

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 257/2017

Urteil vom 9. November 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Weber.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dominic Frey,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau,
Frey-Herosé-Strasse 20, Wielandhaus, 5001 Aarau,
2. A. _____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Angriff; Widerruf des teilbedingten Strafvollzugs; Willkür, in dubio pro reo etc.,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 14. November 2016.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Zofingen erklärte X. _____ am 16. Juli 2015 des Angriffs, der falschen Anschuldigung, der missbräuchlichen Verwendung von Ausweisen, des mehrfachen Fahrens in fahrunfähigem Zustand, des mehrfachen Führens eines Motorfahrzeugs ohne Führerausweis, der mehrfachen groben Verletzung der Verkehrsregeln und der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln schuldig. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer Busse von Fr. 300.--. Zudem widerrief es den mit Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1. April 2009 für 17 Monate gewährten bedingten Vollzug einer Freiheitsstrafe von 26 Monaten.

Auf Berufung von X. _____ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Aargau am 14. November 2016 das bezirksgerichtliche Urteil.

Das Obergericht hält u.a. folgenden Sachverhalt für erwiesen:
X. _____ und ca. drei unbekannte Täter schlugen am 9. Mai 2013 nach einer verbalen Auseinandersetzung mehrfach mit Fäusten auf A. _____ ein. Dieser wehrte sich dabei nicht und verhielt sich passiv. Einer der unbekanntes Täter stiess sodann gegen dessen Oberkörper, so dass er zu Boden fiel. Anschliessend traten zumindest die unbekanntes Täter mehrfach gegen seinen Körper. A. _____ erlitt dadurch eine Nasenbeinfraktur, drei Rissquetschwunden im Gesicht und Schürfwunden sowohl an der rechten Schulter als auch an beiden Ellbogen (angefochtenes Urteil, E. 2.3 und 2.7.2.3).

B.
X. _____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 14. November 2016 sei aufzuheben. Er sei vom Vorwurf des Angriffs freizusprechen und

mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 20.-- zu bestrafen. Auf den Widerruf des bedingten Teils der Freiheitsstrafe des Urteils des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1. April 2009 sei zu verzichten. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. X. _____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit der Verurteilung wegen Angriffs. Er macht geltend, seine pauschale und nicht detaillierte Bestreitung des Vorwurfs des Angriffs dürfe nicht zu seinen Ungunsten ausgelegt werden, auch wenn er es selber zu verantworten habe, dass er erst am 5. Dezember 2013 dazu befragt worden sei. Er habe sich nicht mehr daran erinnern können, was er am 9. Mai 2013 gemacht habe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe ihn der Beschwerdegegner 2 nicht eingehend beschreiben können. Die Zeugin B. _____ habe ihn nicht als Angreifer identifizieren können. Auch der Zeuge C. _____ habe ausgesagt, dass er gleich neben der Schlägerei gestanden sei, den Beschwerdeführer aber nicht gesehen habe.

1.2. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 141 IV 317 E. 5.4 S. 324 mit Hinweisen), oder wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Nach der bundesgerichtlichen Praxis liegt Willkür vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 141 I 70 E. 2.2 S. 72; 140 III 167 E. 2.1 S. 168; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22). Die Willkürüge muss in der Beschwerde klar vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 225 E. 3.2 S. 228 mit Hinweis). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine Bedeutung zu, die über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgeht (BGE 138 V 74 E. 7 S. 82 mit Hinweisen).

1.3. Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner 2 in Anwendung von Art. 343 Abs. 3 StPO gerichtlich einvernommen. Sie legt schlüssig dar, weshalb sie auch nach der erneuten Einvernahme überzeugt ist, dass der Beschwerdeführer sich am Angriff gegen den Beschwerdegegner 2 beteiligte. Dieser habe anlässlich seiner Einvernahmen das Geschehen vor, während und nach der Tat äusserst detailreich, schlüssig und auch konstant geschildert. Zudem habe er das Aussehen der Angreifer eingehend beschreiben können (angefochtenes Urteil, E. 2.5.5). Seine Aussagen seien generell glaubhaft (angefochtenes Urteil, E. 2.7.1). Er habe stets im Wissen um die Strafbarkeit falscher Anschuldigungen beteuert, dass der Beschwerdeführer am Angriff beteiligt gewesen sei. Es sei kein Motiv für eine falsche Anschuldigung von seiner Seite her ersichtlich (angefochtenes Urteil, E. 2.7.2.1). Es liege keine klare Aussage vor, dass der Beschwerdeführer am Angriff nicht beteiligt gewesen sei, welche jene des Beschwerdegegners 2 in Zweifel ziehen könne (angefochtenes Urteil, E. 2.7.2.2).

1.4. Was der Beschwerdeführer gegen diese Erwägungen der Vorinstanz einwendet, erschöpft sich weitgehend in einer appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil, auf die das Bundesgericht nicht eintritt. Er beschränkt sich darauf, die eigene Sichtweise des Geschehens darzulegen. Damit ist seine Beschwerde nicht geeignet, offensichtlich erhebliche und schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel daran darzutun, dass sich der Anklagesachverhalt verwirklicht hat. Der Beschwerdeführer hätte klar und substantiiert darlegen müssen, inwiefern die Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unhaltbar sind oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen und dass die vorhandenen Beweise andere Schlussfolgerungen geradezu aufdrängen. Die Vorinstanz hat beispielsweise die Rüge, es sei nicht nachvollziehbar, warum die Aussage des Zeugen C. _____ die Glaubwürdigkeit des Beschwerdegegners 2 stärke, bereits berücksichtigt. Dieser Zeuge habe den Beschwerdeführer zwar nicht gesehen. Durch seine Aussagen (und diejenigen

anderer Personen) liessen sich aber die Schilderungen des Beschwerdegegners 2 zum grundsätzlichen Geschehen verifizieren (angefochtenes Urteil, E. 2.5.7). Zu dieser nachvollziehbaren Begründung äussert sich

der Beschwerdeführer nicht. Die Vorinstanz weist auch darauf hin, es sei auffallend, dass der Beschwerdegegner 2 bezüglich des Tatbeitrags des Beschwerdeführers differenziere und ihn des Schlags ins Gesicht mit einem metallenen Gegenstand bezichtige, ihm aber - da er es nicht habe sehen können - nicht vorwerfe, auf ihn eingetreten zu haben, als er am Boden gelegen sei (angefochtenes Urteil, E. 2.7.2.1). Sie gelangt willkürfrei zum Schluss, dass die vagen Beteuerungen des Beschwerdeführers keine berechtigten Zweifel an den glaubhaften Aussagen des Beschwerdegegners 2 zu wecken vermögen (angefochtenes Urteil, E. 2.7.2.2). Soweit sich der Beschwerdeführer überhaupt substantiiert mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzt, sind seine Vorbringen und Rügen unbehelflich. Entgegen seiner Auffassung spricht der Umstand, dass er sich gemäss seinen Aussagen nicht mehr erinnern kann, was er am 9. Mai 2013 machte, nicht für seine Glaubwürdigkeit. Seine Einwände, der Beschwerdegegner 2 habe darauf hingewiesen, der Täter schiele, ohne aber zu präzisieren mit welchem Auge, und er habe auch dessen Tätowierungen an Hals und Armen nicht erwähnt, sind unbeachtlich. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, diese Einwände bereits im

vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht zu haben. Das Rechtsmittel vor Bundesgericht soll einer Partei nicht ermöglichen, vor der letzten kantonalen Instanz Versäumtes nachzuholen (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG). Ohnehin ergibt sich aus den Ermittlungen, dass sich der Beschwerdegegner 2 und der Beschwerdeführer vom Sehen her schon vor dem Angriff vom 9. Mai 2013 kannten und dass dem Beschwerdegegner 2 auch der Rufname des Beschwerdeführers bekannt war (vgl. kant. Akten, Urk. 215.5). Für dessen Identifizierung waren daher nicht in erster Linie die äusserlichen Eigenschaften entscheidend.

1.5. Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Einvernahme des Beschwerdegegners 2 vom 16. Mai 2013 sei nicht verwertbar, weil er sein Teilnahmerecht nicht wahrnehmen können. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdegegner 2 habe sich am 22. Januar 2015 (in Anwesenheit des Beschwerdeführers) einerseits nochmals zum Vorfall geäussert, andererseits auch seine früheren Aussagen formal bestätigt. Er habe den Vorgang in den Grundzügen nochmals mit den eigenen Worten geschildert und weitere Fragen der Staatsanwaltschaft beantwortet (angefochtenen Entscheid, E. 2.5.4). Zu diesen Erwägungen der Vorinstanz äussert sich der Beschwerdeführer nicht. Dieser zeigt nicht ansatzweise auf, dass und inwiefern die Aussagen des Beschwerdegegners 2 vom 16. Mai 2013 für die vorinstanzliche Beweiswürdigung überhaupt relevant waren. Dies ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten. Der Vorwurf, dass auch die Aussagen der Zeugin B._____ gegenüber der Polizei nicht verwendet werden können bzw. unklar sei, ob sie das damals Geschilderte tatsächlich selber gesehen habe, trifft ins Leere, da weder die Erst- noch die Vorinstanz darauf abstellen (angefochtenes Urteil, E. 2.5.7; erstinstanzliches Urteil, E. 5.7). Anlässlich

ihrer Befragung vor der Vorinstanz führte die Zeugin aus, sie könne nicht sagen, ob der Beschwerdeführer an der Schlägerei beteiligt gewesen sei. Alleine diese, von der Vorinstanz ausdrücklich berücksichtigte Zeugenaussage (vgl. angefochtenes Urteil, E. 2.6.1 und 2.7.2.2), steht einer willkürfreien Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer eben doch am Angriff beteiligt war, nicht entgegen.

1.6. Damit sind die Rügen betreffend den Schuldspruch des Angriffs unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann. Es erübrigt sich, auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Auswirkung des beantragten Freispruchs vom Vorwurf des Angriffs auf das Strafmass einzugehen.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt sodann eine Verletzung von Art. 46 Abs. 5 StGB. Der bedingte Vollzug für die 17 Monate Freiheitsstrafe, welcher ihm mit Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1. April 2009 gewährt worden sei, habe nur bis am 1. Oktober 2016 widerrufen werden können. Der von der Vorinstanz am 14. November 2016 angeordnete Widerruf sei nicht zulässig.

2.2. Nach Art. 46 Abs. 5 StGB darf der Widerruf einer bedingten Strafe nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind. Die mit Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1. April 2009 angesetzte Probezeit von drei Jahren wurde mit Urteil des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen vom 1. Juni 2010 um ein Jahr und mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 14. November 2012 um weitere sechs Monate verlängert. Der Beschwerdeführer und die Vorinstanz sind sich einig, dass die Probezeit von insgesamt

viereinhalb Jahren grundsätzlich bis am 1. Oktober 2013 lief und die dreijährige Widerrufsfrist von Art. 46 Abs. 5 StGB demnach am 1. Oktober 2016 verstrich. Massgebend für die Einhaltung dieser Frist ist das Urteil der Berufungsinstanz, welches das erstinstanzliche Urteil vom 16. Juli 2015 auch betreffend den Widerruf ersetzt (vgl. Art. 408 StPO; Urteil 6B 114/2013 vom 1. Juli 2013 E. 7). Das Urteil der Berufungsinstanz erging am 14. November 2016 und damit nach dem 1. Oktober 2016. Die mit Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 1. April 2009 angeordnete Freiheitsstrafe von 26 Monaten war allerdings eine teilbedingte (kant. Akten, Urk. 2). Die Vorinstanz geht davon aus, dass bei teilbedingten Freiheitsstrafen die entsprechende Probezeit zwar mit der Eröffnung des Urteils zu laufen beginnt, jedoch ab Eintritt des Täters in den Strafvollzug bis zu seiner Entlassung aus diesem ruht. Da sich der Beschwerdeführer nach Eröffnung des Urteils des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen während 224 Tagen im Strafvollzug befunden habe, habe die Widerrufsfrist in dieser Zeit geruht und sei am 14. November 2016 noch nicht abgelaufen (angefochtenes Urteil, E. 3.4.1.4).

2.3. Ob die Probezeit bei teilbedingten Strafen erst mit der Entlassung aus dem Strafvollzug beginnen soll, hat das Bundesgericht zuletzt offen gelassen (Urteil 6B 934/2015 vom 5. April 2016 E. 5.4). Die Lehre spricht sich überwiegend für eine "Suspendierung" während des unbedingt zu vollziehenden Teils der teilbedingten Freiheitsstrafe oder für einen Beginn der Probezeit erst ab Entlassung aus (vgl. Schneider/Garré, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 9 zu Art. 44 StGB; Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 44 StGB; Erwin Leuenberger, Teilbedingte und kombinierte Sanktionen - der Richter als Gesetzgeber?, in: Das revidierte StGB, Allgemeiner Teil, Erste Erfahrungen, Tag/Hauri [Hrsg.], 2008, S. 83 f.; Georges Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2006, S. 125; Dupuis et al. [Hrsg.], Code pénal, Petit commentaire, 2. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 44 StGB; Markus Hug, in: StGB, Kommentar, 19. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 44 StGB; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 142; Stratenwerth/Wohlers, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 44 StGB; a.M. André Kuhn, in: Commentaire romand, Code pénal I, 2009, N. 10 ff. zu Art. 44 StGB). Begründen lässt sich diese Auffassung vorwiegend damit, dass der Täter nur in Freiheit die Gelegenheit hat, das in ihn gesetzte Vertrauen nicht zu enttäuschen bzw. sich ungehindert zu bewähren. Zwar besteht auch während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe die Möglichkeit, straffällig zu werden. Dies ist aber nur eingeschränkt und je nach Art des Vollzugs für gewisse Delikte gar nicht möglich. Das Gericht kann eine Freiheitsstrafe von mindestens einem und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben. Der unbedingt zu vollziehende Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 1 und 2 StGB). Daraus resultiert, dass der unbedingt zu vollziehende Teil höchstens eineinhalb Jahre betragen kann. Die Probezeit beträgt zwischen zwei und fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Mit einer undifferenzierten Behandlung des Laufes der Probezeit für den bedingten Teil einer Freiheitsstrafe würde es etwa in Fällen, in welchen das Gericht bei zweijähriger Probezeit den unbedingt zu vollziehenden Teil einer Freiheitsstrafe auf eineinhalb Jahre festsetzt und in welchen der Täter zudem erst nach einem halben Jahr nach der Urteilseröffnung seine Freiheitsstrafe antritt, dazu kommen, dass die Probezeit bereits vor dem Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug endet. Damit würde den teilbedingten Strafen der Sinn entzogen. Bei teilbedingten Strafen ist daher während des Vollzugs des unbedingt zu vollziehenden Teils der Strafe der Lauf der Probezeit gesondert zu berücksichtigen bzw. es ist davon auszugehen, dass die Probezeit von Gesetzes wegen um die Zeit des Strafvollzugs verlängert wird.

2.4. Damit war die Widerrufsfrist nach Art. 46 Abs. 5 StGB im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils noch nicht abgelaufen, da die Probezeit um die Dauer des Vollzugs des unbedingt zu vollziehenden Teils der teilbedingten Freiheitsstrafe verlängert wurde.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt eventualiter, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht eine Schlechtprognose gestellt. Deshalb sei auf den Widerruf zu verzichten.

3.2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen führt nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn wegen der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Dem Gericht steht bei der Prüfung der

Prognose des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn das Gericht sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 134 IV 140 E. 4.2 ff. S. 142 f. mit Hinweisen).

3.3. Die Vorinstanz würdigt die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers eingehend und kommt zum Schluss, dass die Umstände, welche für eine negative Legalprognose sprechen, überwiegen (angefochtenes Urteil, E. 3.4.4.3 f.). Der Beschwerdeführer setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz zur negativen Legalprognose nicht auseinander. Er bringt lediglich vor, die Vorinstanz habe eine falsche Prüfung vorgenommen, begründet diese Behauptung aber nicht. Die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie von einer negativen Legalprognose ausgeht und den Widerruf des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe im Umfang von 17 Monaten durch die Vorinstanz schützt.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist bezüglich der gerügten Verletzung von Art. 46 Abs. 5 StGB gutzuheissen (E. 2). Insoweit sind keine Gerichtskosten zu erheben und der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Im Übrigen ist das Gesuch infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (E. 1 und 3). Die vom Beschwerdeführer in diesem Umfang zu tragenden Gerichtskosten sind angesichts seiner finanziellen Lage herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen.

3.

Dem Beschwerdeführer werden Gerichtskosten von Fr. 600.-- auferlegt.

4.

Rechtsanwalt Dominic Frey wird aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- ausgerichtet.

5.

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

Lausanne, 9. November 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Weber