

# **BGer 6B 404/2008 vom 24. November 2008**

Bundesgericht, 2008-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_404\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_404_2008)

FR: TF 6B 404/2008 du 24 novembre 2008

IT: TF 6B 404/2008 del 24 novembre 2008

## **Regeste**

Strafzumessung, bedingte Strafe | Strafrecht (allgemein)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Bundesrecht im Zusammenhang mit der Strafzumessung. Zunächst wendet sie sich gegen das Strafmass ( Art. 47 StGB ).

#### **E. 1.1**

Die Vorinstanz geht zutreffend von der Anwendbarkeit des neuen Rechts aus (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB und angefochtenes Urteil E. 1e S. 11 f.). Der auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretene Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches hat die bisherigen Strafzumessungsgrundsätze in Art. 47 Abs. 1 StGB beibehalten. Das Bundesgericht hat die Grundsätze und die an sie gestellten Anforderungen wiederholt dargelegt. Darauf kann hier verwiesen werden ( BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f. mit Hinweisen auf das bisherige Recht).

#### **E. 1.2**

Die Vorinstanz verweist bei der Strafzumessung auf die erstinstanzlichen Ausführungen. Die erste Instanz berücksichtigte als "leicht" strafmindernd das Teilgeständnis, während sie keinerlei Strafmilderungsgründe sah. Straferhöhend hielt sie der Beschwerdeführerin ein schweres Verschulden entgegen, da sie mehrere Veruntreuungen mit einem Deliktsbetrag von Fr. 500'000.-- begangen, rücksichtslos und über einen längeren Zeitraum gehandelt und sich mit ihrem deliktischen Verhalten einen luxuriösen Lebenswandel finanziert habe. "In erheblichem Mass straf erhöhend" berücksichtigte sie, dass die Beschwerdeführerin den Verkaufserlös der mit den veruntreuten Geldern erworbenen Wohnungen nicht an die Ehegatten C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Geschädigten) zurückerstattete und damit jeglichen Willen zur Wiedergutmachung habe vermissen lassen. Ergänzend zu diesen erstinstanzlichen Ausführungen hält die Vorinstanz im Einzelnen fest, das professionelle Vorgehen der Beschwerdeführerin - das überwiesene Geld als Sicherheit für einen Kredit zu verpfänden - sei straf erhöhend zu werten. Zur Deliktsumme führt die Vorinstanz aus, die teilweise Rückzahlung seitens der Beschwerdeführerin betreffe Gelder, welche die D. \_\_\_\_\_ auf ein Konto in den USA einbezahlt habe und folglich einen Straftatbestand, für den die schweizerischen Gerichtsbehörden nicht zuständig seien. Deshalb sei die Rückzahlung nicht von der Deliktsumme abzuziehen. Weiter sei das Vorgehen der Geschädigten zwar leichtsinnig gewesen, die Beschwerdeführerin habe jedoch deren Vertrauen skrupellos missbraucht, was besonders verwerflich sei. Die Vertrauensseligkeit der Geschädigten sei deshalb weder strafmindernd noch straf erhöhend zu werten. Das von der Beschwerdeführerin hinterlegte ärztliche Gutachten komme zum Schluss, dass diese eine aufrichtige und vertrauenswürdige Person und deshalb zu dem ihr vorgeworfenen

strafbaren Verhalten nicht fähig sei. Der Psychiater beschreibe nicht, wie und mit welchen Grundlagen er seine überraschende Prognose erstellt habe. Die Vorinstanz geht davon aus, dass es sich um eine Gefälligkeitsexpertise handelt, welche nicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. Das Geständnis der Beschwerdeführerin sei angesichts der erdrückenden Beweislage nur zurückhaltend strafmindernd zu berücksichtigen. Auch das Nachtatverhalten der Beschwerdeführerin zieht die Vorinstanz nicht zu deren Gunsten in Erwägung, weil sie davon ausgeht, dass diese den Schaden freiwillig nicht mehr gutmachen werde. Die Beschwerdeführerin habe nach mehreren Hausverkäufen den Erlös nicht dazu benutzt, die Schulden gegenüber den Geschädigten abzubezahlen, sondern das Geld auf ein Bankkonto in die Turks and Caicos verschoben. Weiter sei für das Vorliegen von Vorstrafen entscheidend, ob der Täter eine strafbare Vortat begangen habe, und nicht, ob er dazu auch verurteilt worden sei. Dabei dürften auch ausländische Vorstrafen berücksichtigt werden. Da bewiesen sei, dass die Beschwerdeführerin vor den in der Schweiz abgeurteilten Delikten im Ausland strafbare Handlungen vollzogen habe, sei ihr keine Strafminderung wegen fehlender Vorstrafen zuzubilligen (angefochtenes Urteil E. 5c S. 31 ff.).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz berücksichtige die Vorstrafenlosigkeit, das Geständnis und das kooperative Verhalten während der Strafuntersuchung zu wenig strafmindernd und verletze damit ihr Ermessen. Auch habe sie die Folgen der unbedingten Freiheitsstrafe nicht gewürdigt. Die Vorinstanz würdige die Zumessungsgründe falsch und handle dementsprechend bundesrechtswidrig. Zum Geständnis wendet die Beschwerdeführerin ein, die Vorinstanz werte dieses als prozesstaktisches Aussageverhalten. Sie - die Beschwerdeführerin - habe aber bereits in ihrer ersten polizeilichen Einvernahme am Tag der Verhaftung und noch vor der untersuchungsrichterlichen Hafteröffnung den Sachverhalt vollumfänglich zugegeben. Dank ihren Aussagen über die Bezüge der Konti in der Schweiz und über die Bankbezüge und Geldflüsse im Ausland habe die Polizei das Geldflussdiagramm erstellen können. Weiter bringt sie vor, die Vorinstanz berufe sich betreffend die Vorstrafen auf Handlungen im Ausland. Diese seien jedoch einerseits vornehmlich durch ihr Aussageverhalten geklärt worden, andererseits sei noch keine Strafuntersuchung eingeleitet worden. Bei der Strafzumessung seien weiter die persönlichen Beziehungen zwischen dem Täter und dem Opfer und damit das fahrlässige Verhalten der Geschädigten zu berücksichtigen. Diese hätten sie als unerfahrene Treuhänderin zwecks Umgehung von neuen Steuerbestimmungen ausgewählt und von den Vollmachten viel zu spät Gebrauch gemacht. Weiter würden die Wirkungen der Untersuchungshaft nicht berücksichtigt. Sie sei durch die fünf Monate dauernde Haft psychisch und physisch angeschlagen gewesen und ein strafrechtlich relevantes Verhalten nach der Haftentlassung liege nicht vor. Beim Nachtatverhalten berücksichtige die Vorinstanz die Rückzahlung von USD 86'4217.84 auf ein Konto in den USA nicht. Dabei handle es sich aber um ein Verhalten gegenüber den Geschädigten, weshalb es zu würdigen sei. Des Weiteren gehe die Vorinstanz davon aus, dass sie - die Beschwerdeführerin - den Schaden freiwillig nicht mehr wieder gutmachen würde. Die Vorinstanz vernachlässige die Wohnung in Saas-Fee, deren Verwertung durch die Geschädigten mittels Grundbuchsperrung verhindert werde, so dass ein allfälliger Erlös nicht an jene bezahlt werden könne. Schliesslich lasse die Vorinstanz dem ärztlichen Gutachten kein Beweiswert zukommen, obschon dieses lege artis erstellt worden sei.

### **E. 1.4**

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu ( Art. 47 Abs. 1 StGB ). Der Begriff des Verschuldens bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der Straftat ( BGE 134 IV 1 E. 5.3.3 S. 11 mit Hinweis) und ist damit das wesentliche Strafzumessungskriterium ( BGE 127 IV 101 E. 2a S. 103). Die Vorinstanz bewertet das Verschulden der Beschwerdeführerin aus mehreren Gründen als schwer. Gestützt darauf berücksichtigt sie verschiedene Strafzumessungsfaktoren strafe erhöhend und lediglich das Geständnis leicht strafmindernd. Demnach erscheint bei einer theoretisch möglichen Höchststrafe von siebeneinhalb Jahren die ausgesprochene Freiheitsstrafe von 20 Monaten - welche sich im untersten Drittel des Strafrahmens bewegt - als der Tat und dem Verschulden angemessen. Auch was die Beschwerdeführerin gegen die einzelnen Strafzumessungsfaktoren vorbringt, erweist sich als unbegründet. So führt die Vorinstanz hinsichtlich dem Vorleben der Beschwerdeführerin zu Recht aus, dass ausländische und noch nicht abgeurteilte Vorstrafen berücksichtigt werden dürfen. Entscheidend ist, dass der Täter eine grundsätzlich strafbare Vortat begangen hat (vgl. HANS Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 47 StGB N 102 und N 104). Die Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und den Geschädigten wertet die Vorinstanz weder strafe erhöhend noch strafmindernd, da die Geschädigten zwar tatsächlich leichtsinnig gehandelt hätten, die Beschwerdeführerin aber das Vertrauensverhältnis ausgenutzt habe. Damit hält sich die Vorinstanz an die Literatur, welche bezüglich der Beziehungen zwischen Täter und Opfer von einer Ambivalenz der Strafzumessungstatsachen spricht, da sie strafe erhöhend oder strafmindernd wirken können (vgl. Wiprächtiger, a.a.O., N 84). Weiter durfte die Vorinstanz das Geständnis nur leicht strafmindernd werten. Ein Geständnis kann bei der Analyse des Nachtatverhaltens zugunsten des Täters einbezogen werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205). Das Verhalten der Beschwerdeführerin - insbesondere der fehlende Ersatz des Schadens - lässt nicht auf Einsicht oder Reue schliessen. Die Vorinstanz durfte dabei die Rückzahlung des relativ mässigen Betrages vernachlässigen. Schliesslich ist die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Wirkung der Untersuchungshaft im Rahmen der Legalprognose (Art. 42 f. StGB) zu prüfen (vgl. E. 2.4 hiernach). Auch das erwähnte ärztliche Gutachten betrifft nicht die Strafzumessung an sich, sondern die Beweiswürdigung der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin begründet jedoch nicht, inwiefern diese Bundesrecht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), so dass darauf nicht einzutreten ist. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz alle wesentlichen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt und in nicht zu beanstandender Weise gewichtet. Die ausgesprochene Strafe liegt durchaus im Rahmen ihres Ermessens, weshalb eine Verletzung von Art. 47 StGB zu verneinen ist.

## **E. 2**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs.

### **E. 2.1**

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs 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 ( Art. 42 Abs. 1 StGB ). In subjektiver Hinsicht hat das Gericht für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wie bisher eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien bleiben weiterhin massgebend (vgl. BGE 134 IV 1 E. 4.2

und 4.2.1 S. 5 mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub liegen unter neuem Recht allerdings etwas tiefer. Während nach dem alten Recht für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nach dem neuen Recht das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Die Gewährung des bedingten Strafaufschubs setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang ( BGE 134 IV 97 E. 7.3 S. 117 mit Hinweisen).

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz hält zum sozialen Umfeld der Beschwerdeführerin fest, diese lebe in keiner gefestigten Familienbande, welche sich stabilisierend auf sie auswirken könne. Ihr derzeitiger Aufenthaltsort sei unbekannt, und ihre Lebensverhältnisse und ihre berufliche Situation in diesem Sinne unstet. Sollte sie weiterhin im Immobilienbereich tätig sei, bestünde die Gefahr, dass ihr erneut grössere Geldsummen anvertraut würden, welche sie für sich verwenden würde. Ihre Hemmschwelle sei aufgrund ihrer guten finanziellen Situation äusserst niedrig gewesen und die Dauer und Anzahl deliktischer Verhaltensweisen sowie der hohe Deliktsbetrag würden von einer erheblichen kriminellen Energie zeugen, selbst wenn sie nicht vorbestraft sei. Das Festhalten an Schutzbehauptungen, das Vorlegen eines unglaubwürdigen ärztlichen Gutachtens und der persönliche Gebrauch der entwendeten Gelder würden gegen jegliche Reue oder Einsicht sprechen. So habe sie sogar nach mehrmonatiger Untersuchungshaft die veruntreuten Gelder nach einem Häuserverkauf auf die Turks and Caicos verschoben, statt den angerichteten Schaden wenigstens teilweise wieder gutzumachen. Insgesamt falle die Legalprognose eindeutig ungünstig aus. Deshalb fehle es an der subjektiven Voraussetzung zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Namentlich die wirkungslose Untersuchungshaft schliesse aus, dass sich die Beschwerdeführerin durch einen blossen Teilvollzug künftig von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen werde abhalten lassen, weshalb auch der teilbedingte Strafvollzug zu verweigern sei (angefochtenes Urteil E. 6b S. 41 ff.).

## **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auffassung der Vorinstanz, wonach ihre Lebensverhältnisse und ihre berufliche Situation unstet seien. Es sei nicht bewiesen, dass sie bei einer Tätigkeit als Immobilienmaklerin erneut mit grösseren Geldsummen direkt in Kontakt geraten würde. Auch ohne feste Bleibe sei eine legale Erwerbstätigkeit möglich. Insofern die Vorinstanz strafbare Verhalten im Ausland für die Begründung der erheblichen kriminellen Energie einbeziehe, verletze sie ihr Ermessen. Zudem sei zu beachten, dass das sorglose Verhalten der Geschädigten die Tathandlungen erleichterten, was eine erhebliche kriminelle Energie ausschliesse. Die Vorinstanz habe bereits bei der Strafzumessung beachtet, dass die veruntreuten Gelder nicht zur Wiedergutmachung verwendet wurden. Sie verletze Bundesrecht, wenn sie bei der Prognose dasselbe Verhalten nochmals würdige. Insgesamt räume die Vorinstanz der fehlenden Familienbande, des Fehlens einer geregelten legalen Erwerbstätigkeit, sowie insbesondere dem Verhalten nach der Haftentlassung eine vorrangige Bedeutung zu und vernachlässige die fehlende strafrechtliche Vorbelastung. Völlig unbeachtet bleibe das psychiatrische Gutachten, gemäss welchem kein Anlass für einen Rückfall bestehe.

#### **E. 2.4**

Die Vorinstanz hält sich an die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien und nimmt eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vor. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin entsprechen diese Kriterien teilweise jenen bei der Strafzumessung nach Art. 47 StGB, weshalb die Vorinstanz den persönlichen Gebrauch der Gelder zu Recht bei der Prognosestellung nochmals berücksichtigt. Von der erheblichen kriminellen Energie und den fehlenden sozialen Bindungen der Beschwerdeführerin schliesst sie auf eine Rückfallgefahr. Weiter führt die Vorinstanz aus, inwiefern das Verhalten der Beschwerdeführerin - insbesondere die fehlende Warnwirkung der mehrmonatigen Untersuchungshaft - gegen jegliche Reue oder Einsicht spricht. Zusammengefasst ist der Begründung der Vorinstanz zu entnehmen, wieso sie trotz fehlender Vorstrafen auf ein erhebliches Rückfallrisiko schliesst. Weil die subjektive Voraussetzung der begründeten Aussicht auf Bewährung sowohl für den bedingten als auch den teilbedingten Strafvollzug gilt (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 S. 10 mit Hinweisen), verweigert sie zutreffend auch den teilweisen Strafaufschub. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

#### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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