

BE_ZIVILSTRAF WSG 2006 12 vom 21. Juni 2007

BE Obergericht, 2007-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_WSG_2006_12

FR: BE_ZIVILSTRAF WSG 2006 12 du 21 juin 2007

IT: BE_ZIVILSTRAF WSG 2006 12 del 21 giugno 2007

Regeste

Lex mitior (Leitentscheid) | Vermögensdelikte

Erwägungen

E. 1

Anwendbares Recht Der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches ist mit Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007, geändert worden. Die den Angeschuldigten vorge- worfenen strafbaren Handlungen liegen vor dieser Revision. Damit ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall altes oder neues Recht zur Anwendung gelangt. Art. 2 Abs. 1 StGB besagt, dass grundsätzlich derjenige Rechtssatz zur Anwendung kommt, der im Zeitpunkt der Tatbegehung Geltung hatte (Rückwirkungsverbot im Strafrecht). Abs. 2 lautet dagegen: „Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist.“ Es handelt sich dabei um den Grundsatz der lex mitior, das heisst, es kann trotz des grundsätzlichen Rückwirkungsverbotes im Strafrecht ein Rechtssatz angewendet werden, der im Zeitpunkt der Tat noch nicht in Kraft war, wenn der Täter dadurch milder bestraft werden kann. Der Vergleich der Strafnormen ist dabei nach der konkreten Methode vorzunehmen, d.h. es hat eine Beurteilung des Sachverhalts und der Sanktion nach altem und neuem Recht zu erfolgen (STEFAN TRECHSEL, a.a.O., N 11 zu Art. 2 aStGB sowie PETER POPP, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 10 zu Art. 2 aStGB). Bei der Beurteilung des mildereren Rechts ist in erster Linie auf die Hauptstrafen abzustellen und allfällige Nebenstrafen sind nur bei Gleichheit der Hauptstrafen zu berücksichtigen (BGE 114 IV 82). Entscheidend ist, „nach welchem der beiden Rechte der Täter (...) besser wegkommt“, unter Berücksichtigung nicht nur der verwirkten Strafe, sondern etwa auch der Möglichkeiten des bedingten Strafvollzuges (STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, N 3 zu Art. 2). Der Bewertung hat immer zuerst bei der Strafbarkeit einzusetzen. Ist sie unter beiden Rechten gegeben, so sind die Sanktionen zu taxieren, und zwar nach Massgabe der durch sie bewirkten Einschränkungen in den persönlichen Freiheiten, namentlich der Einbussen an Bewegungsfreiheit, Eigentum, Ehre, Betätigungsfreiheit, Beziehungsfreiheit. Die Wertung hat nicht aus der persönlichen Perspektive des Individuums zu erfolgen, sondern aufgrund einer verallgemeinernden Einschätzung der Nachteile (PETER POPP, a.a.O. N 11 zu Art. 2). Mit dieser „Günstigkeitsprüfung“ kann stets vorgegangen werden, wenn prima vista unklar sein sollte, ob das neue Recht die lex mitior ist. Allerdings darf „nur entweder das

E. 2

frühere oder das geltende Recht angewendet werden, nicht eine Kombination von Rechten aus den beiden Kuchen“ (FRANZ RIKLIN, AJP 2006, S. 1473, vgl. auch BGE 114 IV 81).

a) Strafrahen (...) b) Verschulden und Strafe Das Verschulden von P. wiegt mittelschwer. Negativ ins Gewicht fallen vor allem die sich über Jahre hinwegziehende deliktische Tätigkeit und der hohe Deliktsbetrag. Relativiert wird sein Tatverschulden insbesondere dadurch, dass der Angeschuldigte keine Vorstrafen hat und sich während dem Strafverfahren deliktsfrei und weitgehend kooperativ verhalten hat. Seit der Haftentlassung im September 2004 hat er sich klaglos verhalten. In Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint eine Gefängnisstrafe von 24 Monaten als angemessen. Eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren ist in casu trotz hohem Deliktsbetrag angemessen und vertretbar, wie der Vergleich mit der Praxis des WSG (z.B. WSG 01/2005, resp. KH 06 2) oder anderen Gerichten (vgl. z.B. Urteil 6S.41512006 des Bundesgerichts) zeigt. Gemäss Art. 41 aStGB kann der Vollzug einer Freiheitsstrafe von mehr als 18 Monaten nicht aufgeschoben werden. Ein bedingter Vollzug kommt somit altrechtlich nicht in Betracht. (...) Ein Berufsverbot kann altrechtlich in casu nicht ausgesprochen werden, da Art. 54 aStGB lediglich bewilligungspflichtige Tätigkeiten erfasst. Im Bereich der Buchhaltung, Verwaltung, Unternehmensberatung, Revision oder Liegenschaftsverwaltung besteht keine Bewilligungspflicht. Treuhänder ist in der Schweiz kein geschützter Begriff, jedermann kann sich Treuhänder nennen und ein Treuhandbüro eröffnen.

E. 3

In Absatz 2 von Art. 47 wird gesagt, das Verschulden bestimme sich nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Nach Auffassung des Gerichts stellt das neue Recht im Wesentlichen nur eine Kodifizierung der bisherigen Praxis zur Strafzumessung dar. Neue, andere, zusätzliche eigenständige Strafzumessungskriterien gilt es nicht zu berücksichtigen. Mit Inkrafttreten des neuen allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches fällt eine Unterscheidung zwischen Haft, Gefängnis und Zuchthausstrafen weg. Es gibt formal nur noch die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB). Der Strafrahen ändert sich dadurch nicht, sondern lediglich die Terminologie. Die Tat- und Täterkomponenten bleiben gleich, ebenso wie ihre Gewichtung in casu. Keine Änderung hat sich in Bezug auf die Strafzumessung ergeben, wenn der Täter mehrere Straftaten in echter Konkurrenz verübt hat. Der Täter ist zur Strafe der schwersten Tat zu verurteilen, diese ist angemessen zu erhöhen, doch darf das Höchstmass der Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöht werden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Da mehrere Straftaten zu ahnden sind, erhöht sich der Strafrahen nach oben auf 15 Jahre Freiheitsstrafe als theoretische Maximalstrafe. Die theoretische Mindeststrafe liegt bei zwei Tagessätzen Geldstrafe. Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB sind keine vorhanden. Die Revision des StGB hat zur Folge, dass nun bei Vorliegen einer Straftat nach Art. 138 Ziff. 2 StGB statt der Freiheitsstrafe auch die Verurteilung zu einer Geldstrafe möglich ist. Die Geldstrafe, welche kurze Freiheitsstrafen ersetzen soll, beträgt aber höchstens 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB). Aufgrund der Strafhöhe kommt i.c. keine alleinige Geldstrafe in Betracht. Auch bei der Beurteilung nach neuem Recht ist daher der Angeschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu verurteilen. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Damit ist zum einen ein bedingter Vollzug nun bis zu 2 Jahren möglich und zum andern enthält die Bestimmung nicht mehr wie der

E. 4

bisherige Art. 41 aStGB eine Kann-Formel, was bedeutet, dass jede unbegründete Verweigerung des bedingten Vollzuges unzulässig ist. Mit andern Worten heisst das, dass nach neuem Recht der bedingte Vollzug nicht verweigert wird, weil keine gute Prognose gestellt werden kann, sondern weil eine schlechte gestellt wird (vgl. z.B. PIGNAT/KUHN, in: ZStrR 122/2004 S. 258). Weiter besagt Art. 43 Abs. 1 StGB, dass das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben kann, wenn dies notwendig sei, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Dem Angeschuldigten muss keine schlechte Prognose gestellt werden. Er ist nicht vor- bestraft und lebt in stabilen persönlichen Verhältnissen. Zu beachten ist insbesondere, dass der Angeschuldigte sich seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft, d.h. seit fast drei Jahren, klaglos verhalten hat. Die Untersuchungshaft und das Verfahren haben bei ihm zudem einen nachhaltigen Eindruck hinterlassen. Aus diesen Gründen folgt, dass dem Angeschuldigten der bedingte Strafvollzug zu gewähren ist. Auch wenn P. keine schlechte Prognose gestellt werden kann, so weckte die mangelnde Einsicht beim Gericht dennoch gewisse Unsicherheiten in Bezug auf das zukünftige Wohlverhalten. Deshalb, sowie aufgrund der vorliegenden Umstände, insbesondere in Anbetracht der Persönlichkeit und dem Charakter des Angeschuldigten, wurde die Probezeit auf 4 Jahre festgelegt. Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Im Gegensatz zur altrechtlichen Busse, berechnet sich die Geldstrafe nach der Höhe des Tagessatzes nach den individuellen persönlichen und finanziellen Möglichkeiten des Täters. Doch aufgrund der schlechten finanziellen Verhältnisse des Angeschuldigten, er verdient gemäss Leumundsbericht vom 14.05.2007 CHF 500.-- bis 1'000.-- pro Monat, kann auf eine Geldstrafe verzichtet werden. Während das altrechtliche Berufsverbot auf bewilligungspflichtige Berufe beschränkt wurde, ist es nun auf alle Berufe und Erwerbstätigkeiten ausgedehnt. In erster Linie sind Berufe anvisiert, die Gelegenheit zu Wirtschafts- oder zu Sexualdelikten geben. Neu wird das Berufsverbot bei den „anderen Massnahmen“ und nicht mehr bei den „Nebenstrafen“ aufgeführt. Die Mindeststrafe, mit der das Berufsverbot verbunden werden kann, ist von drei auf über sechs Monate Freiheitsstrafe (bzw. über 180 Tagessätze) erhöht worden (Art. 67 StGB). Der zeitliche Rahmen des Berufsverbotes bleibt sich

E. 5

gleich. Neu kann sich das Berufsverbot auf „vergleichbare Tätigkeiten“ erstrecken, wenn auch bei diesen die Gefahr des Missbrauchs besteht. Abs. 2 trägt den Bedenken Rechnung, die Resozialisierung des Täters zu gefährden: Das Berufsverbot soll sich zunächst nur auf die selbstständige Ausübung der Tätigkeit beziehen. Erst wenn es sich zeigt, dass sich dadurch die Missbrauchsgefahr nicht beseitigen lässt, ist die Massnahme auf unselbstständig ausgeübte Tätigkeiten auszudehnen (vgl. HANSJAKOB, SCHMITT, SOLLBERGER, a.a.O., S. 75 f.). Ein Berufsverbot kann in der Regel nur ausgesprochen werden, wenn der Täter wegen eines Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen verurteilt wird (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2. A., § 13 N 18). Die Straftat, die dem Verbot zugrunde liegt, muss in Ausübung dieses Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes begangen worden sein, zwischen beidem also ein sachlicher Zusammenhang bestehen (STRATENWERTH, a.a.O., § 13 N 17). Wie bei einer

zweckgebundenen Massnahme unerlässlich, fordert das Gesetz ausdrücklich die Gefahr weiteren Missbrauchs. Damit ist natürlich die Gefahr weiterer in Ausnutzung des Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes begangener Straftaten gemeint. Wie gross sie sein muss, kann sich nicht nach dem Masse des Verschuldens richten, das die Sanktion ohnehin nicht zu rechtfertigen vermag, sondern muss nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses entschieden werden, das für jeden präventiven Eingriff gilt. Das heisst, dass es ebenso auf die Wahrscheinlichkeit wie auf die mögliche Schwere künftiger Rechtsverletzungen ankommt (dies in Abwägung gegen die Einbussen, die mit einem Berufsverbot, je nach seiner konkreten Ausgestaltung, für den Betroffenen verbunden sind) (STRATENWERTH, a.a.O., § 13 N 19). Im Fall von P. sind alle Voraussetzungen für ein Berufsverbot gegeben: Die ausgesprochene Freiheitsstrafe beträgt mehr als sechs Monate, indem P. das anvertraute Vermögen veruntreute, wurde er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Vermögensverwalter straffällig, zudem ist von einer weiteren Gefahr beim Verwalten von Vermögen auszugehen. Die Einbussen bei einem Verbot der Vermögensverwaltung sind für P. klein, da seine Tätigkeit in diesem Bereich gemäss eigenen Aussagen nur noch geringfügig ist und er im angestammten Tätigkeitsgebiet kaum ein Einkommen erzielt (vgl. pag. 13 01 013). Die Aussprechung eines Berufsverbotes von 5 Jahren ist daher sinnvoll und angemessen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass der Angeschuldigte seine Fähigkeiten nicht realistisch einschätzen und mit Zugang zu anvertrauten Vermögenswerten schlecht umgehen kann. Das Berufsverbot wird nicht nur für die selbständige, sondern auch für die unselbständige Tätigkeit als Vermögensverwalter ausgesprochen. Eine Beschrän-

E. 6

kung auf die selbständige Tätigkeit würde im Fall von P. seine Wirkung verfehlen, da er als Angestellter einer seiner Firmen das Verbot problemlos umgehen könnte. Es wird P. durch das Verbot jedoch nicht verunmöglicht berufstätig zu sein. Er hat immer noch die Möglichkeit ein Einkommen als Buchhalter und mit dem neu geschaffenen Konsulardienst zu erzielen. Das Verbot ist insbesondere in Anbetracht der geringen Höhe des momentanen Verdienstes aus der Vermögensverwaltung auch verhältnismässig. 4. Fazit Wird im vorliegenden Fall konkret die Strafe nach altem Recht mit der Sanktion nach neuem Recht verglichen, so fällt der Vergleich für den Angeschuldigten aufgrund der neurechtlichen Möglichkeit zum bedingten Strafvollzug bis zu 24 Monaten klar zu Gunsten des neuen Rechts aus. Massgebend für die Beurteilung, welches Recht die *lex mitior* ist, ist die primäre Einschränkung der persönlichen Freiheit. Dies bewertet sich nicht aus der persönlichen Perspektive des Individuums, sondern gestützt auf eine verallgemeinernde Einschätzung der Nachteile (vgl. FRANZ RIKLIN, AJP 2006 S. 1473; mit Verweisen). Es liegt folglich eine *lex-mitior*-Situation vor und es ist das neue Recht anzuwenden. Dass nach neuem Recht zusätzlich zu der bedingten Freiheitsstrafe ein Berufsverbot ausgesprochen wird, ändert daran nichts. Altrechtlich würde die Gefängnisstrafe unbedingt vollzogen. Der Angeschuldigte P. könnte somit während der Zeit im Freiheitsentzug gar keiner beruflichen Arbeit nachgehen. Das Berufsverbot ist zudem auf die Vermögensverwaltung beschränkt, welche momentan in der beruflichen Tätigkeit von P. eine untergeordnete Rolle einnimmt. Der Angeschuldigte ist folglich zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten mit einer Probezeit von 4 Jahren zu verurteilen. Zusätzlich wird ein Berufsverbot für die selbständige sowie die unselbständige Tätigkeit als Vermögensverwalter für die Dauer von 5 Jahren ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils ausgesprochen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.