach dem Vorfall verfasst worden sei, erscheine als unzutreffende Gefälligkeitsbestätigung.

### **E. 2.3**

Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 129 I 8 E. 2.1 und 173 E. 3.1 je mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Zunächst ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer den im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Antrag auf Einvernahme der drei Personen als Zeugen vor Obergericht nicht erneuert hat. Er macht denn auch keine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Es ist daher lediglich zu prüfen, ob die Würdigung der schriftlichen Bestätigung durch das Obergericht mit sachlichen Gründen haltbar ist. Dabei ist für die Beurteilung des Falles ohne Belang, ob die Feststellung des Obergerichts zutrifft, das vom Beschwerdeführer als Beilage zu seinem Beweisantrag vom 29. August 2002 an das Bezirksgericht und in der zweitinstanzlichen Verhandlung erneut eingereichte Schreiben (vgl. Untersuchungsakten Ordner 1, A, S. 116 f. und Ordner 2, Doss. 1 S. 424 f.; Akten des Obergerichts [unpaginiert], Beilage zum Plädoyer FS Dübendorfer) sei erst Jahre nach dem Vorfall verfasst worden. Wesentlich ist allein, ob das Obergericht dem Beweismittel gegenüber den belastenden Aussagen des Opfers zu Recht keine Bedeutung beimass. Dies ist zu bejahen. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei den Personen, welche die Bestätigung unterzeichnet haben, nach den unbestrittenen Erwägungen des Bezirksgerichts nicht um unabhängige Zeugen, sondern um Personen aus dem Bekanntenkreis des Beschwerdeführers handelte (vgl. Untersuchungsakten Ordner 1, A, S. 119). Ausserdem besteht kein Grund, an den überzeugenden und stets gleich lautenden Aussagen des Geschädigten zu zweifeln. Zwar trifft zu, dass am Tatort Blutropfen auf dem Boden festgestellt, jedoch weder Patronenhülsen noch Projektile und Einschüsse in den Boden gefunden werden konnten (Untersuchungsakten Ordner 2, Doss. 1 S. 278), doch genügt praxisgemäss für die Begründung von Willkür nicht, dass das angefochtene Urteil mit der Darstellung des Beschwerdeführers nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre ( BGE 129 I 8 E. 2.1 ; 127 I 54 E. 2b je mit Hinweisen). Was der Beschwerdeführer hier vorbringt, erschöpft sich im

Gründe in einer unzulässigen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt unbegründet.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht auch in Bezug auf den Schuldspruch wegen räuberischen Diebstahls gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB eine Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend. Durch das Zücken des Klappmessers könne nur die Nötigungshandlung an sich, nicht aber die Nötigungshandlung zur Sicherung der Beute begründet werden. Auch in subjektiver Hinsicht werde der Wille, die Nötigungshandlung gerade zur Erhaltung des erlangten Gewahrsams bzw. zur Sicherung der Beute am Diebesgut vorzunehmen, in der Anklageschrift nicht umschrieben.

### **E. 3.2**

In der Anklageschrift vom 28. Mai 2003 wird der Beschwerdeführer in diesem Punkt wegen mehrfachen Diebstahls und Drohung angeklagt. Der Sachverhalt wird wie folgt umschrieben: Der Beschwerdeführer stahl am 15. März 2002 im Warenhaus Jelmoli in Zürich Unterwäsche, nachdem er zwei Kinderpullover gekauft hatte. Insgesamt stahl er zum Nachteil der Jelmoli AG Waren im Wert von Fr. 525.--. Der Beschwerdeführer, der beim Diebstahl von zwei Ladendetektiven beobachtet worden war, wurde von diesen beim Verlassen des Geschäfts auf die gestohlenen Waren angesprochen. Hierauf wehrte er sich und zog ein Messer. Dieses richtete er gegen die beiden Geschädigten. Er bedrohte die beiden mit dem Messer und stach in ihre Richtung.

### **E. 3.3**

Das Obergericht nimmt an, die wesentlichen für einen Schuldspruch erforderlichen Elemente würden in der Anklageschrift genannt. Es werde angegeben, dass der Beschwerdeführer beim Diebstahl beobachtet, also auf frischer Tat ertappt und nach dem Verlassen des Geschäfts angehalten worden sei, dass sich der Beschwerdeführer gewehrt, ein Messer gezogen und mit diesem die beiden Ladendetektive bedroht habe. In der Sache gelangt das Obergericht zum Schluss, das Zücken des Klappmessers, mit welchem er in Richtung der Ladendetektive gestochen habe, stelle eine Nötigungshandlung zur Sicherung der Beute dar. Der objektive Tatbestand des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sei daher erfüllt. Dies gelte ebenso für die subjektive Seite des Tatbestandes. Es sei zwar denkbar, dass der Beschwerdeführer durch die für ihn völlig unerwartete Anhaltung verwirrt, aufgeschreckt oder gar ausser sich gewesen sei und habe beruhigt werden müssen. Dennoch habe er völlig zielgerichtet darauf hingewirkt, nicht belangt zu werden und dementsprechend seine Beute zu sichern.

### **E. 3.4**

Nach dem Anklagegrundsatz können Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Diese muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (Umgrenzungsfunktion). An diese Anklage ist das Gericht gebunden. Zum anderen vermittelt sie dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen. Sie dient insofern dem Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten (Informationsfunktion). Beiden Funktionen kommt gleiches Gewicht zu ( BGE 126 I 19 E. 2a; 120 IV 348 E. 2b und c; 116 Ia 455 E. 3a/cc je mit Hinweisen; ferner BGE 103 Ia 6 ; Hauser/Schweri/Hartmann,

Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. Basel 2005, 50.6 f., 8 und 16 ff.). In der kantonalen Strafprozessordnung ist der Anklagegrundsatz in § 25 StPO /AG verankert. Nach dieser Bestimmung darf sich die gerichtliche Beurteilung nur auf jene Personen und auf jene strafbaren Handlungen erstrecken, welche in der Anklage genannt werden (vgl. auch § 144 Abs. 1 StPO /AG).

### **E. 3.5.1**

Die Anklageschrift nennt auch in diesem Anklagepunkt die Gesetzesbestimmung, unter welcher die kantonalen Gerichte den Sachverhalt gewürdigt haben, nicht (vgl. § 144 Ziff. 3 StPO /AG). Der Beschwerdeführer beanstandet dies hier aber zu Recht nicht. Er macht auch nicht geltend, er sei nicht auf die von der Anklageschrift abweichende rechtliche Beurteilung aufmerksam gemacht worden. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre auch in diesem Punkt als geheilt zu betrachten.

### **E. 3.5.2**

Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anklagegrundsatzes rügt, dringt er mit seiner Beschwerde nicht durch. Gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich der räuberische Diebstahlschuldige, wer bei einem Diebstahl auf frischer Tat ertappt, Nötigungshandlungen nach Abs. 1 derselben Bestimmung begeht, um die gestohlene Sache zu behalten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Rechtsprechung zur früheren Fassung der Strafbestimmung (Art. 139 Ziff. 1 aStGB) fällt unter den Tatbestand nur die Anwendung der Nötigungsmittel zur Sicherung der Beute bzw. zur Erhaltung des Gewahrsams am Diebesgut. Der Einsatz von Nötigungsmitteln, der unter Zurücklassung der Beute allein die Flucht ermöglichen soll, erfüllt mangels Verknüpfung der qualifizierten Nötigung mit der Eigentumsverletzung den Tatbestand nicht ( BGE 83 IV 66 ; 92 IV 62 E. 1; Günter Stratenwerth/Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl. 2003, § 13 N 125 ; Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Bd. Art. 139 N 61 ). 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 (Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 140 N 46 mit Hinweis). Wohl trifft im zu beurteilenden Fall zu, dass die Anklageschrift sich nicht darüber auslässt, ob der Beschwerdeführer bei der Bedrohung der Ladendetektive mit dem Messer zum Zwecke der Sicherung der Beute gehandelt hat. Doch ergibt sich aus dem geschilderten Sachverhalt in der Anklageschrift, insbesondere aus dem Umstand, dass er unmittelbar zuvor die Waren im Laden gestohlen hatte und beim Verlassen des Geschäfts von den Detektiven darauf angesprochen worden war, ohne weiteres, dass das Ziehen des Messers zumindest auch dem Zweck diene, den Gewahrsam am Diebesgut zu erhalten. Dass die Bedrohung mit dem Messer nicht ausschliesslich der Ermöglichung der Flucht diene, ergibt sich auch daraus, dass der Beschwerdeführer die gestohlenen Waren nicht zurückliess, sondern auf sich behielt. Dies geht mit hinreichender Deutlichkeit aus der Anklageschrift hervor. Dasselbe gilt auch hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes. Die Auffassung des Obergerichts, wonach die wesentlichen Elemente in der Anklageschrift hinreichend umschrieben sind, ist somit nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 4**

Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer, das Obergericht sei willkürlich vom psychiatrischen Gutachten abgewichen. Das Obergericht habe von der Anordnung einer ambulanten Massnahme ohne nähere Begründung abgesehen, obwohl das Gutachten eine solche aus psychiatrischer Sicht als zweckmässig erachtet habe. Wie sich aus dem Entscheid zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ergibt, erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Punkt als begründet. Die Rüge der Verletzung des Willkürverbots ist daher gegenstandslos.

#### **E. 5**

Zuletzt beanstandet der Beschwerdeführer die Anordnung einer Landesverweisung. Insoweit richtet sich seine Beschwerde gegen die Anwendung von Bundesrecht, welche mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht überprüft werden kann. Auf die Beschwerde kann daher in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

#### **E. 6**

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. II. Nichtigkeitsbeschwerde

#### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch des räuberischen Diebstahls im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Er macht geltend, die von den kantonalen Instanzen festgestellten Tatsachen erlaubten den Schluss auf vorsätzliches Handeln nicht.

#### **E. 7.2**

Die Vorinstanz erwägt, es sei ohne weiteres denkbar, dass der Beschwerdeführer durch die für ihn völlig unerwartete Anhaltung verwirrt, aufgeschreckt, ja gar ausser sich gewesen sei und habe beruhigt werden müssen. Dass er wegen eines derart geringfügigen Deliktsbetrages zu solch unangemessenen Mitteln wie die Bedrohung mit einem Messer gegriffen habe, weise in diese Richtung, ändere aber nichts daran, dass er völlig zielgerichtet darauf hingewirkt habe, nicht belangt zu werden und dementsprechend seine Beute zu sichern. Der subjektive Tatbestand des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sei daher erfüllt.

#### **E. 7.3**

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft so genannte innere Tatsachen, ist damit Tatfrage und kann daher im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden ( Art. 273 Abs. 1 lit. b, 277bis BStP ). Bundesrecht ist nur verletzt, wenn die kantonale Instanz ihrem Urteil einen unzutreffenden Vorsatzbegriff zugrunde gelegt hat ( BGE 130 IV 58 E. 8.4 mit Hinweisen). Dies ist hier nicht der Fall. Aus dem geschilderten Ablauf des Sachverhalts ergibt sich notwendig, dass die Nötigungshandlung jedenfalls auch der Sicherung der Beute diene. Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe den Tatbestand des räuberischen Diebstahls vorsätzlich begangen, verletzt daher kein Bundesrecht.

#### **E. 8.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren eine Verletzung der Art. 63 und 68 StGB. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise vom Strafrahmen des Raubes als schwerster Tat ausgegangen. Ausserdem hätten die kantonalen Instanzen zu Unrecht strafehöhend gewichtet, dass er die medikamentöse Behandlung mit Antidepressiva abgesetzt habe. Dass

die Behandlung und seine Neigung zu Delinquenz in einem Zusammenhang stünden, sei ihm nicht klar gewesen. Grund für die Absetzung der Medikamente sei allein die unerwünschte Gewichtszunahme gewesen. Die Vorinstanz habe sodann angenommen, das Bezirksgericht habe zu Unrecht seine fehlende Geständnisbereitschaft und den Umstand, dass er versucht haben solle, Zeugen einzuschüchtern, als strafe erhöhend gewertet. Dennoch habe sie die erstinstanzlich ausgesprochene Strafe nicht reduziert. Damit habe sie ihr Ermessen verletzt.

### **E. 8.2**

Die Vorinstanz geht unter Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil von einer ausserordentlichen Tatschwere aus. Der Beschwerdeführer sei rücksichtslos, brutal, hinterhältig und kaltblütig vorgegangen. Hintergründe und Tatmotive hätten in keinem Verhältnis zu seinem tatsächlichen Verhalten gestanden. Hinsichtlich der Täterseite nimmt sie an, der Beschwerdeführer sei vorbestraft, habe während der laufenden Strafuntersuchung weiter delinquent und sei bereits wieder in ein Strafverfahren verwickelt. Nicht genügend erstellt sei einzig die Einschüchterung von Zeugen. Straferhöhend sei aber der Umstand zu würdigen, dass der Beschwerdeführer eigenmächtig die verordneten Medikamente abgesetzt habe. Zwar sei möglich, dass er die Einnahme der Medikamente wegen der Gewichtszunahme unterbrochen habe. Doch habe er genau gewusst, welchem Zweck die Heilmittel gedient hätten. Er habe damit in Kauf genommen, dass seine Aggressionen und seine Gewaltbereitschaft ansteigen würden, und habe daher egoistisch gehandelt. Beim Beschwerdeführer sei auch keine Reue erkennbar. Die fehlende Geständnisbereitschaft dürfe aber nicht strafe erhöhend gewertet werden. Unter Berücksichtigung der in leichtem bis mittlerem Grad verminderten Zurechnungsfähigkeit sei eine Strafe von zwei Jahren Zuchthaus angemessen.

### **E. 8.3**

Gemäss Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Das Gericht hat in seinem Urteil die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in den Grundzügen darzulegen. Dabei muss es in der Regel die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Insgesamt müssen seine Erwägungen die ausgefallte Strafe rechtfertigen, d.h. das Strafmass muss als plausibel erscheinen. Bei der Gewichtung der zu beachtenden Komponenten steht dem urteilenden Gericht ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu, in welches das Bundesgericht auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur eingreift, wenn das vorinstanzliche Gericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wenn es wesentliche Komponenten ausser Acht gelassen bzw. falsch gewichtet hat oder wenn die Strafe in einem Masse unverhältnismässig streng bzw. mild erscheint, dass von einer Überschreitung oder einem Missbrauch des Ermessens gesprochen werden muss ( BGE 127 IV 101 E. 2; 124 IV 286 E. 4a; 123 IV 49 E. 2a; 122 IV 241 E. 1a je mit Hinweisen).

### **E. 8.4**

Soweit der Schuldspruch des räuberischen Diebstahls gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB kein Bundesrecht verletzt, ist auch nicht zu beanstanden, dass die kantonalen Instanzen von einer oberen Grenze des Strafrahmens von 15 Jahren Zuchthaus ausgegangen sind (Art. 140

Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 68 Ziff. 1 StGB ). Nach dem psychiatrischen Gutachten erlitt der Beschwerdeführer im Jahre 1998 einen Berufsunfall, der zur Arbeitsunfähigkeit führte. In der Folge entwickelte sich bei ihm ein depressives Syndrom, eine Anpassungsstörung und eine anhaltende somatoforme Schmerzverarbeitungsstörung. Seither wurde der Beschwerdeführer medikamentös behandelt, wobei hauptsächlich Antidepressiva verschrieben worden seien. Aufgrund einer bei Antidepressiva nicht selten zu beobachtenden Gewichtszunahme habe der Beschwerdeführer die medikamentöse Behandlung ausgesetzt. Daraufhin hätten die depressiven Symptome und eine aggressive Impulsbereitschaft zugenommen (Gutachten, Ordner 1 A S. 43). Der Beschwerdeführer wendet in dieser Hinsicht zu Recht ein, dass der Unterbruch der medikamentösen Behandlung vor der Begehung der Straftaten über die Schwere des Tatverschuldens nichts aussagt und daher nicht als Kriterium für die Strafzumessung herangezogen werden kann. Die Medikamente wurden ihm denn auch nicht zum Zweck der Verhinderung künftiger Delikte abgegeben, sondern zur Behandlung seiner psychischen Erkrankung. Soweit die Vorinstanz das Absetzen der Medikamente als strafehöhend wertet, verletzt sie Bundesrecht. Im Weiteren beanstandet der Beschwerdeführer zu Recht, dass die Vorinstanz wohl einräumt, die vom Bezirksgericht als strafehöhend gewertete Einschüchterung der Zeugen sei nicht nachgewiesen, die ausgesprochene Strafe aber dennoch nicht herabsetzt. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

### **E. 9.1**

Ferner beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz von der Anordnung einer ambulanten Behandlung abgesehen hat, obwohl das psychiatrische Gutachten eine solche empfahl. Die Vorinstanz habe sich lediglich mit der Frage des Aufschubs des Strafvollzuges befasst und sich zur Frage der Anordnung der Behandlung selbst nicht geäußert.

### **E. 9.2**

Das Bezirksgericht nahm an, eine ambulante Massnahme dürfe nicht dazu missbraucht werden, den vom Gesetz vorgeschriebenen Strafvollzug zu umgehen. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer ambulanten Behandlung seien nicht erfüllt. Da eine Psychotherapie während des Strafvollzuges zur ordentlichen Betreuung durch die Strafanstalt gehöre, sei die Anordnung einer vollzugsbegleitenden Massnahme durch das Gericht nicht notwendig. Die Vorinstanz weist die hiegegen geführte Berufung ab. Sie gelangt zum Schluss, eine ambulante Behandlung des Beschwerdeführers könne auch während des Strafvollzuges durchgeführt werden. Angesichts der Dauer der zu verbüssenden Strafe sei es dem Beschwerdeführer zumutbar, sich auf einen Therapeutenwechsel einzulassen und einzustellen. Ein Aufschub der Strafe zugunsten der ambulanten Massnahme falle daher ausser Betracht.

### **E. 9.3**

Erfordert der Geisteszustand des Täters ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB eine ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sollte dort, wo ein Erfolg wahrscheinlich ist, tendenziell eine ärztliche Behandlung eingreifen (vgl. BGE 129 IV 161 E. 4.1 mit Hinweisen). Das Gericht hat dabei nach pflichtgemäßem Ermessen zu urteilen (vgl. BGE

116 IV 101 ). Das Bundesgericht greift - wie bei der Strafzumessung - nur ein, wenn das Sachgericht von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausging, wenn es wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht liess oder solche in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtete (vgl. BGE 127 IV 101 E. 2 mit Hinweisen).

#### **E. 9.4**

Der Beschwerdeführer rügt zu Recht, dass die Vorinstanz sich lediglich zur Frage des Aufschubs des Strafvollzugs zugunsten einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB äussert, nicht aber dazu, ob eine ambulante Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB überhaupt angeordnet werden soll. Die Verweigerung des Aufschubs des Vollzugs bedeutet nicht, dass eine Therapie nicht wenigstens vollzugsbegleitend anzuordnen wäre. Indem die Vorinstanz die in diesem Punkt geführte Berufung des Beschwerdeführers abweist und das erstinstanzliche Urteil bestätigt, macht sie sich die Rechtsauffassung des Bezirksgerichts Aarau zu eigen, die Anordnung einer Therapie sei nicht notwendig, da Psychotherapien während des Strafvollzugs zur ordentlichen Betreuung der Anstaltsinsassen gehöre. Diese Auffassung verletzt Bundesrecht. Dass die Strafanstalten für eine ausreichende medizinische Betreuung der ihr anvertrauten Insassen zu sorgen hat und dass dazu auch die Einrichtung eines psychologischen oder psychiatrischen Dienstes gehört, bedarf keiner besonderen Erörterungen (vgl. Andrea Baechtold, Strafvollzug, Bern 2005, § 6 N 23 und § 7 N 21 ). Auch wenn die Strafanstalten bei allen Insassen gehalten sind, gegebenenfalls therapeutische Massnahmen zu ermöglichen, kann dies die Anordnung einer ambulanten Behandlung durch das Gericht nicht entbehrlich machen. Denn im Falle der richterlichen Anordnung ist die Anstaltsleitung im konkreten Fall ausdrücklich verpflichtet, eine solche Massnahme auch tatsächlich durchzuführen und muss der Strafgefangene sich dieser Massnahme unterziehen (vgl. Baechtold, a.a.O., § 9 N 44 ). Die Vorinstanz wird sich in ihrem neuen Urteil daher dazu äussern müssen, ob eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet werden muss. Dabei wird sie sich vom Gutachten der Psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau, Interner Psychiatrischer Dienst, Departement Forensik, vom 2. August 2002 leiten lassen müssen, das eine weitere ambulante psychiatrische Behandlung inklusive die Verordnung von Medikamenten als unabdingbar und zweckmässig im Sinne einer Massnahme nach Art. 43 StGB erachtet (Untersuchungsakten, Ordner 1, A S. 45 und 47). Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet. Da die Frage, ob eine ambulante Behandlung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB anzuordnen ist, von der Vorinstanz nicht behandelt worden ist, kann nicht geprüft werden, ob der Verzicht auf den Aufschub des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Massnahme vor Bundesrecht standhält.

#### **E. 10.1**

Zuletzt wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Anordnung der Landesverweisung. Die Vorinstanz habe seine persönlichen Verhältnisse nicht genügend berücksichtigt. Durch die Landesverweisung werde auch seine pflegebedürftige Frau betroffen, die von ihm betreut werde und die wie er selbst keine Familienangehörigen im Ausland habe. Eventualiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz hätte für die Nebenstrafe den bedingten Strafvollzug gewähren müssen. Sie trage der Warnwirkung der ausgesprochenen Freiheitsstrafe und der anzuordnenden ambulanten Therapie keine Rechnung. Sie habe damit ihr Ermessen verletzt.

### **E. 10.2**

Die Vorinstanz nimmt an, der Beschwerdeführer habe unter ganz verschiedenen Umständen eine markante und überaus rasch auslösbare Gewaltbereitschaft gezeigt. Seine Gewalttaten richteten sich nicht nur gegen bestimmte Opfer, so dass von Beziehungsdelikten auszugehen wäre, sondern auch gegen völlig unbestimmte Dritte. Auch im psychiatrischen Gutachten werde die Gefahr der Begehung neuerlicher Straftaten bejaht. Selbst die Behandlung mit Medikamenten habe ihn nicht daran gehindert, neuerliche Gewalttaten zu begehen, wobei er vorgängig einfach die Einnahme der Medikamente abgesetzt habe. Diese Unzuverlässigkeit manifestiere, dass selbst bei laufender Behandlung ein Sicherheitsbedürfnis bestehe, welches eine Landesverweisung erfordere. Daran ändere nichts, dass der Beschwerdeführer seit langem in der Schweiz lebe und hier verwurzelt sei und überdies sowohl er als auch seine Ehefrau gesundheitlich beeinträchtigt seien. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs für die Nebenstrafe seien nicht erfüllt. Dem Beschwerdeführer könne angesichts seiner Uneinsichtigkeit und des Umstands, dass er auch nach der Entlassung aus der ersten Untersuchungshaft weiter delinquent habe, keine günstige Prognose gestellt werden.

### **E. 10.3**

Gemäss Art. 55 Abs. 1 Satz 1 StGB kann der Richter den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, für 3 bis 15 Jahre aus dem Gebiete der Schweiz verweisen. Die Landesverweisung ist zugleich Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme. Ob eine Landesverweisung auszusprechen sei, entscheidet der Richter nach pflichtgemässen Ermessen. Für ihre Anordnung ist, obwohl der Charakter einer sichernden Massnahme überwiegt ( BGE 117 IV 229 ), Art. 63 StGB massgebend, da sie das Gesetz den Nebenstrafen zuordnet. Der Richter hat somit dem Verschulden des Täters Rechnung zu tragen und die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen ( BGE 104 IV 223 E. 1b; 94 IV 103 E. 2). Damit bleibt der Sicherungszweck nicht völlig unbeachtlich. Es ist Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen ( BGE 123 IV 107 E. 1 mit Hinweisen). Als Ausländer im Sinne von Art. 55 StGB gelten alle Personen, welche nicht das Schweizer Bürgerrecht besitzen. Die Landesverweisung ist somit auch gegen Ausländer mit Niederlassungsbewilligung möglich (vgl. hierzu BGE 112 IV 70 ). Gegenüber seit langem in der Schweiz wohnhaften Ausländern, die hier verwurzelt sind und kaum mehr Beziehungen zum Ausland haben, darf diese jedoch nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden ( BGE 123 IV 107 E. 1; 117 IV 112 E. 3a je mit Hinweisen). Bei der Verhängung der Landesverweisung steht dem kantonalen Gericht ein grosser Spielraum des Ermessens zu, bei dessen Ausübung es sich auf sachlich haltbare Gründe stützen muss, und müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts nachprüfen lässt. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn das kantonale Gericht von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wenn es wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. falsch gewichtet oder sein Ermessen überschritten hat ( BGE 123 IV 107 E. 1 a.E.).

### **E. 10.4**

Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz lebt der Beschwerdeführer seit langem in der Schweiz und ist hier verwurzelt. Er ist ferner - wie auch seine Ehefrau, die von ihm gepflegt wird, - gesundheitlich angeschlagen. Aus dem psychiatrischen Gutachten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im Jahre 1977 als Saisonnier erstmals in die

Schweiz einreiste und seit 14 Jahren in Mellingen lebt. Die Assimilation soll ihm ohne grosse Probleme gelungen sein. Er habe sich den hiesigen Gepflogenheiten anzupassen gewusst, habe schnell Deutsch gelernt, stets gearbeitet, sei seinen finanziellen Verpflichtungen nachgekommen und habe mit seiner Frau drei Kinder gross gezogen, die mittlerweile in der Schweiz eingebürgert seien. Im Juni 1998 habe er beim Entladen eines Lastwagens auf der Hebebühne einen Arbeitsunfall erlitten, bei welchem er von herunterstürzenden Paletten getroffen und schwer verletzt worden sei. Von diesem Unfall habe sich der Beschwerdeführer nicht mehr erholt. Es sei zu einer deutlichen und dauernden Beeinträchtigung der beruflichen und sozialen Leistungsfähigkeit gekommen. Der Beschwerdeführer sei seither arbeitsunfähig und beziehe eine IV-Rente. Nach dem Unfall seien zunehmend psychische Krankheitssymptome aufgetreten, die zu einer ambulanten psychiatrischen Behandlung seit dem Januar 1999 führten, wobei eine Anpassungsstörung und eine anhaltend somatoforme Schmerzverarbeitungsstörung diagnostiziert wurde. Das Gutachten kommt zum Schluss, beim Beschwerdeführer sei im Rahmen seiner Anpassungsstörung von einer verminderten Impulskontrolle, einer erhöhten Kränkbarkeit, einer Reduktion des Selbstwertgefühls und einer emotionalen Übererregbarkeit auszugehen (Ordner 1 A S. 27 f., 41 ff. und 46). Ausgangspunkt bildet im vorliegenden Fall der Umstand, dass die Landesverweisung nur mit Zurückhaltung angeordnet werden darf, wenn der zu verurteilende Ausländer seit längerer Zeit in der Schweiz lebt und hier verwurzelt ist. Diesem Umstand schenkt die Vorinstanz, wie sich aus den knappen Bemerkungen im angefochtenen Urteil ergibt, zu wenig Beachtung. Namentlich die Tatsachen, dass die ganze Familie des Beschwerdeführers in der Schweiz lebt, seine Kinder eingebürgert sind und sein ganzes soziales Umfeld in der Schweiz liegt, erwähnt sie nur am Rand. Gänzlich unbeachtet bleibt der im psychiatrischen Gutachten geschilderte Umstand, dass der Beschwerdeführer als Angehöriger der katholischen Minderheit seine ursprüngliche Heimat Kosovo aus politischen Gründen verlassen musste und sich nach Kroatien begab, wo er über keinerlei familiäre Kontakte verfügte. Zuwenig gewichtet die Vorinstanz daneben auch den Umstand, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers ebenfalls gesundheitlich beeinträchtigt ist und der Pflege bedarf. Die Vorinstanz begründet das Sicherheitsbedürfnis mit der "markanten und überaus rasch auslösbaren Gewaltbereitschaft" des Beschwerdeführers. Sie lässt dabei aber ausser Acht, dass diese Gewaltbereitschaft auf die psychische Beeinträchtigung des Beschwerdeführers nach seinem Arbeitsunfall zurückzuführen ist, namentlich auch die verminderte Impulskontrolle und die emotionale Übererregbarkeit. Evident ist nach dem Gutachten zudem, dass die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Delikte in engem Zusammenhang mit diesen psychischen Problemen stehen. Das Sicherheitsbedürfnis bzw. die vom Beschwerdeführer ausgehende Gefahr weiterer Delikte erscheint bei Berücksichtigung dieser Umstände in einem anderen Licht. Die Vorinstanz hätte sich im Rahmen der Landesverweisung, namentlich hinsichtlich der Rückfallgefahr, einlässlich mit dem psychiatrischen Gutachten auseinandersetzen müssen. Dies hat sie unterlassen. Ob die Anordnung der Landesverweisung mit Bundesrecht in Einklang steht, kann daher nicht abschliessend beurteilt werden. Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkt in Anwendung von Art. 277 BStP aufzuheben. Die Vorinstanz wird in ihrem neuen Entscheid zu prüfen haben, ob das Sicherheitsbedürfnis auch bei Berücksichtigung der psychischen Faktoren bejaht werden muss und ob gegebenenfalls der bedingte Strafvollzug für die Nebenstrafe gewährt werden kann, wenn bei gewährleisteter Therapie hinreichende Aussicht darauf besteht, dass die Rückfallgefahr vermindert werden kann.

### **E. 11**

Aus diesen Gründen ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen. III. Kostenfolgen

### **E. 12**

Da der Beschwerdeführer im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegt, hat er die Kosten zu tragen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Er stellt indessen ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses kann bewilligt werden, da die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und er den angefochtenen Entscheid überdies mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt hat (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt. Seiner Vertreterin wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet. Da der Beschwerdeführer im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde grössten Teils durchdringt, sind keine Kosten zu erheben und ist seiner Vertreterin eine angemessene Entschädigung auszurichten ( Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde wird damit gegenstandslos.

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