

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.206/2005 /bri

Urteil vom 27. Oktober 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien

X. _____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stefan Galligani,

gegen

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

Gegenstand

Diebstahl, Sachbeschädigung etc.,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 1. Strafkammer,
vom 7. April 2005.

Sachverhalt:

A.

X. _____ wird vorgeworfen, am 13. September 2003, zusammen mit vier den Behörden unbekannt gebliebenen Mittätern, in die "Landi Freiamt", Volg-Laden Sins, eingebrochen zu sein. Anschliessend haben die Täter den aus dem Ladenlokal entwendeten Tresor mit einem gestohlenen Personenwagen abtransportiert.

B.

Das Bezirksgericht Muri erklärte X. _____ am 22. Juni 2005 des Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung, des Hausfriedensbruchs sowie der Entwendung eines Personenwagens zum Gebrauch schuldig. Es verurteilte ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 13 Monaten und einer Busse von Fr. 1'000.--. Zudem widerrief es den bedingten Strafvollzug für eine 15-tägige Gefängnisstrafe, welche das Bezirksstatthalteramt Liestal mit Strafbefehl vom 20. August 2003 wegen versuchten Einbruchdiebstahls ausgesprochen hatte, und verwies ihn für vier Jahre des Landes.

X. _____ erhob dagegen Berufung. Das Obergericht des Kantons Aargau wies sie am 7. April 2005 ab.

C.

X. _____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

Das Obergericht verzichtet auf Gegenbemerkungen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen seine Verurteilung wegen mittäterschaftlich begangenen Einbruchdiebstahls. An der Haupttat - dem Einbruch - habe er nicht teilgenommen. Er habe für die anderen bloss aufgepasst und ihnen geholfen, den Tresor in das Auto zu verladen. Seine Tatbeiträge hätten die Haupttat zwar gefördert, seien aber von untergeordneter Natur. Darauf weise auch der Umstand hin, dass sein Anteil am Deliktsgut von knapp Fr. 19'000.-- nur Fr. 600.-- betragen habe. Dass er selber von einer gleichmässigen Verteilung der angeblichen Beute von Fr. 3'000.-- ausgegangen sei, mache ihn noch nicht zum Mittäter.

1.1 Mittäter ist, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht.

Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falls und dem Tatplan für die Ausführung des Delikts so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt. Das blosses Wollen der Tat, der subjektive Wille allein genügt zur Begründung von Mittäterschaft nicht. Daraus folgt aber nicht, dass Mittäter nur ist, wer an der eigentlichen Tatausführung beteiligt ist oder sie zu beeinflussen vermag. Mittäterschaft setzt unter anderem einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, wobei dieser nicht ausdrücklich bekundet werden muss; es genügt, wenn er konkludent zum Ausdruck kommt. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Mittäter bei der Entschlussfassung mitwirkt, sondern es reicht aus, dass er sich später den Vorsatz seiner Mittäter zu eigen macht. Wenn die Rechtsprechung angenommen hat, Mittäterschaft könne auch darin liegen, dass einer der Teilnehmer massgeblich bei der Entschliessung oder Planung des Deliktes mitgewirkt hat, so darf daraus nicht geschlossen werden, Mittäterschaft sei ausschliesslich möglich, wenn die Tat im

Voraus geplant und aufgrund eines vorher gefassten gemeinsamen Tatentschlusses ausgeführt wurde (BGE 126 IV 84 E. 2c/aa; 125 IV 134 E. 3a; 120 IV 17 E. 2d, 136 E. 2b, 265 E. 2c/aa; vgl. BGE 118 IV 227 E. 5d/aa, 397 E. 2b, je mit Hinweisen).

1.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs. 1 BStP) war der Beschwerdeführer von Beginn bis zum Abschluss der Tat - wenn auch nicht bei allen Einzelschritten - dabei. Er wirkte bei der Tatentschliessung mit bzw. machte sich zumindest den Tatentschluss der anderen vier Beteiligten vor der Ausführung der Tat zu eigen, als ihn diese in der Nacht vom 12./13. September 2003 im Restaurant Reussegg bzw. der Disco Oase gefragt haben, ob er sich an einem Einbruch beteiligen wolle. Bei der Ausführung des Delikts sowie zur Sicherung der Beute leistete der Beschwerdeführer verschiedene Tatbeiträge. Er stand draussen vor dem Gebäude "Schmiere", bewachte den aus dem Ladenlokal entwendeten Safe mit zwei der Beteiligten bis zur Bereitstellung des Fluchtautos und half anschliessend, den Tresor in das gestohlene Auto einzuladen. Seine Fingerabdrücke wurden im Wageninnern (Lenkrad, Schaltstock, Handbremsgriff) gesichert. Er floh zusammen mit den anderen Tätern und erhielt einen Teil der Beute.

1.3 Das blosses "Schmierestehen" oder die Fluchthilfe stellen, wie der Beschwerdeführer grundsätzlich zutreffend ausführt, in der Regel nur Beihilfe zur Haupttat dar. Sind die entsprechenden Tatbeiträge für die Tatbestandserfüllung aber wichtig, begründen sie Mittäterschaft (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Bern 2005, § 13 N. 63; Marc Forster, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Vor Art. 24 N. 40; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, § 25 N. 211).

Dies ist hier der Fall. Wie die Vorinstanz verbindlich feststellt, bestanden die übrigen Tatbeteiligten auf dem für den Beschwerdeführer vorgesehenen Beitrag, vor dem Ladenlokal Wache zu stehen (angefochtener Entscheid, S. 21). Die von ihm ausgefüllte Position war für den Plan und dessen Durchführung mithin wesentlich. Indem er aufpasste, sicherte er den Einbruch seiner Kollegen unmittelbar ab. Damit übte er einen massgeblichen Einfluss auf das konkrete Tatgeschehen aus und trug wesentlich zum Gelingen der Tat bei. Auch seine weiteren Beiträge können entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht als unwichtig bezeichnet werden. Er bewachte den erbeuteten Tresor mit zwei der Beteiligten und lud ihn anschliessend unter Mithilfe aller in das gestohlene Auto. Sein Einwand, die anderen vier Täter hätten den Tresor auch ohne seine Hilfe in das Auto einladen können, mag zwar zutreffen, ist aber für die Frage der Massgeblichkeit seiner Tatbeiträge unerheblich. Was zählt, ist nur die tatsächlich erfolgte Mitwirkung (Stratenwerth, a.a.O., § 13 N. 63).

Nichts zu seinen Gunsten vermag der Beschwerdeführer aus dem Umstand abzuleiten, dass er nicht - wie angenommen - im gleichen Umfang wie die andern Mittäter am erbeuteten Deliktsgut beteiligt wurde. Wohl kann die nicht anteilmässige Aufteilung der Beute ein Indiz gegen Mittäterschaft sein (Jörg Rehberg/Andreas Donatsch, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 7. Aufl., Zürich 2001, S. S. 141), doch wurde dem Beschwerdeführer - im Sinne eines gleichberechtigten Partners - ein Fünftel an der Beute in Aussicht gestellt (kantonale Akten, Gerichtsakten 0042 sowie UA Register 5/22 und 6/44). Dass er entgegen dieser "Abmachung", ohne es zu wissen, einen weit geringeren Anteil an der Beute erhielt, spricht unter diesen Umständen nicht gegen Mittäterschaft.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer derart massgeblich an der Tat beteiligt war, dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Indem die Vorinstanz den Beschwerdeführer als Mittäter zum Einbruchdiebstahl verurteilte, hat sie kein Bundesrecht verletzt.

2.

Der Beschwerdeführer beanstandet ferner die vorinstanzliche Strafzumessung.

2.1 Nach Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Das Bundesgericht hat die massgebenden Elemente der Strafzumessung und die Anforderungen an ihre Begründung in seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend dargelegt (BGE 129 IV 6 E. 6.1; 127

IV 101 E. 2; 124 IV 286 E. 4a). Darauf kann verwiesen werden.

2.2 Die Vorinstanz hat die massgeblichen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt und zutreffend gewürdigt. Die Strafe ist unter allen Gesichtspunkten bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Ergänzend ist Folgendes zu bemerken:

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt eine Strafmilderung im Rahmen von Art. 25 StGB in Verbindung mit Art. 65 StGB nicht in Betracht, weil er sich als Mittäter und nicht nur als Gehilfe strafbar gemacht hat. Aus dem gleichen Grund geht sein Einwand, die Vorinstanz habe zu wenig berücksichtigt, dass er als blosser Aufpasser nur geringe kriminelle Energie an den Tag gelegt habe, an der Sache vorbei. Unbegründet ist seine Beschwerde auch insoweit, als er sich auf eine erhöhte Strafempfindlichkeit wegen des möglichen Verlusts seiner Arbeitsstelle beruft. Er übersieht, dass jedes Strafverfahren - neben dem Schuldspruch und der Sanktion - zusätzliche Belastungen mit sich bringt, die aber nur zu berücksichtigen sind, wenn sie das durchschnittliche Mass übersteigen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind hier nicht ersichtlich und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

3.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs. Nach seinem Dafürhalten hat die Vorinstanz bei der Beurteilung seiner Bewährungsaussichten wesentliche Gesichtspunkte falsch gewichtet.

3.1 Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter eines Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Delikten abgehalten. Der Richter hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Dabei steht dem Sachgericht ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht hebt eine Entscheidung der kantonalen Instanz nur auf, wenn sie nicht von rechtlich massgebenden Gesichtspunkten ausgeht oder diese in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens unrichtig gewichtet. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 128 IV 193 E. 3a; 118 IV 97 E. 2b).

3.2 Soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, seine heute überwundene Spielsucht und die damit verbundene Geldnot seien für die zu beurteilenden Straftaten ursächlich gewesen, entfernt er sich vom verbindlich festgestellten Sachverhalt (Art. 273 Ziff. 1 lit. b BStP). Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist in diesem Umfang nicht einzutreten.

3.3 Die Vorinstanz erwägt, der bedingte Strafvollzug sei formell zwar möglich, doch könne er dem Beschwerdeführer angesichts der schlechten Prognose nicht gewährt werden. Sie verweist dabei vorab auf seine - auch einschlägigen - Vorstrafen. Der Beschwerdeführer wurde am 4. August 1995 wegen Entwendung eines Personenwagens zum Gebrauch sowie Überlassens eines solchen an eine Person ohne Führerschein zu einer Busse verurteilt. Am 8. April 1998 wurde er wegen Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs zu acht Monaten Gefängnis bedingt verurteilt. Am 23./25. Mai 1998 wurde er erneut straffällig; am 29. Juli 1998 wurde er wegen illegalen Waffenerwerbs und verbotenen Waffentragens gebüsst. Am 20. August 2003 wurde er wegen versuchten Diebstahls, Sachbeschädigung sowie Hausfriedensbruchs zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 15 Tagen verurteilt. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz zu Recht auf die Unbelehrbarkeit des Beschwerdeführers geschlossen. Sein Einwand, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die ihm mit Urteil vom 8. April 1998 auferlegte Probezeit von 4 Jahren die gewünschte Wirkung erzielte und er erst nach deren Ablauf wieder straffällig wurde, trifft schon im Blick auf seinen in der Probezeit begangenen Verstoß gegen das Waffengesetz nicht zu. Im Übrigen verkennt er, dass das Gesetz - als Wirkung des bedingten Strafaufschubs - eine dauernde und nicht nur eine auf die Probezeit beschränkte Besserung des Verurteilten verlangt (vgl. BGE 102 IV 62 E. 3b). Zu Recht würdigt die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer familiär und beruflich stets eingebunden war und somit über günstige Voraussetzungen verfügte, ein deliktsfreies Leben zu führen. Sie übersieht dabei nicht, dass er durch den unbedingten Vollzug aus dem Erwerbsleben gerissen würde. Diesem Faktor misst sie indes im Blick auf die zahlreichen Gegenindizien bei der Gesamtwürdigung kein entscheidendes Gewicht zu. Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer unbeeindruckt von der zweifach ausgestandenen Untersuchungshaft erneut einschlägig delinquierte, ist sodann auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, dass allein vom Widerruf und Vollzug der bedingt ausgefallenen 15-tägigen Gefängnisstrafe keine Warn- oder Schockwirkung zu erwarten sei. Der Beschwerdeführer rügt, dass die Wirkung der im vorliegenden Fall ausgestandenen Untersuchungshaft von 59 Tagen nicht ausreichend berücksichtigt wurde. Wohl hat sich die Vorinstanz zur Möglichkeit einer Schock- oder Warnwirkung der 59-tägigen Untersuchungshaft nicht abschliessend geäußert.

Gestützt auf das bisherige Verhalten des Beschwerdeführers, welcher weder Reue noch Einsicht im Strafverfahren zeigte, vermag dieser Umstand an der Gesamtwürdigung indes nichts zu ändern. Die Vorinstanz hat mithin kein Bundesrecht verletzt, indem sie die günstige Prognose für den Beschwerdeführer verneinte.

4.

Der Beschwerdeführer beanstandet den unbedingt angeordneten Vollzug der Landesverweisung. Die Vorinstanz habe die Warnfunktion, die bereits eine bedingte Landesverweisung hätte, unzureichend berücksichtigt. Bei seinen früheren Verurteilungen sei ihm noch nie die Landesverweisung angedroht worden. Der Gedanke, die Schweiz verlassen zu müssen, sei für ihn sehr hart, zumal er seit bald 12 Jahren hier lebe und sowohl beruflich als auch sozial integriert sei. Er habe den Kosovo während des Kriegs verlassen und das Land habe sich seither stark verändert. Er könne sich nicht vorstellen, dorthin zurückkehren. Seine Heimat sei hier.

4.1 Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug der Landesverweisung aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Ob die Landesverweisung bedingt aufgeschoben oder vollzogen werden soll, hängt einzig von der Prognose über das zukünftige Verhalten des Verurteilten in der Schweiz ab; nicht von Bedeutung ist dabei die Frage, ob die Aussichten der Wiedereingliederung in der Schweiz oder im Heimatland besser sind. Ob der bedingte Vollzug geeignet ist, den Angeklagten von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, muss aufgrund einer Gesamtwürdigung entschieden werden. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund des Beschwerdeführers sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Es ist unzulässig, unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser acht zu lassen (BGE 123 IV 107 E. 4a).

4.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer keine Gewähr für dauerndes Wohlverhalten bietet. Sie stützt ihre Annahme insbesondere auf dessen Vorstrafen und seine Unbelehrbarkeit. Gestützt auf sein bisheriges Verhalten folgert sie, dass er sich durch die Anordnung des bedingten Vollzugs der Landesverweisung nicht von der Begehung weiterer Straftaten abhalten lassen würde. Diese Beurteilung hält vor Bundesrecht stand. Denn vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer trotz familiärer Einbindung und beruflichem Erfolg delinquierte, ihn weder seine Verurteilungen noch die zweimal ausgestandene Untersuchungshaft zu beeindrucken vermochten und er im Verfahren weder Reue noch Einsicht zeigte, drängt sich der Schluss auf, dass ihn die Gewährung des bedingten Vollzugs der Landesverweisung nicht tiefgreifend wandeln würde. Die Vorinstanz verspricht sich unter diesen Umständen auch von der Verbüssung der 13-monatigen Freiheitsstrafe keine positive Warnwirkung. Zu Recht weist sie darauf hin, dass der Beschwerdeführer das in ihn gesetzte Vertrauen schon zu oft getäuscht habe. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen keine günstige Prognose für sein künftiges Wohlverhalten in der Schweiz stellt, verletzt sie kein

Bundesrecht. An dieser Gesamtwürdigung ändert auch der Einwand des Beschwerdeführers nichts, der Vollzug der Landesverweisung würde ihn hart treffen, da er die Schweiz als seine Heimat empfinde und hier integriert sei. Diese Aspekte sind im Zusammenhang mit der Beurteilung der Bewährungsaussichten in der Schweiz von keiner Bedeutung. Die Anordnung der unbedingten Landesverweisung verstösst mithin nicht gegen Bundesrecht. Eine Ermessensverletzung liegt jedenfalls nicht vor. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet.

5.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau und dem Obergericht des Kantons Aargau, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Oktober 2005

Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: