Urteilskopf

143 IV 145

19. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1132/2016 vom 7. März 2017

Regeste (de):
Art. 47 und 49 Abs. 1 StGB; Strafzumessung und Gesamtstrafe.

Das Asperationsprinzip gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB kann nicht zu einer Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre (E. 8.2.3).

Eine Straferhöhung wegen "Missbrauch des Gastrechts" verletzt Bundesrecht. Ebenso wenig darf straferhöhend berücksichtigt werden, dass der Täter, sei er Schweizer oder Ausländer, Sozialhilfe erhält (E. 8.3.2).

Regeste (fr):
Art. 47 et 49 al. 1 CP; fixation de la peine et peine d'ensemble.

Le principe de l'aggravation selon l'art. 49 al. 1 CP ne peut pas conduire à une peine maximale plus élevée que la peine maximale qui serait possible en vertu du principe de cumul des peines (consid. 8.2.3).

Une aggravation de la peine au motif d'un "abus d'hospitalité" viole le droit fédéral. Le fait que l'auteur, qu'il soit suisse ou étranger, reçoive l'aide sociale, ne constitue pas non plus un facteur aggravant (consid. 8.3.2).

Regesto (it):
Art. 47 e 49 cpv. 1 CP; commisurazione della pena e pena unica.

Il principio dell'inasprimento della pena giusta l'art. 49 cpv. 1 CP non può condurre a una pena massima più elevata della pena massima che risulterebbe dall'applicazione del principio del cumulo delle pene (consid. 8.2.3).

Un aggravamento della pena per "abuso dell'ospitalità" viola il diritto federale. Nemmeno può essere considerato come un elemento aggravante della pena il fatto che l'autore, svizzero o straniero che sia, è a carico dell'assistenza sociale (consid. 8.3.2).

Sachverhalt ab Seite 146

A. Am 14. März 2014 informierte der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) die Bundeskriminalpolizei (BKP) über die von einem Partnerdienst getätigten Ermittlungen betreffend die Terrorgruppe Islamic State of Iraq and the Levante (ISIL). Diese hätten ergeben, dass ein Mitglied des ISIL, das sich Y. nenne, sich seit 2011 in der Schweiz aufhalte. Der Mann sei gehbehindert und Sozialhilfeempfänger. Er plane in naher Zukunft einen Sprengstoffanschlag. Die im Auftrag des NDB eingeschaltete Kantonspolizei Schaffhausen ermittelte X. als diejenige Person, auf welche die Beschreibung des NDB passte. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2015 erhob die

Bundesanwaltschaft beim Bundesstrafgericht Anklage unter anderem gegen X. unter anderem wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, eventuell Unterstützung einer solchen.

B. Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts sprach X. mit Urteil vom 18. März 2016 (SK.2015.45) der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sowie der Förderung und der versuchten Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG, teilweise in Verbindung mit Art. 22 StGB) schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 8 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 729 Tagen.
X. erhebt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Bundesstrafgerichts sei teilweise aufzuheben, er sei vom Vorwurf der Beteiligung an einer kriminellen Organisation, eventuell der Unterstützung einer solchen freizusprechen und mit einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu CHF 30.- zu bestrafen. Zudem ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege.

Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts und die Bundesanwaltschaft beantragen die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer verzichtet auf ergänzende Bemerkungen und reicht eine Kostennote ein. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

8. (...)

8.2.1 Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB), der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG [SR 142.20]) und der versuchten Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 22 StGB) schuldig. Das Gesetz droht für die Beteiligung an einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260ter Ziff. 1 StGB Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe an. Es droht für die Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe an. Die Vorinstanz erwägt, bei Ausfällung von Geldstrafen für die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz sei vorliegend in jedem Fall (auch) eine Freiheitsstrafe auszusprechen, "weil für die Verletzung von Art. 260ter StGB die Geldstrafe nicht zur Verfügung steht" (angefochtener Entscheid E. VI.2.2 S. 101). Das Gericht könne in concreto im Rahmen der jeweiligen Strafmaxima wählen, ob eine Gesamt-Freiheitsstrafe für alle drei erfüllten Tatbestände auszusprechen sei oder ob eine Freiheitsstrafe für die Verletzung von Art. 260ter StGB mit einer Gesamt-Geldstrafe für die beiden Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz zu kumulieren sei. Der Strafrahmen für den Beschwerdeführer liege aufgrund der Tatmehrheit (Art. 49 Abs. 1 StGB) zwischen einer Freiheitsstrafe von über einem Tag, eventuell verbunden mit einer Geldstrafe, und 7 ½ Jahren (a.a.O.).

8.2.2 Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, dass Art. 260ter StGB einzig Freiheitsstrafe (bis zu fünf Jahren) androhe. Art. 260ter StGB droht indessen alternativ Geldstrafe an. Es wäre mithin entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Prinzip rechtlich möglich gewesen, den Beschwerdeführer für die insgesamt drei Straftaten mit einer Gesamt-Geldstrafe zu bestrafen.

8.2.3 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen

erfüllt, so verurteilt ihn das

BGE 143 IV 145 S. 148

Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz geht gestützt auf diese Bestimmung davon aus, dass die mögliche Höchststrafe für alle drei Straftaten im vorliegenden Fall 7 ½ Jahre Freiheitsstrafe betrage. Das Höchstmass der für die schwerste Tat angedrohten Strafe beträgt im vorliegenden Fall fünf Jahre. Die Erhöhung dieses Höchstmasses um nicht mehr als die Hälfte wegen der hinzukommenden beiden Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz ergibt eine Höchststrafe von 7 ½ Jahren. Bei dieser Vorgehensweise nach dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB wird indessen ausser Acht gelassen, dass dieHöchststrafe für die Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Art. 116 Abs. 1 AuG lediglich ein Jahr beträgt. Bei Anwendung des Kumulationsprinzips für die drei Taten, derentwegen der Beschwerdeführer verurteilt worden ist, würde die Höchststrafe 7 Jahre (5 Jahre + 1 Jahr + 1 Jahr) betragen. Die Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB kann nicht zu einer Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre. Denn "ratio legis" des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist es, das Kumulationsprinzip abzuschwächen; die Gesamtstrafe darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 118 zu Art. 49 StGB). Dem milderen Straftatbestand kommt eine Art Sperrwirkung nach oben zu. Hätte der Beschwerdeführer eine Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Höchststrafe 5 Jahre) und eine Straftat der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts (Höchststrafe 1 Jahr) begangen, so könnte dieHöchststrafe für beide Taten nicht, wie es gemäss dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 StGB möglich wäre, 7 ½ Jahre, sondern in Anwendung des Kumulationsprinzips lediglich 6 Jahre betragen (vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 86; siehe auch HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2016, N. 366). Hätte der Beschwerdeführer lediglich die beiden Straftaten im Sinne von Art. 116 Abs. 1 AuG verübt, betrüge die mögliche Höchststrafe in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB ½ Jahre. Dies bedeutet, dass die mögliche Höchststrafe im vorliegenden Fall, bei Verübung einer Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260ter Ziff. 1 Abs. 1 StGB

BGE 143 IV 145 S. 149

und von zwei Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 116 Abs. 1 AuG, insgesamt 6 ½ Jahre (5 Jahre + 1 ½ Jahre) beträgt. Sie beträgt also entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht 7 ½ Jahre.

8.3

8.3.1 Die Vorinstanz prüft, welche Einsatzstrafe für die schwerste Tat der Beteiligung an einer kriminellen Organisation auszufällen ist. Sie hält fest, die Beteiligung des Beschwerdeführers sei in seiner intensiven, aktivistischen, koordinativen und logistischen Tätigkeit, insbesondere dem Hinarbeiten auf einen nicht näher definierten Anschlag in Europa, zum Ausdruck gekommen, aber auch in der Schlepperei von Glaubensgenossen mit gewaltbereitem Hintergrund und mit dem Ziel, den Jihadismus und entsprechende Strukturen und Aktivitäten in Europa zu etablieren, sowie durch sein Hinwirken auf mediale Vernetzung und seine Ermutigung

Dritter, sich für den IS einzusetzen. Der Beschwerdeführer sei über längere Zeit (von September 2012 bis März 2014) am IS aktiv beteiligt gewesen, was sich in vielen Einzelhandlungen manifestiert habe. Es handle sich gesamthaft um eine Beteiligung an der kriminellen Organisation "Islamischer Staat" in einer Stellung auf mittlerer hierarchischer Ebene. Sein Handlungsziel habe in der Infiltration von Glaubensgenossen in den abendländischen Kulturraum gelegen, die ihren Glauben und ihre Weltordnung zu einem wesentlichen Teil mittels einer rücksichtslosen Gewaltstrategie andern aufzuzwingen versuchten. Der Beschwerdeführer habe in der Schweiz Aufnahme gefunden und durch medizinische Betreuung gesundheitliche Fortschritte erlebt, diese Umstände aber dazu missbraucht, sich an einer international tätigen hochgefährlichen terroristischen Organisation zu beteiligen. Trotz mit staatlicher Sozialhilfe geregelter persönlicher und finanzieller Verhältnisse habe der Beschwerdeführer einen Teil seiner Zeit und Energie aus politischem und ideologisch-religiösem Antrieb einer hochgefährlichen terroristischen Organisation gewidmet. Den Asylschutz, um den er in der Schweiz nachgesucht habe, habe er für sein strafbares Verhalten benutzt. Damit habe er das ihm gewährte Gastrecht übel missbraucht. Der Umstand, dass er seine kriminelle Energie gegen all das gerichtet habe, was ihm sozialen Schutz geboten habe, wirke stark straferhöhend. Die Vorinstanz fällt für die Beteiligung des Beschwerdeführers an einer kriminellen Organisation eine hypothetische Einsatzstrafe von 4 Jahren und 4 Monaten aus (angefochtener Entscheid E.VI.2.3 S. 102 ff., 104).

BGE 143 IV 145 S. 150

8.3.2 Die Vorinstanz berücksichtigt einen "Missbrauch des Gastrechts" straferhöhend. Dies verstösst gegen Bundesrecht. Daran ändert nichts, dass eine Straftat für einen Ausländer besondere Folgen im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts haben kann (BGE 125 IV 1 E. 5). Der Umstand, dass der Täter ein Ausländer oder ein Asylbewerber ist, kann eine Straferhöhung nicht begründen (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 127 zu Art. 47 StGB). Art. 260ter StGB unterscheidet nicht zwischen ausländischen und schweizerischen Tätern. Wollte man den "Missbrauch des Gastrechts" als Straferhöhungsgrund akzeptieren, so hätte dies die abwegige Konsequenz, dass derjenige, der sich widerrechtlich in der Schweiz aufhält, hier somit kein "Gastrecht" geniesst, besser wegkäme als derjenige, der sich aus irgendeinem Rechtsgrund rechtmässig in der Schweiz aufhält. Auch der Umstand, dass der Täter, sei er Schweizer oder Ausländer, Sozialhilfe erhält, darf nicht straferhöhend berücksichtigt werden. Andernfalls würde die arme Person gegenüber der nicht armen Person benachteiligt. Straferhöhend darf allenfalls berücksichtigt werden, dass ein Ausländer allein zum Zwecke der Verübung von Straftaten in die Schweiz eingereist ist (siehe PETER ALBRECHT, AJP 1999 S. 1174). Die Vorinstanz stellt indessen nicht fest, der Beschwerdeführer sei einzig zum Zweck der Begehung von Straftaten in die Schweiz gekommen.

8.3.3 Die Einsatzstrafe von 4 Jahren und 4 Monaten für die mit einer Höchststrafe von 5 Jahren bedrohte Beteiligung an einer kriminellen Organisation ist gemessen an den herkömmlichen und zulässigen Strafzumessungskriterien auffallend hoch. Die Vorinstanz sieht den Beschwerdeführer in der kriminellen Organisation "Islamischer Staat" auf einer mittleren hierarchischen Ebene. Sie wirft ihm insbesondere das "Hinarbeiten auf einen nicht näher definierbaren Anschlag in Europa" vor. Wie weit dieses Hinarbeiten konkret gediehen war, ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid nicht und ist völlig offen. Dies ist aber für die Strafzumessung von Bedeutung. Die Strafzumessungserwägungen im angefochtenen Entscheid genügen den erhöhten Anforderungen nicht, die an die Begründung einer auffallend hohen Freiheitsstrafe zu stellen sind. Die Sache ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur neuen Entscheidung im Strafpunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...)