Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 207/2013

Urteil vom 10. September 2013

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiberin Unseld.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas U.K. Brunner,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau,
Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung (mehrfache Gehilfenschaft zu Diebstahl etc.),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 8. November 2012.

Sachverhalt:

A.

Y._____ beging mit weiteren Personen zahlreiche Einbruchdiebstähle, wobei er gewerbs- und bandenmässig handelte. X._____ chauffierte ihn mithilfe einer Drittperson in der Zeit vom 5. September 2006 bis am 2. Juli 2008 insgesamt 110 Mal an Tatorte und holte ihn von dort wieder ab. Da X._____ zum damaligen Zeitpunkt keinen Führerausweis hatte, war er im Fahrzeug lediglich als Beifahrer anwesend, während mehrheitlich sein Bruder das Fahrzeug lenkte. X._____ erhielt für seine Dienste Bargeld im Gesamtbetrag von Fr. 16'500.– bis Fr. 22'000.– (Fr. 150.– bis Fr. 200.– pro Einsatz) sowie drei bis vier Laptops und zahlreiche Mobiltelefone. Er wusste, dass es sich dabei um Deliktsgut handelte. Die Gegenstände verkaufte er teilweise und behielt sie im Übrigen für sich.

B.

B.a. Das Bezirksgericht Baden sprach X._____ am 16. September 2011 der mehrfachen Gehilfenschaft zu gewerbs- und bandenmässigem Diebstahl, zu Sachbeschädigung und zu Hausfriedensbruch sowie der mehr-

fachen Hehlerei schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, davon 18 Monate mit bedingtem Vollzug. Gegen dieses Urteil legten die Staatsanwaltschaft und X._____ Berufung ein.

B.b. Das Obergericht des Kantons Aargau bestätigte am 8. November 2012 die erstinstanzlichen Schuldsprüche. Es auferlegte X._____ eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten, davon 18 Monate mit bedingtem Vollzug, und eine bedingte Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 50.–.

C.

X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu verurteilen.

D.

Die Vorinstanz und die Staatsanwaltschaft verzichteten auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 34 ff., Art. 42 ff. und Art. 47 ff. StGB. Die Vorinstanz habe für die schwerste Tat zwei Einsatzstrafen gebildet. Sie gehe von zwei Gruppen von Gehilfenschaften aus, welche sie aber nicht genauer definiere. Nicht klar sei, welche von den 110 mitverübten bzw. unterstützten Taten zur einen oder anderen Gruppe gehörten. Dadurch werde ihm verwehrt, die für die einzelnen Gruppen ausgefällten Strafmasse näher zu prüfen und anzufechten. Die Unterteilung der 110 Tatbeiträge und die zweigeteilte Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe einerseits und einer Geldstrafe andererseits sei auch im Hinblick auf die Systematik des StGB bundesrechtswidrig. Dem anfänglich noch minder ausgeprägten Verschulden hätte nicht durch eine Unterteilung in ”erste” und ”weitere” Gehilfenschaften, sondern durch eine Strafminderung bei der Festsetzung der Freiheitsstrafe Rechnung getragen werden müssen. Die Vorinstanz habe zudem verschiedene Strafzumessungskriterien falsch gewichtet.

1.2.

1.2.1. Die Vorinstanz führt aus, sowohl die Gewerbsmässigkeit als auch die Bandenmässigkeit seien persönliche Merkmale im Sinne von Art. 27 StGB. Der Beschwerdeführer habe bei seinen Fahrdiensten zwar um die Verübung der gewerbs- und bandenmässigen Einbruchdiebstähle gewusst. Seine Beteiligung an den Fahrdiensten selbst sei aber, auch wenn sie ein beträchtliches Ausmass angenommen habe, weder gewerbsmässig erfolgt, noch habe er als Mitglied einer Bande gehandelt, weshalb er nicht der qualifizierten Strafandrohung gemäss Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB, sondern jener gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB unterliege (Urteil E. 4.3 S. 19). Trotzdem verurteilt sie den Beschwerdeführer gestützt auf jene Bestimmungen (Urteil Dispositiv Ziff. 2.2).

1.2.2. Die Vorinstanz spricht für die ”ersten” Gehilfenschaften zu den gewerbs- und bandenmässig begangenen Diebstählen, zu den Sachbeschädigungen und zu den Hausfriedensbrüchen sowie für die mehrfache Hehlerei eine Geldstrafe aus, während sie für die ”weiteren” Gehilfenschaften zu den gewerbs- und bandenmässig begangenen Diebstählen, zu den Sachbeschädigungen und zu den Hausfriedensbrüchen eine Freiheitsstrafe ausfällt (Urteil E. 4.2 S. 18). Sie erwägt, bei den über die ersten Gehilfenschaften hinausgehenden Hilfeleistungen müsse der Beschwerdeführer erkannt haben, dass die Haupttäter systematisch und über unbestimmte Zeit in grossem Umfang weitere Einbruchdiebstähle begehen wollten. Da er hierzu weiterhin aus rein monetären Gründen Hilfe geleistet habe, sei der Unrechtsgehalt bei diesen Hilfeleistungen erheblich höher als bei den ersten Gehilfenschaften, weshalb für diese weiteren Gehilfenschaften eine Freiheitsstrafe festzusetzen sei (Urteil E. 4.5.1 S. 20). Das schwerste Delikt sei die letzte Gehilfenschaft zum gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl, da Diebstahl der höheren Strafdrohung unterliege als Sachbeschädigung oder Hausfriedensbruch, dieser letzte Fahrdienst im Wissen um die zahlreichen vorangehenden Fahrdienste zur

Begehung von Einbruchdiebstählen erfolgt sei und das subjektive Tatverschulden diesbezüglich somit sehr schwer wiege. Die Vorinstanz geht für diese Tat von einem mittelschweren Tatverschulden und einer Einsatzstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe aus (Urteil E. 4.5.2 S. 20). Diese Strafe erhöht sie in Anwendung des Asperationsprinzips für die weiteren "über die ersten Gehilfenschaften hinausgehenden Taten", was eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten ergab (Urteil E. 4.5.3-4.5.4 S. 20 f.).
Bezüglich der "ersten" Gehilfenschaften argumentiert die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe diese noch nicht im Bewusstsein getätigt, zu einer Vielzahl systematisch ausgeführter Einbruchdiebstähle Hilfe zu leisten. Der Unrechtsgehalt dieser Taten sei erheblich geringer als derjenige für die weiteren Gehilfenschaften. Dafür sei daher eine Geldstrafe zu verhängen. Auch für die mehrfache Hehlerei rechtfertige sich eine Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens, weshalb auch hier eine Geldstrafe auszusprechen sei (Urteil E. 4.6.1 S. 21 f.). Als schwerwiegendstes Delikt sei die letzte Gehilfenschaft zum gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl zu qualifizieren, da diese im Wissen um die vorangehenden Fahrdienste zur Begehung von Einbruchdiebstählen in mehreren Nächten erfolgt sei. Die Vorinstanz erachtet hierfür eine Geldstrafe von 50 Tagessätzen als angemessen (Urteil E. 4.6.2 S. 22). Diese Strafe erhöht sie in Berücksichtigung der "übrigen ersten" Gehilfenschaften und der Hehlereien auf 120 Tagessätze (Urteil E. 4.6.3 S. 22).

1.3.

1.3.1. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 StGB). Art. 49 StGB gelangt nach der Rechtsprechung bei gewerbsmässigen Delikten als Kollektivdelikten nicht zur Anwendung, da die Strafschärfung bereits durch die Qualifizierung im besonderen Teil des StGB vorgesehen ist (BGE 116 IV 121 E. 2b/aa). Von diesem Grundsatz ist nur abzuweichen, wenn während verschiedener, voneinander getrennter Zeitabschnitte gewerbsmässig delinquiert wurde, ohne dass den einzelnen Phasen ein umfassender Entschluss zugrunde lag und die Deliktsserien auch objektiv nicht als Einheit im Sinne eines zusammenhängenden Geschehens erscheinen (BGE 116 IV 121 E. 2b/aa; Trechsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 49 StGB).

1.3.2. Der Gehilfe unterliegt grundsätzlich der Strafandrohung des Haupttäters. Er wird gemäss Art. 25 i.V.m. Art. 48a StGB jedoch milder bestraft (Marc Forster, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 66 zu Art. 25 StGB). Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden allerdings nur bei dem Täter oder Teilnehmer berücksichtigt, bei dem sie vorliegen (Art. 27 StGB). Als persönliche Merkmale im Sinne von Art. 27 StGB gelten namentlich auch die Qualifikationsgründe der Gewerbs- und Bandenmässigkeit von Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB (BGE 105 IV 182 E. 2a; 70 IV 125; Trechsel/Jean-Richard, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 27 StGB; Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl. 2004, S. 232; Forster, a.a.O., N. 19 zu Art. 27 StGB; Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 117 und 135 zu Art. 139 StGB; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2010, § 13 N. 109). Da der Beschwerdeführer gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen selber nicht gewerbsmässig handelte und er auch nicht Mitglied der Bande
von Y._____ war, brachte die Vorinstanz Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB zu Recht nicht zur Anwendung. Der mehrfachen Tatbegehung ist demnach im Rahmen von Art. 49 Abs. 1 StGB Rechnung zu tragen. Richtigerweise wäre der Beschwerdeführer folglich wegen mehrfacher Gehilfenschaft zu Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen gewesen (vgl. BGE 120 IV 265 E. 3).

1.4.

1.4.1. Für Strafen von weniger als sechs Monaten bzw. bis zu 180 Tagessätzen ist grundsätzlich eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1, Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB). Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr (360 Tagessätzen) sieht das Gesetz die Geldstrafe (Art. 34 StGB) und die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB) vor. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2; 134 IV 82 E. 4.1). Nach dem Prinzip

der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Im Vordergrund steht daher auch bei Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktion (BGE 134 IV 97 E. 4.2.2; 134 IV 82 E. 4.1).

1.4.2. Das Bundesgericht entschied in BGE 138 IV 120, die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB sei nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen seien kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greife, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen würden. Die Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 StGB seien erfüllt, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfälle. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen würden, genüge nicht (E. 5.2). Bereits in BGE 137 IV 57 äusserte sich das Bundesgericht zudem zur Frage der Gleichartigkeit der Strafen bei der Gesamtstrafenbildung. Es befand, die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe seien keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (E. 4.3.1).

1.5. Die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach für die mehrfache Gehilfenschaft zu Diebstahl, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch teils eine Geldstrafe und teils eine Freiheitsstrafe auszusprechen ist, sind mit Art. 49 StGB und der dazu ergangenen Rechtsprechung nicht vereinbar. Unklar ist, auf welche der 110 Gehilfenschaften sich die jeweiligen Strafen beziehen, da die Vorinstanz lediglich eine grobe Unterscheidung zwischen ”ersten” und ”übrigen” Gehilfenschaften vornimmt. Nicht nachvollziehbar ist zudem, weshalb die Vorinstanz für die ”letzte der ersten” Gehilfenschaften eine Strafe von 50 Tagessätzen ausspricht und für die letzte Gehilfenschaft in der Deliktsserie, welche eine ähnlich gelagerte Tat betrifft, eine solche von 15 Monaten. Sie übersieht, dass vorliegend grundsätzlich gleich schwere Taten zu beurteilen waren. Die einzelnen Gehilfenschaften waren jeweils ähnlich gelagert. Den Feststellungen der Vorinstanz können keine Hinweise entnommen werden, weshalb bezüglich einzelner Tatbeiträge von einem schwereren Tatverschulden auszugehen wäre. Die Vorinstanz verkennt mit ihrer Begründung, dass der Tatmehrheit bei der Festsetzung der Gesamtstrafe Rechnung zu tragen ist. Die mehrfache Tatbegehung kann nicht zur Folge haben,
dass bereits die Einsatzstrafe für die letzte Tat im Vergleich zu früheren Taten um ein Vielfaches höher ausfällt. Da Art. 139 Ziff. 2 StGB auf den Beschwerdeführer nicht anwendbar ist, hat bei der Strafzumessung auch sein Wissen um das gewerbsmässige Handeln der Haupttäter unberücksichtigt zu bleiben.
Wäre die Vorinstanz nach BGE 138 IV 120 und 137 IV 57 vorgegangen, hätte sie prüfen müssen, ob für die einzelnen Gehilfenschaften und Hehlereien eine Geldstrafe (max. 360 Tagessätze) noch angemessen ist. Davon ist auszugehen, da die jeweiligen Taten einzeln betrachtet noch nicht besonders schwer wiegen. Damit kommt das Asperationsprinzip von Art. 49 Abs. 1 StGB bezüglich der verübten Gehilfenschaften und Hehlereien uneingeschränkt zum Tragen, da Geldstrafen und folglich gleichartige Strafen zu beurteilen sind.
Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet. Damit braucht auf seine weiteren Einwände nicht mehr eingegangen zu werden.

2.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Aargau hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, vom 8. November 2012 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Der Kanton Aargau hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. September 2013

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Unseld