

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 493/2018

Urteil vom 18. September 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Faga.

Verfahrensbeteiligte

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Krumm,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Solothurn, Franziskanerhof, Barfüssergasse 28, Postfach 157,
4502 Solothurn,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Förderung der Prostitution, gewerbsmässiger Diebstahl,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Strafkammer, vom 21.
Februar 2018 (STBER.2017.56).

Sachverhalt:

A.

A._____ und B._____ reisten im Sommer 2006 mit der damaligen Ehefrau von X._____ aus Rumänien in die Schweiz, um in der Schweiz der Prostitution nachzugehen. Sie wurden von X._____, der sich zur fraglichen Zeit im Strafvollzug befand, angewiesen, alle ihre Einkünfte aus der Prostitution offenzulegen und die Hälfte davon seiner Frau abzugeben. X._____ gelang am 20. August 2006 die Flucht aus dem Regionalgefängnis Biel. Er beging ab 21. bis zum 25. August 2006 fünf vollendete und vier versuchte Einbruchdiebstähle.

B.

Das Obergericht des Kantons Solothurn sprach X._____ am 21. Februar 2018 im Berufungsverfahren gegen ein Urteil des Amtsgerichts Solothurn-Lebern vom 22. Mai 2017 zweitinstanzlich der Förderung der Prostitution, des gewerbsmässigen Diebstahls und der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte schuldig. Es verurteilte X._____ zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft von 55 Tagen.

C.

X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der Förderung der Prostitution und des gewerbsmässigen Diebstahls freizusprechen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht X._____ um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

D.

Das Obergericht des Kantons Solothurn beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Solothurn verzichtet auf Vernehmlassung. Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt unter Hinweis auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 lit. c IPBPR und Art. 4 BV eine Verletzung des Beschleunigungsgebots. Als Begründung führt er an, eine Verfahrensdauer von rund 2 1/2 Jahren sei klar zu lang (Beschwerde S. 3). Nachdem Art. 14 Ziff. 2 lit. c IPBPR (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) nicht existiert und Art. 4 BV die vier Landessprachen regelt, macht der Beschwerdeführer sinngemäss eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. c IPBPR und Art. 29 Abs. 1 BV geltend.

1.2. Auf die Rüge ist nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer verweist einzig auf die Verfahrensdauer von rund 2 1/2 Jahren. Inwiefern sie unverhältnismässig sein sollte, zeigt er nicht auf. Er macht keinerlei Ausführungen zum Verfahrensablauf und zu möglichen Verfahrensunterbrüchen in der Untersuchung oder im Gerichtsverfahren, welche die behauptete Rechtsverletzung belegen könnten (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 195 Abs. 3 StGB. Die beiden Frauen hätten einzig Rechenschaft über ihre Einkünfte abgeben müssen. Im Übrigen seien sie völlig frei gewesen. Die blosser Pflicht, die Höhe der Einnahmen offenzulegen, sei keine Überwachung im Sinne des Gesetzes. Eine blosser betriebswirtschaftliche Kontrolle genüge für die Erfüllung des Tatbestands nicht. Es sei keine Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung erfolgt (Beschwerde S. 4 ff.).

2.2. Nach dem hier gestützt auf Art. 2 StGB anwendbaren Art. 195 Abs. 3 aStGB (der dem seit 1. Juli 2014 gültigen Art. 195 lit. c StGB entspricht; AS 2014 1159) macht sich strafbar, wer die Handlungsfreiheit einer Person, die Prostitution betreibt, dadurch beeinträchtigt, dass er sie bei dieser Tätigkeit überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt. Geschütztes Rechtsgut ist die Entscheidungsfreiheit der Prostituierten, die nicht verletzt werden darf. Von der Bestimmung wird erfasst, wer sich der Prostituierten gegenüber in einer Machtposition befindet, die es ihm erlaubt, deren Handlungsfreiheit einzuschränken und festzulegen, wie sie ihrer Tätigkeit im Einzelnen nachzugehen hat, oder in Einzelfällen bestimmte Verhaltensweisen zu erzwingen. Die Strafbarkeit setzt voraus, dass auf die betroffene Person ein gewisser Druck ausgeübt wird, dem sie sich nicht ohne weiteres entziehen kann, so dass sie in ihrer Entscheidung, ob und wie sie dem Gewerbe nachgehen will, nicht mehr vollständig frei ist, und die Überwachung oder die bestimmende Einflussnahme ihrem Willen oder ihren Bedürfnissen zuwiderläuft. Die Machtposition kann etwa auf dem wirtschaftlichen und sozialen Druck, der auf den Frauen lastet, und auf ihrer schwachen Stellung als mittellose illegale Aufenthalterinnen beruhen. Ein solcher Druck kann darin bestehen, dass der Täter die Kontrolle darüber ausübt, ob, wie und in welchem Ausmass die Prostituierte dem Gewerbe nachgeht, von ihr regelmässig über ihre Arbeit und ihre Einkünfte Rechenschaft fordert oder die Umstände ihrer Tätigkeit, namentlich etwa die Art der zu erbringenden Leistungen, die pro Kunde mindestens oder höchstens aufzuwendende Zeit, den Preis und die Modalitäten der Abrechnung, näher festlegt (BGE 129 IV 81 E. 1.2 S. 83 f. und E. 1.4 S. 86 f.; 126 IV 76 E. 2 S. 80 f.; je mit Hinweisen; 125 IV 269 E. 1 S. 270 f.).

Ob ein unzulässiger Druck im Sinne der Bestimmung ausgeübt wird, entscheidet sich nach den Umständen des jeweiligen Falles. Das Bundesgericht hatte mehrmals Gelegenheit, diese Frage zu prüfen (eine relevante Beeinträchtigung wurde etwa bejaht in BGE 129 IV 81 E. 1.3 und 1.4 S. 85 ff. und 125 IV 269 E. 2 S. 271 f. sowie in den Urteilen 6P.195/2006 vom 9. Dezember 2006 E. 3.2; 6S.446/2000 vom 29. März 2001 E. 3; 6S.257/1999 vom 3. Juni 1999 lit. B und E. 2b; 6P.39/2004 vom 23. Juli 2004 E. 2, 5.3 und 5.4; 6S.583/1995 vom 16. Oktober 1996 E. 4; 6S.570/1997 vom 9. Oktober 1997 lit. C/a und E. 2; 6P.162/2001 vom 22. März 2002 E. 6; eine relevante Beeinträchtigung wurde etwa verneint in BGE 126 IV 76 E. 3 S. 81 ff. und im Urteil 6S.17/2004 vom 22. Juli 2004 E. 4).

2.3. Der Verurteilung wegen Förderung der Prostitution liegt folgender Sachverhalt zu Grunde. A._____ und B._____ reisten zusammen mit der damaligen Ehefrau des Beschwerdeführers im Sommer 2006 aus Rumänien in die Schweiz, um hier der Prostitution nachzugehen. Die Reise wie auch die Unterkunft beider Rumäninnen hatte die frühere Ehefrau des Beschwerdeführers organisiert. Am 21. Juni 2006 besuchten die drei Frauen den Beschwerdeführer in der Strafanstalt. Dieser wies A._____ und B._____ an, alle ihre Einkünfte aus der Prostitution offenzulegen und die Hälfte der Einnahmen wie auch die Reisekosten seiner Ehefrau abzugeben. In der Folge bekräftigte der

Beschwerdeführer (persönlich wie auch mittels Drittpersonen) seine Forderungen mit verschiedenen Drohungen. Weitere Vorgaben oder Kontrollen erfolgten nicht.

2.4. Indem die Vorinstanz den Beschwerdeführer wegen Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 aStGB verurteilt, verletzt sie Bundesrecht. A. _____ und B. _____ wurden in der Ausübung der Prostitution, zu deren Zweck sie in die Schweiz einreisten, weder durch Vorgaben noch durch Kontrollen des Beschwerdeführers eingeschränkt. Entsprechende strikte Rahmenbedingungen, welche der Beschwerdeführer diktiert und deren Einhaltung er überwacht und sichergestellt hätte, sind unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse nicht gegeben.

Beide Frauen gingen der Prostitution in der "C. _____" freiwillig nach. Sie waren betreffend die Auswahl der Freier, die angebotenen Dienstleistungen, deren Preise und den Ablauf des Kundenkontakts frei (anders etwa der Sachverhalt im Urteil 6S.446/2000 vom 29. März 2001, wo das Aufsuchen eines Séparées mit dem Freier einen Mindestkonsum von alkoholischen Getränken an der Bar bedingte). Auch konnten sie ihre Arbeits- und Präsenzzeiten frei wählen, wobei Gegenteiliges respektive die Vorgabe von Arbeitszeiten und einer festen Organisationsstruktur allein nicht in jedem Fall ein Bestimmen im Sinne des Tatbestands bedeutet hätte (Urteil 6P.195/2006 vom 9. Dezember 2006 E. 3.2.2). Ebenso wenig wurde den Prostituierten ein Mindestumsatz vorgeschrieben. Auch wurden sie nicht durch fiktive Darlehensforderungen wie etwa frei erfundene Reisekosten in ihrer Entscheidung beeinträchtigt, ob und in welchem Mass sie der Prostitution nachgehen. Wohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass auf beiden Frauen, die aus armen Verhältnissen stammten, kaum Deutsch konnten und sich möglicherweise illegal in der Schweiz aufhielten (wobei Letzteres im vorinstanzlichen Entscheid nicht festgestellt wurde), ein wirtschaftlicher und sozialer Druck lastete. Diesen Druck hat der Beschwerdeführer hingegen nicht geschaffen, verstärkt oder ausgenutzt. Die Frauen waren nicht nur in der Ausübung der Prostitution frei. Auch auf ihre Freizeit übte der Beschwerdeführer (weder persönlich noch mittels Drittpersonen) keine Kontrolle und keinen Einfluss aus und er isolierte sie nicht von der Umwelt. Mithin konnten sich die Frauen in Beruf und Freizeit frei und ohne Kontrolle bewegen.

In BGE 126 IV 76 verneinte das Bundesgericht eine relevante Beeinträchtigung der sich in einem Sauna-Club prostituierenden Frauen. Diese mussten eine Betriebsordnung befolgen, die eine detaillierte, in Bezug auf die diversen angebotenen Leistungen abgestufte Preisliste enthielt. Den Lohn hatten die Prostituierten nach erbrachter Dienstleistung vollständig der Geschäftsführung auszuhändigen, wovon sie 60% am Schluss jeden Arbeitstages ausbezahlt erhielten. Zudem mussten die Prostituierten wie die Freier ein Eintrittsgeld von täglich Fr. 60.-- bezahlen. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Betriebsordnung über die Art und Weise der Abrechnung und eine von der Geschäftsleitung festgelegte Tarifliste den Tatbestand des Überwachens nicht erfüllen. Die Vorgaben im zu beurteilenden Fall gehen weniger weit. Dass die beiden Frauen über die Hälfte ihres Einkommens hinaus weitere Abgaben an den Beschwerdeführer oder Drittpersonen leisten mussten, stellt die Vorinstanz nicht fest. Ebenso wenig steht fest, dass eine Kontrolle erfolgte, ob die abgelieferten Einnahmen mit den tatsächlich vorgenommenen sexuellen Handlungen übereinstimmten. Bei dieser Sachlage lässt sich nicht sagen, durch die Rechenschaftsablegung über die generierten Einnahmen

und deren hälftige Ablieferung sei ein derart bestimmender Einfluss auf die Frauen ausgeübt worden, der ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigt hätte. Zu keinem anderen Ergebnis führt, dass der Beschwerdeführer seine Geldforderungen mit Drohungen bekräftigte. Sein Verhalten tangierte die Frauen in ihrer Entscheidung betreffend Offenlegung und hälftige Abgabe des Einkommens. Weiterhin frei waren sie aber in ihrer Wahl, ob, wie und in welchem Ausmass sie der Prostitution nachgingen. Diesbezüglich waren die Frauen dem Beschwerdeführer nicht ausgeliefert. Der Beschwerdeführer bestimmte die Umstände der Prostitution nicht und beeinträchtigte mithin nicht deren sexuelle Selbstbestimmung. Dies hielten die beiden Frauen im Grunde genommen selbst fest, indem sie betonten, "nicht zur Prostitution gezwungen worden zu sein und die Möglichkeit gehabt zu haben, den Arbeitsplatz zu wechseln, Freier und Sexualpraktiken abzulehnen und freie Tage zu nehmen. Sie wären eigentlich mit ihrer Arbeit und der konkreten Situation in der C. _____ zufrieden gewesen, wenn sie nicht auf Verlangen des Beschuldigten und seiner Ehefrau die Hälfte ihres Einkommens - zusätzlich zu den Reisekosten - hätten abliefern müssen" (Entscheid S. 13).

2.5. Der Schuldspruch wegen Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 aStGB verletzt Bundesrecht und die Beschwerde erweist sich als begründet. Die Vorinstanz wird prüfen müssen, ob der Beschwerdeführer durch den ausgeübten Druck einen anderen Straftatbestand erfüllte.

3.

Der Beschwerdeführer verübte ab 21. bis zum 25. August 2006 fünf vollendete und vier versuchte

Einbruchdiebstähle, was die Vorinstanz als gewerbsmässige Diebstähle qualifiziert.

3.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB sei nicht erfüllt. Es sei eine haltlose Behauptung der Vorinstanz, wonach er vor dem Verlassen der Schweiz noch möglichst viel Geld habe verdienen wollen. Vielmehr sei es ihm einzig darum gegangen, die Flucht nach Spanien zu finanzieren. Bereits mit Blick auf die Dauer der Delinquenz falle ein gewerbsmässiges Handeln ausser Betracht. Zudem habe er nicht die Absicht gehabt, während eines längeren Zeitraums zu delinquieren (Beschwerde S. 7 f.).

3.2. Nach der Rechtsprechung liegt im Begriff des berufsmässigen Handelns der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben und es muss aufgrund der Taten geschlossen werden, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Handlungen bereit gewesen (BGE 129 IV 188 E. 3.1.2 S. 191; 119 IV 129 E. 3a S. 132 f.; je mit Hinweis).

3.3. Der Beschwerdeführer verübte innerhalb von fünf Tagen fünf Einbruchdiebstähle und vier versuchte Einbruchdiebstähle. Er erzielte einen Deliktsbetrag von rund Fr. 15'000.--, wobei er die Einbruchserie einen Tag nach dem Ausbruch aus dem Gefängnis begann. Unter Berücksichtigung des Zeitraums von nur wenigen Tagen beging er eine bedeutende Anzahl Delikte. Diese kurze Zeitspanne schliesst entgegen seinem Dafürhalten eine Gewerbsmässigkeit nicht von vornherein aus (vgl. etwa Urteil 6B 259/2017 vom 21. Dezember 2017). Vielmehr lässt die Häufigkeit der innert kurzer Zeit erfolgten Einzeltaten darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer die Delikte begangen hat, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Zudem waren die erzielten Einkünfte (auch mangels anderer Einnahmequellen) von grossem Umfang und stellten wenn nicht den gesamten, so doch den hauptsächlichsten Teil seiner Lebenshaltungskosten sicher. An diesem Ergebnis ändert nichts, wenn der Beschwerdeführer vorbringt, er habe sein Überleben und (wovon auch die Vorinstanz ausgeht) seine Weiterreise finanzieren wollen. Unbestrittenermassen verfügte der sich auf der Flucht befindende Beschwerdeführer über kein (legales) Einkommen und lebte er von den Einbruchdiebstählen. Dass er

darauf abzielte, vom Deliktsgut zu leben und damit seine Lebenshaltungskosten zu finanzieren, kann nicht als unhaltbar bezeichnet werden, sondern drängt sich geradezu auf.

Auch ein planmässiges Vorgehen kann im Einzelfall ein Indiz für Gewerbsmässigkeit sein (BGE 116 IV 319 E. 4a S. 330 f.). Ein systematisches Vorgehen liegt mit Blick auf die Art und Weise, wie sich der Beschwerdeführer jeweils Zugang zu den Liegenschaften verschaffte (vgl. Entscheid S. 19 f. und 28 f. sowie erstinstanzliches Urteil S. 39 ff. und 62 ff.), vor. Stellen die Vorinstanzen fest, der Beschwerdeführer sei im Jahre 2006 zu einer Vielzahl von Diebstählen bereit gewesen, ist dies nicht zu beanstanden. Behauptet der Beschwerdeführer, er habe keine Absicht gehabt, über einen längeren Zeitraum zu delinquieren, dringt seine gegen die tatsächlichen Feststellungen gerichtete Kritik nicht durch. Die fragliche Bereitschaft hat der Beschwerdeführer bereits in der Vergangenheit mehrfach in die Tat umgesetzt. Er wurde nach den zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen (erstinstanzlicher Entscheid S. 69) im Jahre 2005 vom Obergericht des Kantons Bern unter anderem wegen mehrfachen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls und mehrfachen Raubes zu einer 6-jährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Im Jahre 1997 auferlegte ihm das Landgericht Hamburg eine 6 1/2-jährige Freiheitsstrafe unter anderem wegen schweren Bandendiebstahls in sechs Fällen (vorinstanzliche Akten Register 1 pag. 13 und 67). Sein Hinweis, er habe "sich damals in einer gänzlich anderen Lebenslage" befunden, bleibt wenig substantiiert und ist deshalb nicht nachvollziehbar. Die Rüge der Aktenwidrigkeit genügt zudem den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Der Schuldspruch des gewerbsmässigen Diebstahls verletzt kein Bundesrecht.

4.

Der Beschwerdeführer obsiegt teilweise, soweit er sich gegen die Verurteilung wegen Förderung der Prostitution wendet (E. 2). Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Der Beschwerdeführer wird im Umfang seines Unterliegens grundsätzlich kostenpflichtig. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Soweit er obsiegt, ist das Gesuch gegenstandslos geworden. Soweit

er unterliegt, ist es abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario). Ihm sind unter Berücksichtigung seiner angespannten finanziellen Verhältnisse Gerichtskosten im Umfang von Fr. 600.-- aufzuerlegen (Art. 65 Abs. 2 BGG). Dem Kanton Solothurn sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Der Kanton Solothurn hat als teilweise unterliegende Partei dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Jürg Krumm, eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 21. Februar 2018 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

3.

Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 600.-- dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Der Kanton Solothurn hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Jürg Krumm, eine Entschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. September 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Faga