

BGer 6B_943/2020 vom 19. Januar 2021

Bundesgericht, 2021-01-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_943_2020

FR: TF 6B_943/2020 du 19 janvier 2021

IT: TF 6B_943/2020 del 19 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids beim Bundesgericht einzureichen (Art. 100 Abs. 1 BGG). Eingaben müsse (u.a.) spätestens am letzten Tag der Frist zu Händen des Bundesgerichts der Schweizerischen Post übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG).

Das angefochtene Urteil wurde dem Rechtsvertreter am 18. Juni 2020 am Postschalter zugestellt. Die Beschwerdefrist begann am 19. Juni 2020 zu laufen (Art. 44 Abs. 1 BGG). Diese Frist stand vom 15. Juli 2020 bis und mit dem 15. August 2020 still (Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG). Die Frist lief am 19. August 2020 ab. Die Rechtsanwältin einer anderen Anwaltskanzlei bestätigte unterschriftlich auf dem Couvert der Postsendung den Einwurf des "Schreibens" in den Postbriefkasten am 19. August 2020. Die Beschwerde ging am 21. August 2020 beim Bundesgericht ein.

Der Nachweis, dass die Eingabe bis um 24 Uhr des letzten Tages der laufenden Frist der Post übergeben wurde, obliegt dem Absender. Der Nachweis kann mit allen tauglichen Beweismitteln geführt werden (Urteil 6B_154/2020 vom 16. November 2020 E. 3.1.1 mit Hinweisen). Der Rechtsvertreter stellte die Beschwerdeschrift vorab per E-Mail als PDF der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts am 19. August 2020 zu, damit festgestellt werden könne, dass die Beschwerdeschrift gleichen Datums versandbereit sei und die Frist gewahrt werden könne. Er werfe die Originaleingabe im Beisein einer Zeugin (der namentlich erwähnten Rechtsanwältin) und fotografisch dokumentiert noch heute in einen Postbriefkasten. Ihm sei entgangen, dass die Sihlpost Zürich ihre Öffnungszeiten wegen Corona einschränke und die Schalter um 20.00 Uhr statt wie früher um 22.30 Uhr schliesse.

Der Nachweis der fristgemässen Übergabe der Beschwerde an die Schweizerische Post (Art. 48 Abs. 1 BGG) kann als erbracht gelten.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin anerkennt den Sachverhalt "abgesehen von der falschen Darstellung der für die Subsumtion entscheidenden, tatsächlichen Vertrauensstellung, welche sie innerhalb der Organisation des B. _____ Bistros innehatte". Im Vordergrund stehe der Vertrauensbruch, weshalb der Sachverhalt nach der "Schwerpunkttheorie" unter Art. 138 Abs. 1 Ziff. 1 StGB zu subsumieren sei.

Die Vorinstanz beurteile unwesentliche Sachverhaltselemente willkürlich als entscheidend, während wesentliche keine Beachtung fänden. Sie sei die faktische Geschäftsführerin des Bistros gewesen. Sie habe mehr Wissen über das Tagesgeschäft als die Vorgesetzten und die Mitarbeiterinnen gehabt. Sie habe eine Sonderstellung mit Kompetenzen gehabt, welche jene der einfachen Kassiererin deutlich überstiegen. Ihr Vorgesetzter habe ausgesagt, dass

sie das Bistro getragen habe; sie habe die Funktion einer Abteilungsleiterin resp. Rayonleiterin innegehabt. Die Vorinstanz gehe in Verletzung der ihr obliegenden Begründungspflicht auf diese von der Verteidigung vorgebrachten Details überhaupt nicht ein. Für den Geldtransport habe es keine erhöhte Vertrauensstellung gebraucht. Einer Angestellten die operative Führung eines Bistros mit Verkauf, Einkassieren, Warenbestellung und Abrechnung der Vorgänge ganz alleine zu überlassen, brauche demgegenüber viel Vertrauen.

E. 2.2

Die Vorinstanz geht davon aus, die Bargeldbeträge in der Kasse seien aus Sicht der Beschwerdeführerin fremde bewegliche Sachen, an denen Gewahrsam der Privatklägerin bestanden habe, sobald das Bargeld sich in der Kasse befunden habe. Mit der Geldentnahme am Ende der Schicht habe sie diesen Gewahrsam gebrochen und eigenen begründet. Sie habe die Geldbeträge angeeignet und den objektiven Tatbestand des Diebstahls erfüllt. Da ihr die Geldbeträge durch die Kunden zuhanden der Privatklägerin anvertraut wurden, habe sie auch den objektiven Tatbestand der Veruntreuung erfüllt. Subjektiv habe sie vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht gehandelt. Sie habe mithin (grundsätzlich) beide Tatbestände, d.h. jene des Diebstahls und der Veruntreuung, erfüllt (vorinstanzliches Urteil S. 16 f.).

Die Vorinstanz stellt hinsichtlich der strittigen Vertrauensstellung fest, die Beschwerdeführerin sei während eines Teils des Tatzeitraums keine "einfache" Kassiererin gewesen. Ihr sei die Funktion einer Abteilungsleiterin zugekommen, sodass sie das Tagesgeschäft leitete, die Arbeitspläne erstellte und Warenbestellungen tätigte. Finanziell und insbesondere bezüglich der Tageseinnahmen sei ihr neben der Aufbewahrung keine besondere Verantwortung zugekommen und sei ihr von der Privatklägerin im Vergleich zu den anderen Kassiererinnen kein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht worden. Die Geldbeträge seien von anderen Mitarbeitern abgeholt und einbezahlt worden. Es liege entgegen der Verteidigung kein gleichgeordneter Mitgewahrsam vor (vorinstanzliches Urteil S. 17 f.).

E. 2.3

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht ist keine Appellationsinstanz, vor welcher die Tatsachen erneut frei diskutiert werden könnten. Es ist an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG), soweit dieser sich nicht als willkürlich festgestellt erweist (Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmtes Urteil 6B_254/2020 vom 10. August 2020 E. 1.1). Die beschwerdeführende Partei hat mit ihrer Kritik bei der als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägung der Vorinstanz anzusetzen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; Urteil 6B_335/2020 vom 7. September 2020 E. 2.1). Wird eine Verletzung von Grundrechten einschliesslich Willkür behauptet, obliegt der Partei eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (BGE 146 IV 114 E. 2.1 S. 118; 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; je mit Hinweisen). Auf ungenügend begründete Rügen oder appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1 S. 92).

Eine willkürliche Beweiswürdigung wird in der Beschwerde nicht begründet. Die Vorinstanz beurteilt den von der Beschwerdeführerin betonten operativen Aufgabenbereich als Abteilungs- oder Rayonleiterin. Der von anderen Mitarbeitern durchgeführte

Geldtransport (vorinstanzliches Urteil S. 17), gehörte nicht zu ihrem Aufgabenbereich und ist kein wesentlicher Umstand für die Beurteilung der Tat (Beschwerde S. 9). In entscheidender Hinsicht geht es um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht unter Vorbehalt des Begründungserfordernisses von Amtes wegen prüft (Art. 106 Abs. 1 BGG ; BGE 146 IV 88 E. 1.3.2 S. 92).

E. 2.4.1

Gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB macht sich des Diebstahls schuldig, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern. Eine Sache ist fremd, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht. Die Tathandlung der Wegnahme liegt im Bruch fremden und der Begründung neuen (meist eigenen) Gewahrsams. Ob Gewahrsam besteht, bestimmt sich nach den allgemeinen Anschauungen und den Regeln des sozialen Lebens. Bruch des Gewahrsams ist die Aufhebung des fremden Gewahrsams gegen den Willen des bisherigen Inhabers. Dass die Verfügungsmacht vorübergehend aufgehoben ist, führt nicht zum Verlust des Gewahrsams. Dies gilt insbesondere dort, wo infolge der Regeln des sozialen Lebens die Zuordnung der Sache zu einer Person unbestritten ist (ausführlich Urteil 6B_1360/2019 vom 20. November 2020 E. 2.3.1 mit Hinweisen).

E. 2.4.2

Eine Sache kann auch im Gewahrsam mehrerer Personen gleichzeitig stehen. Dabei wird gemeinhin unterschieden zwischen gleichgeordnetem bzw. gleichrangigem Mitgewahrsam, bei welchem verschiedene Personen gleichberechtigt den Gewahrsam ausüben, und über- oder untergeordnetem Mitgewahrsam, bei welchem die Gewahrsamsinhaber in einem hierarchisch strukturierten Verhältnis, namentlich etwa einem Anstellungsverhältnis zueinander stehen. Mitgewahrsam des Täters am weggenommenen Gut schliesst Diebstahl nicht aus. Bruch fremden Gewahrsams liegt immer vor, wenn der Täter nicht Alleingewahrsam besitzt. Mithin stellt auch der Bruch des Mitgewahrsams des anderen einen Bruch fremden Gewahrsams dar. Dies gilt nach der Rechtsprechung jedenfalls für den Bruch übergeordneten Gewahrsams (BGE 101 IV 33 E. 2a S. 35).

Diese Grundsätze gelten auch, wenn dem Täter die Sache, an der er Mitgewahrsam hat, anvertraut ist. Unter welchen Voraussetzungen bei einer anvertrauten Sache die Tathandlung rechtlich als Veruntreuung zu würdigen ist, ist im Einzelfall zu entscheiden. Massgebend ist, ob der Gewahrsamsbruch oder der Vertrauensmissbrauch im Vordergrund steht. Nach der Rechtsprechung ist, wo der Eigentümer der Sache übergeordneten Gewahrsam hat und der Inhaber des untergeordneten Gewahrsams jenen bricht, Diebstahl anzunehmen. Bei gleichgeordnetem oder gleichrangigem Gewahrsam kommt, wo das Vertrauenselement im Vordergrund steht, dagegen Veruntreuung in Frage (BGE 101 IV 33 E. 2a S. 35; Urteil 6B_1360/2019 vom 20. November 2020 E. 2.3.2 mit Hinweisen)

E. 2.4.3

Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht. In casu lässt sich Mitgewahrsam der Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Rayonleiterin bis zur Übergabe der Tageseinnahmen an die mit dem Geldtransport beauftragten Mitarbeiter sowie bezüglich des Kassenstocks annehmen. Jedoch lässt sich dieser Mitgewahrsam der Beschwerdeführerin nicht als gleichrangig mit jenem der Privatklägerin, sondern nur als untergeordnetem Mitgewahrsam qualifizieren. Die Beschwerdeführerin brach als Inhaberin des untergeordneten Gewahrsams in ihrer Eigenschaft als Angestellte der Privatklägerin

den übergeordneten Gewahrsam der Privatklägerin, sodass vorinstanzlich Diebstahl anzunehmen war.

Die Vorinstanz begründete, es liege entgegen der Verteidigung kein gleichgeordneter Mitgewahrsam vor (oben E. 2.2). Dem geltend gemachten geschäftlichen Vertrauensverhältnis konnte daher für die Tatqualifikation kein wesentliches Gewicht mehr zukommen. Die Beschwerdeführerin arbeitete in einem Angestelltenverhältnis als Abteilungs- oder Rayonleiterin in strukturierter, hierarchisch untergeordneter Stellung. Die Vorinstanz begründet ihre Entscheidung hinreichend. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der von einem Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253). Das ist nach dem Gesagten der Fall.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt die Strafzumessung.

E. 3.1

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 StGB). Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19). Das Verschulden bestimmt sich nach allen objektiven und subjektiven Umständen (BGE 141 IV 61 E. 6.1.1 S. 66 f.).

Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Beschwerde hin nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraumen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f. mit Hinweis auf BGE 127 IV 101 E. 2c S. 104: "Il ne peut intervenir, en considérant le droit fédéral comme violé, que si ce dernier a fait un usage vraiment insoutenable de la marge de manoeuvre que lui accorde le droit fédéral.").

E. 3.2

Soweit die Beschwerdeführerin ihre Kritik an der Strafzumessung unter dem Gesichtspunkt der beantragten Verurteilung wegen Veruntreuung vorträgt, ist darauf nicht einzutreten.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel des gewerbsmässigen Diebstahls geltend, die Vorinstanz berücksichtige ihre besonders hohe Strafempfindlichkeit angesichts ihrer durch die zweimonatige Untersuchungshaft traumatisierten schulpflichtigen Tochter nicht.

Wie die Verbüssung einer Freiheitsstrafe stellt eine Untersuchungshaft für die betroffene Person, das Kind sowie die Partnerschaft eine Belastung dar und ist für jede in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit einer gewissen Härte verbunden. Die Trennung von ihrem Kind durch die Untersuchungshaft ist eine zwangsläufige, unmittelbar gesetzmässige Nebenfolge der Straftat (vgl. zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmtes Urteil 6B_40/2020 vom 17. August 2020 E. 3.2.2 ff.). Eine erhöhte Strafempfindlichkeit ist nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen (Urteile 6B_1235/2018 vom 28. September 2020 E. 5; 6B_1107/2019 vom 27. Januar 2020 E. 2.6.4; 6B_698/2017 vom 13. Oktober 2017 E. 7.1.2). Es liegt keine derartige Ausnahmekonstellation vor, trifft dieser Sachverhalt doch auf eine grosse Zahl von Betroffenen in vergleichbarer Weise zu. Die Vorinstanz war nicht veranlasst, die kurze Untersuchungshaft strafmindernd zu berücksichtigen.

E. 3.4

Die Vorinstanz gewichtet zutreffend die Ausnützung der Vertrauensstellung einer Abteilungsleiterin mit operativer Verantwortlichkeit als objektiv verschuldensrelevant. Denn die Beschwerdeführerin hatte, wie sie selber geltend macht, im Betrieb eine "Sonderstellung mit Kompetenzen", welche jene der einfachen Kassiererin deutlich überstiegen (oben E. 2.1). Dass die Vorinstanz zusätzlich beim subjektiven Verschulden betont, dass die Beschwerdeführerin drei Jahre lang das in sie gesetzte Vertrauen mit ihrem Handeln angesichts des wegen finanzieller Probleme mit der Schliessung bedrohten Betriebs fortlaufend enttäuschte, verletzt kein Bundesrecht. Entgegen der Beschwerde ist auch das ohne Not egoistische Handeln nicht neutral zu beurteilen (vgl. Urteil 6B_507/2020 vom 17. August 2020 E. 2.2.2). Es liegt mit diesen Zumessungsgründen keine Doppelverwertung vor. Das Verbot besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens (z.B. eines qualifizierten oder privilegierten Tatbestandes) führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugute gehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 S. 17). Dagegen ist es dem Gericht nicht verwehrt, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder ein privilegierender Tatumstand gegeben ist (Urteile 6B_1225/2019 vom 8. April 2020 E. 2.3.2; 6B_1248/2017 vom 21. Februar 2019 E. 7.5.3).

E. 3.5

Der Grundsatz der Individualisierung und das dem Sachgericht bei der Strafzumessung eingeräumte weite Ermessen führen notwendigerweise zu einer gewissen vom Gesetzgeber in Kauf genommenen Ungleichheit. Selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten. Die aus diesen Umständen resultierende Ungleichheit in der Zumessung der Strafe reicht für sich allein nicht aus, um auf eine Ermessensüberschreitung zu schliessen (vgl. BGE 135 IV 191 E. 3.1 S. 193; Urteil 6B_507/2020 vom 17. August 2020 E. 2.2.2).

Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf andere Fälle ist nicht relevant. Die Vorinstanz weist auf die dreijährige Deliktperiode hin, die Vertrauensstellung als Abteilungsleiterin

mit operativen Kompetenzen, den erheblichen Deliktsbetrag von rund Fr. 80'000.-- (d.h. jährlich knapp Fr. 23'000.-- bei einem Umsatz von rund Fr. 300'000.--) und das den mit Schliessung bedrohten Betrieb schädigende, äusserst egoistische Handeln der verantwortlichen Abteilungsleiterin.

E. 3.6

Das Strafgesetz droht für gewerbsmässigen Diebstahl Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen und Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren an (Art. 139 Ziff. 2 StGB). Die Vorinstanz setzt eine Einsatzstrafe von 28 Monaten fest und erhöht diese unter Berücksichtigung der subjektiven Zumessungsgründe angesichts eines nicht mehr leichten Verschuldens auf 30 Monate (vorinstanzliches Urteil S. 21). Die subjektive Verschuldungskomponente, ein in der Tat nicht mehr leichtes Verschulden, wurde von der Vorinstanz mithin mit lediglich zwei Monaten strafehöhend gewichtet. Angesichts dieser milden Beurteilung erweisen sich die weitgehenden Vorwürfe wegen Verletzungen der Art. 6 Ziff. 1 EMRK , Art 9 und Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 47 ff. und Art. 50 StGB als offenkundig haltlos und an der Sache vorbeigehend.

Hinzukommt die Asperation (Art. 49 Abs. 1 StGB) wegen mehrfacher Urkundenfälschung, die angesichts der vorinstanzlich vorgenommenen Gesamtbetrachtung lediglich zu einer Erhöhung um 2 Monate auf 32 Monate führte (vorinstanzliches Urteil S. 23). Aufgrund des Verschlechterungsverbots schloss die Vorinstanz indes im Ergebnis auf 30 Monate Freiheitsstrafe (vorinstanzliches Urteil S. 24). Im Ergebnis schlugen die mehrfachen Urkundenfälschungen somit nicht zu Buche. Der Vollzug wurde mit dem gesetzlichen Minimum (Art. 43 Abs. 3 StGB) des unbedingten Vollzugs von 6 Monaten bestimmt (vorinstanzliches Urteil S. 25).

Deshalb kann der Beschwerdeführung in Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsprinzips (Art. 8 Abs. 1 BV ; zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmtes Urteil 6B_40/2020 vom 17. August 2020 E. 3.2.1) auch nicht mehr gefolgt werden, dass die Strafe auf 24 Monate oder weniger zu reduzieren sei, sodass sie "nicht mehr ins Gefängnis muss" (Beschwerde S. 17). Die Anfechtung der Strafzumessung erweist sich als unbegründet.

E. 4

Das Rechtsbegehren betreffend Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils in Ziff. 7 des angefochtenen Dispositivs ist nicht begründet, sodass darauf nicht einzutreten ist (oben E. 2.3).

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

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