Urteilskopf

139 IV 282

43. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern (Beschwerde in Strafsachen) 6B_712/2012 vom 26. September 2013

Regeste (de):
Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO.

Das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO ist nicht nur bei einer Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei einer härteren rechtlichen Qualifikation der Tat verletzt. Dies ist der Fall, wenn der neue Straftatbestand eine höhere Strafdrohung vorsieht, d.h. einen höheren oberen Strafrahmen oder eine (höhere) Mindeststrafe, sowie bei zusätzlichen Schuldsprüchen. Gleich verhält es sich, wenn der Verurteilte im Berufungsverfahren für die vollendete Tat statt wegen Versuchs oder als Mittäter anstatt als Gehilfe schuldig gesprochen wird (E. 2.5).

Massgeblich für die Frage, ob eine unzulässige reformatio in peius vorliegt, ist das Dispositiv. Der Rechtsmittelinstanz ist es hingegen nicht untersagt, sich in ihren Erwägungen zur rechtlichen Qualifikation zu äussern, wenn das erstinstanzliche Gericht von einem anderen Sachverhalt oder falschen rechtlichen Überlegungen ausging (E. 2.6).

Regeste (fr):
Interdiction de la reformatio in pejus; art. 391 al. 2, 1re phrase, CPP.

De même qu'une aggravation de la peine, une qualification juridique plus grave des faits viole l'interdiction de la reformatio in pejus consacrée par l'art. 391 al. 2, 1re phrase, CPP. Tel est le cas tant lorsque l'infraction nouvellement qualifiée est sanctionnée par la loi d'une peine, minimale ou maximale, plus lourde, que lorsque des infractions supplémentaires sont retenues. Il en va de même si, en appel, le condamné est déclaré coupable de l'infraction consommée en lieu et place de la tentative ou encore comme co-auteur au lieu de complice (consid. 2.5).

L'existence d'une reformatio in pejus non conforme doit être examinée à l'aune du dispositif. Il n'est, en revanche, pas interdit à l'autorité de recours de s'exprimer dans ses considérants sur la qualification juridique lorsque le tribunal de première instance s'est fondé sur un autre état de fait ou des considérations juridiques erronées (consid. 2.6).

Regesto (it):
Divieto di reformatio in peius; art. 391 cpv. 2 primo periodo CPP.

Il divieto di reformatio in peius giusta l'art. 391 cpv. 2 primo periodo CPP è violato non solo in presenza di un inasprimento della sanzione, ma anche di una qualificazione giuridica più grave dei fatti. Ciò è il caso sia ove la nuova fattispecie penale commini una pena più severa, ossia una pena massima o minima più elevata, sia ove siano ritenute infrazioni supplementari. Tale divieto è parimenti disatteso qualora in appello l'interessato sia condannato per un reato consumato invece di tentato o per correità invece di complicità (consid. 2.5).

La sussistenza di un'inammissibile reformatio in peius si determina alla luce del dispositivo. Nei suoi considerandi l'autorità di ricorso può però esprimersi sulla qualificazione giuridica, se il tribunale di primo grado si è fondato su una diversa fattispecie o su delle errate considerazioni giuridiche (consid. 2.6).

Sachverhalt ab Seite 283

BGE 139 IV 282 S. 283

A.

A.a Das Kollegialgericht Emmental-Oberaargau sprach X. am 12. Mai 2011 der Gehilfenschaft zu Diebstahl, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch, des mehrfachen banden- und gewerbsmässigen Diebstahls sowie des Versuchs dazu, der mehrfachen Sachbeschädigung, des mehrfachen Hausfriedensbruchs und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (AuG) sowie das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) schuldig. Es auferlegte ihm eine Freiheitsstrafe von 34 Monaten, unter Einbezug der mit Urteil der Préfecture du district de Lavaux-Oron vom 7. Februar 2008 ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen, sowie eine Busse von Fr. 200.-. Zudem erklärte es die mit Urteil des Kreisgerichts Thun vom 26. Juni 2008 bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 20 Monaten für vollziehbar. X. erhob gegen dieses Urteil Berufung.

A.b Das Obergericht des Kantons Bern befand X. am 14. Juni 2012 des Diebstahls, des banden- und gewerbsmässigen Diebstahls sowie des Versuchs dazu, der mehrfachen Sachbeschädigung, des mehrfachen Hausfriedensbruchs und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten und erklärte die Strafe von 20 Monaten gemäss Urteil des Kreisgerichts Thun vom 26. Juni 2008 für vollziehbar. Auf den Widerruf der von der Préfecture du district de Lavaux-Oron am 7. Februar 2008 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen verzichtete es. Der erstinstanzliche Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und die Busse von Fr. 200.- erwuchsen unangefochten in Rechtskraft.

B. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, ihn vollumfänglich freizusprechen. Eventualiter sei seine Beteiligung an den Straftaten als Gehilfenschaft zu werten und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Strafe zu mildern und vom Widerruf abzusehen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

BGE 139 IV 282 S. 284

C. Das Obergericht beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Stellungnahme.

D. Das Bundesgericht fällt sein Urteil in einer öffentlichen Sitzung und heisst die Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe ihn bezüglich des Einbruchdiebstahls vom 21. Mai 2009 in Verletzung von Art. 391 Abs. 2 StPO wegen Mittäterschaft verurteilt, obschon erstinstanzlich lediglich ein Schuldspruch wegen Gehilfenschaft ergangen sei. Das Verbot der reformatio in peius sei auch bei einem klar verwerflicheren Schuldspruch verletzt.

2.2 Die Vorinstanz argumentiert in ihrer Vernehmlassung, das Verbot der reformatio in peius gelte nach der einheitlichen Lehre und Praxis allein für die zu verhängende Sanktion.

2.3

2.3.1 Das Berufungsgericht ist, ausser wenn es Zivilklagen beurteilt, nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 391 Abs. 1 lit. b StPO). Dieser Grundsatz wird in zweifacher Hinsicht eingeschränkt: Einerseits hat das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteils zu überprüfen (Art. 404 Abs. 1 StPO), anderseits hat es das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verbot der reformatio in peius zu beachten (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1311 zu Art. 399). Danach darf die Rechtsmittelinstanz Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO). Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten (Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO). Das Verbot der reformatio in peius zählt nicht zu den verfassungsmässigen Rechten und lässt sich nicht aus der EMRK herleiten (vgl. Urteile 6B_332/2009 vom 4. August 2009 E. 4.2; 6B_411/2007 vom 2. November 2007 E. 1.3). Der Grundsatz war jedoch bereits vor Inkrafttreten der StPO in den meisten kantonalen Strafprozessordnungen verankert (vgl. BBl 2006 1311; GILBERT KOLLY, Zum Verschlechterungsverbot im schweizerischen Strafprozess, ZStrR 113/1995 S. 296). Die Wirkung des Verschlechterungsverbots war allerdings von unterschiedlicher Tragweite. Die kantonalen



Gesetzesbestimmungen sahen zum Teil ausdrücklich vor, dass sich das Verbot nur auf die Strafe, nicht jedoch auf den Schuldspruch bezog. Andere Kantone präzisierten in ihrer Gesetzgebung nicht, was unter einer verbotenen Verschlechterung zu verstehen war (dazu KOLLY, a.a.O., S. 309 f. mit Nachweisen; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, N. 5 f. S. 478). In diesen Kantonen wurde teilweise die Meinung vertreten, das Verbot der reformatio in peius sei auch bei einer schwereren rechtlichen Qualifikation der Tat verletzt (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., N. 6 S. 478; STEFAN WEHRLE, Das Risiko der reformatio in peius - trotz Verbot, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, 2004, S. 618 ff.). Die zwei unterschiedlichen Konzepte des Verbots der reformatio in peius finden sich auch im internationalen Vergleich: Deutschland (§ 331 Abs. 1 StPO/D), Österreich (§ 290 Abs. 2 StPO/A) und Italien (Art. 597 Ziff. 3 StPO/I) beispielsweise umschreiben das Verschlechterungsverbot in ihrer Gesetzgebung eng, während die Praxis in Frankreich eine weite Auslegung kennt (vgl. KOLLY, a.a.O., S. 310 mit Nachweisen). Im bundesgerichtlichen Verfahren ergab sich das Verbot der reformatio in peius aus der Bindung des Bundesgerichts an die Anträge der Parteien (BGE 111 IV 51 E. 2; Urteil 6B_411/2007 vom 2. November 2007 E. 1.3).

2.3.2 Die Auslegung von Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO ist umstritten. Im Schrifttum wird einerseits die Auffassung vertreten, die Bestimmung beziehe sich nur auf die zu verhängende Sanktion (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N. 3 zu Art. 391 StPO; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N. 1635 S. 577). Nach anderen Autoren ist auch eine schärfere rechtliche Qualifikation der Tat untersagt (HANS MATHYS, Erstinstanzliches Hauptverfahren - Berufungsverfahren, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Tag/Hauri [Hrsg.], 2010, S. 141; VIKTOR LIE-

BER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2010, N. 12 zu Art. 391 StPO; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung [...], 2008, S. 384; MARTIN ZIEGLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 3 zu Art. 391 StPO; RICHARD CALAME, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 8 zu Art. 391 StPO).

2.3.3 Das Bundesgericht legte sich in seiner bisherigen Rechtsprechung auf keine Auslegung des Verbots der reformatio in peius fest.

BGE 139 IV 282 S. 286

Es hatte sich vor Inkrafttreten der StPO namentlich mit § 399 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ ZH) zu befassen, der sich nicht explizit zur Tragweite des Verbots aussprach. Die Bestimmung untersagte im Rechtsmittelverfahren eine Abänderung des Urteils zuungunsten des Angeklagten, sofern nicht auch die Gegenpartei das Rechtsmittel ergriffen hatte (§ 399 StPO/ZH). Gemäss der zürcherischen Rechtsprechung verstösst eine Abänderung des Schuldspruchs ohne Verschärfung des Strafmasses nicht gegen § 399 StPO/ZH, was vom Bundesgericht als mit dem Willkürverbot vereinbar angesehen wurde. Es erwog, diese Auffassung entspreche einer in Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Meinung. Sie widerspreche weder dem Wortlaut von § 399 StPO/ ZH noch seinem offensichtlichen Sinn und Zweck (Urteil 1P.338/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 2c; bestätigt in Urteil 6B_199/2011 vom 10. April 2012 E. 8.3.2). Da das Bundesgericht die Auslegung des kantonalen Strafprozessrechts nur auf Willkür überprüfte, ist nicht ausgeschlossen, dass eine andere Interpretation ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen gewesen wäre (vgl. zum Willkürbegriff BGE 138 IV 13 E. 5.1; BGE 137 I 1 E. 2.4).

2.4

2.4.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung) und ihren Zweck (teleologische Auslegung) sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematische Auslegung). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur allein auf den Wortlaut abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab. Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt (BGE 137 II 164 E. 4.1 mit Hinweis). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien - bei noch kaum veränderten Umständen oder gewandeltem Rechtsverständnis - eine besondere Stellung zu (BGE 136 V 216 E. 5.1 und 5.3.1; BGE 135 V 153 E. 4.1).

2.4.2 Art. 459 Abs. 2 lit. a des Vorentwurfs zur StPO bestimmte ausdrücklich, dass lediglich eine schwerere Bestrafung, nicht aber z.B.

BGE 139 IV 282 S. 287

eine Schuldigsprechung wegen eines schwereren Delikts untersagt sein sollte (vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, 2001, S. 260; WEHRLE, a.a.O., S. 619). Diese Einschränkung des Verbots der reformatio in peius wurde im Vernehmlassungsverfahren von mehreren Vernehmlassern kritisiert (vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bericht des Bundesamtes für Justiz, Februar 2003, S. 83). Der Wortlaut von Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO lässt demgegenüber beide Auslegungen zu (LIEBER, a.a.O., N. 12 zu Art. 391 StPO). Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO entspricht § 399 StPO/ZH (MATHYS, a.a.O., S. 141), der eine enge Auslegung erfuhr (vgl. NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2004, N. 985 ff. S. 371 f. mit Hinweisen; Urteil 1P.338/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 2; oben E. 2.3.3). Die bundesrätliche Botschaft spricht sich allerdings klar für die gegenteilige Lösung aus. Danach schützt die Bestimmung von Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO die verurteilte Person nicht nur gegen eine strengere Verurteilung, d.h. gegen eine Verschärfung der im Urteilsdispositiv verhängten Sanktion und die Wahl einer anderen, strengeren Sanktionsart, sondern auch gegen eine Abänderung der ursprünglichen juristischen Qualifikation der Tatsachen in eine strengere Qualifikation (BBl 2006 1311). Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO und der Hinweis in der bundesrätlichen Botschaft gaben anlässlich der parlamentarischen Beratungen zu keinen Diskussionen Anlass, obschon die Frage der engen oder weiten Auslegung des Verbots der reformatio in peius im Vernehmlassungsverfahren zur Sprache kam, der Bundesrat bewusst vom Vorentwurf abwich und die Problematik bereits früher in Lehre und Rechtsprechung diskutiert worden war. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die weite Auslegung bevorzugte.

2.4.3 Zu keinem anderen Ergebnis führt die teleologische Auslegung. Der Sinn des Verbots der reformatio in peius besteht darin, dass der Angeklagte nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten werden soll (WEHRLE, a.a.O., S. 621; KOLLY, a.a.O., S. 298; NICOLAUS BERNOULLI, Das Verbot der reformatio in peius im schweizerischen Strafprozessrecht, 1953, S. 9 und 54 ff.). Durch die Verurteilung zu einer schwerer eingestuften Straftat erhöht sich der Schuldvorwurf, was per se eine Schlechterstellung bewirkt (WEHRLE, a.a.O., S. 622). Mündet das Rechtsmittelverfahren in einen Schuldspruch wegen



einer verwerflicheren Tat, leidet darunter auch der Leumund der betroffenen Person. Zu denken ist beispielsweise an eine Verurteilung wegen vorsätzlicher anstelle der ursprünglichen fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung. Daneben kann eine Umqualifikation einer Übertretung in ein Verbrechen oder Vergehen konkrete Nachteile wie einen Eintrag im Strafregister (vgl. Art. 366 Abs. 2 lit. a StGB; Art. 3 und 9 der Verordnung vom 29. September 2006 über das Strafregister [SR 331]) nach sich ziehen (vgl. WEHRLE, a.a.O., S. 623). Schlechterstellungen dieser Art können den Rechtsuchenden davon abhalten, ein Rechtsmittel einzulegen.

2.4.4 Das Verbot der reformatio in peius steht im Widerspruch zum Prinzip der materiellen Wahrheit (BERNOULLI, a.a.O., S. 57 f.). Der Gesetzgeber wollte die materielle Wahrheit in der StPO mit der Möglichkeit der Revision zuungunsten der beschuldigten Person (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO; BBl 2006 1319 zu Art. 417 Abs. 1) auf Kosten des Verschlechterungsverbots privilegieren. In die gleiche Richtung geht der Vorbehalt in Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO zum Verbot der reformatio in peius. Der Gesetzgeber knüpfte jedoch sowohl die Revision zuungunsten der beschuldigten Person als auch den Vorbehalt von Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO an bestimmte Voraussetzungen. Der Grundsatz der materiellen Wahrheit ist auch in anderer Hinsicht nicht absolut. Er wird durch verschiedene strafprozessuale Institutionen wie etwa die gesetzlichen Beweisverwertungsverbote eingeschränkt, die zu inhaltlich falschen Entscheiden führen können. Auch die systematische Auslegung spricht folglich nicht gegen ein weites Verständnis des Verbots der reformatio in peius von Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO.

2.5 Eine Verletzung des Verschlechterungsverbots liegt entsprechend dem gesetzgeberischen Willen daher nicht

nur bei einer Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei einer härteren rechtlichen Qualifikation der Tat vor. Dies ist der Fall, wenn der neue Straftatbestand eine höhere Strafdrohung (ZIEGLER, a.a.O., N. 3 zu Art. 391 StPO; a.M. CALAME, a.a.O., N. 8 und 9 zu Art. 391 StPO, wonach mit dem neuen Schuldspruch auch eine Verschärfung der früheren Qualifikation als Übertretung bzw. als Vergehen einhergehen muss) vorsieht, d.h. einen höheren oberen Strafrahmen oder eine (höhere) Mindeststrafe, sowie bei zusätzlichen Schuldsprüchen. Gleich verhält es sich, wenn der Verurteilte im Berufungsverfahren für die vollendete Tat statt wegen Versuchs (MATHYS, a.a.O., S. 141; CALAME, a.a.O., N. 8 zu Art. 391 StPO) oder als Mittäter anstatt als Gehilfe verurteilt wird, da ein fakultativer bzw. obligatorischer



Strafmilderungsgrund wegfällt. Ob dies auch für die Teilnahmeform der Anstiftung oder andere Strafmilderungsgründe gilt, braucht an dieser Stelle nicht beantwortet zu werden.

2.6 Massgeblich für die Frage, ob eine unzulässige reformatio in peius vorliegt, ist das Dispositiv (Urteil 6B_199/2011 vom 10. April 2012 E. 8.3.2). Der Rechtsmittelinstanz ist es hingegen nicht untersagt, sich in ihren Erwägungen zur rechtlichen Qualifikation zu äussern, wenn das erstinstanzliche Gericht von einer abweichenden Sachverhaltswürdigung oder falschen rechtlichen Überlegungen ausging (vgl. CALAME, a.a.O., N. 9 zu Art. 391 StPO; WEHRLE, a.a.O., S. 624 f.). Entscheidend ist, dass sich dies im Dispositiv nicht in einem schärferen Schuldspruch niederschlägt und auch nicht zu einer härteren Strafe führt, wenn ausschliesslich die beschuldigte oder verurteilte Person ein Rechtsmittel ergriff.

2.7 Nicht zu beanstanden ist unter dem Gesichtspunkt des Verschlechterungsverbots, wenn die Vorinstanz in ihren Erwägungen darauf hinweist, dass der Beschwerdeführer ihrer Auffassung nach am Einbruchdiebstahl vom 21. Mai 2009 in N. direkt beteiligt war. Sie konnte diesem Umstand bei der beantragten Reduktion des Strafmasses Rechnung tragen. Dies durfte sich aber nicht auf den Schuldspruch auswirken, da der Beschwerdeführer in diesem Punkt erstinstanzlich wegen blosser Gehilfenschaft verurteilt wurde und die Staatsanwaltschaft weder Berufung noch Anschlussberufung erhob. Indem die Vorinstanz es bezüglich des Einbruchdiebstahls vom 21. Mai 2009 nicht bei der Verurteilung wegen Gehilfenschaft zu Diebstahl belässt, sondern den Beschwerdeführer wegen Diebstahls schuldig spricht, verletzt sie Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO. Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet.