

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.23 vom 8. Februar 2022

BS Appellationsgericht, 2022-02-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.23

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.23 du 8 février 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.23 del 8 febbraio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Hebt das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid auf und weist es die Sache an die kantonale Behörde zurück, hat diese ihrer neuen Entscheidung die rechtliche Begründung des Bundesgerichtsentscheids zugrunde zu legen. Dabei hat sie sich auf das zu beschränken, was sich aus den für sie verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts als Gegenstand der neuen Entscheidung ergibt. Dieser ist insofern endgültig abgegrenzt (BGE 123 IV 1 E. 1 S. 3; 117 IV 97 E. 4a S. 104; Meyer/Dormann, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 107 BGG N 18 f.; vgl. AGE SB.2013.106 vom 27. Juni 2016 E. 1.1 und SB.2014.113 vom 22. Februar 2016 E. 1.1).

1.2 Gemäss Art. 406 Abs. 2 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) kann die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts mit dem Einverständnis der Parteien ein Urteil im schriftlichen Verfahren erlassen, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Die Anordnung des schriftlichen Verfahrens durch den Verfahrensleiter ist unwidersprochen geblieben.

1.3 Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die Beschwerde in Bezug auf sämtliche Rügen des Berufungsklägers, die sich auf die Sachverhaltswürdigung und die rechtliche Beurteilung durch das Appellationsgerichts bezogen haben, abgewiesen, soweit es überhaupt darauf eingetreten ist (a.a.O., E. 2.4 ■ 2.8). Diese Teile des Urteils des Appellationsgerichts vom 28. November 2019 sind daher nicht Gegenstand des vorliegenden Rückweisungsverfahrens. Da das Bundesgericht jedoch trotz nur teilweiser Gutheissung der Beschwerde das ganze Urteil des Appellationsgerichts aufgehoben hat, müssen im Dispositiv des vorliegenden Rückweisungsurteils auch die nicht angefochtenen und vom Bundesgericht bestätigten Punkte aufgeführt werden. Für deren Begründung ist jedoch auf das Urteil vom 28. November 2019 zu verweisen.

1.4 Gutgeheissen wurde die Beschwerde des Berufungsklägers vom Bundesgericht einzig in Bezug auf die Strafzumessung. Diesbezüglich hat das Bundesgericht erkannt, das Appellationsgericht habe mit seiner Vorgehensweise bei der Bestimmung der Strafart für die Misswirtschaft und die unterlassene Buchführung Art. 49 Abs. 1 StGB verletzt. Es habe die Strafzumessung nach den in BGE 144 IV 313 dargelegten Grundsätzen neu festzulegen. Die auszusprechende Gesamtstrafe habe auf den verschuldensangemessenen Einzelstrafen zu beruhen. Eine einzig mit der Bezugnahme auf weitere Delikte begründete Wahl der Strafart vermöge diesen Anforderungen nicht zu genügen (a.a.O., E. 3. und 3.9).

Im Übrigen wurde die Beschwerde auch in Bezug auf die Strafzumessung abgewiesen.

Damit beschränkt sich der Gegenstand des Rückweisungsverfahrens auf die Frage der Strafart für die Misswirtschaft und die unterlassene Buchführung.

E. 2

2.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 StG verurteilt das Gericht einen Täter, der durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht diese angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist vorab der Strafrahmen für das (abstrakt) schwerste Delikt zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. In einem zweiten Schritt sind die hypothetischen Einsatzstrafen für die weiteren Taten zu bestimmen. Sodann ist die Gesamtstrafe durch angemessene Erhöhung der Einsatzstrafe (in Anwendung des Asperationsprinzips) zu bilden. Nach der Festlegung der Gesamtstrafe für sämtliche Delikte sind schliesslich die allgemeinen Täterkomponenten zu berücksichtigen (BGE 127 IV 101 E. 2b S. 104; BGer 6B_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.5.1, 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E.

E. 2.1

und 2.3.2, 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4; AGE SB.2016.114 vom 15. September 2017 E. 3.3.2).

2.2 Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinn von Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Das Gericht kann nur dann eine Gesamtfreiheitsstrafe verhängen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfallen würde (sog. konkrete Methode). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1, 144 IV 217 E. 2.2 m.w.H.). Ausnahmen von dieser Regel ■ beispielsweise bei zeitlich und sachlich eng miteinander verknüpften Straftaten ■ sind gemäss BGE 144 IV 313 (E. 1.1.2) im Gegensatz zur früheren Praxis nicht mehr zulässig. Das Gericht hat also, wenn es eine Strafe für mehrere Straftaten auszusprechen hat, zunächst für jede von ihnen die Art der Strafe zu bestimmen. Erkennt das Gericht an Stelle einer Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe, hat es diese Wahl näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2 StGB).

2.3 Wenn für eine Tat nebeneinander Geldstrafe und Freiheitsstrafe in Betracht fallen, ist bei der Wahl der Sanktionsart als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100 f.). Nach der Konzeption des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches stellt die Geldstrafe in deren Anwendungsbereich (Art. 34 StGB) die Hauptsanktion dar. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft, wodurch der Geldstrafe grundsätzlich Vorrang gegenüber der eingriffstärkeren Freiheitsstrafe zukommt (vgl. BGE 134 IV 79 E. 4.2.2 S. 101 f.).

Es ist jedoch möglich, anstelle einer Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen, wenn eine solche geboten scheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 lit. a und b StGB). Zudem darf ■ auch nach der neuesten

Rechtsprechung des Bundesgerichts ■ eine Gesamtfreiheitsstrafe ausgesprochen werden, wenn eine grosse Zahl von Einzeltaten zeitlich und sachlich eng miteinander verknüpft sind und eine blosser Geldstrafe bei keinem der in einem engen Zusammenhang stehenden Delikte geeignet ist, in genügendem Masse präventiv auf den Täter einzuwirken (BGer 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021 E. 3.4.2 mit Verweis auf BGer 6B_112/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.2 und 6B_1186/2019 vom 9. April 2020 E. 2.2 und 2.4).

E. 3

3.1 Der Berufungskläger ist des mehrfachen gewerbsmässigen Betrugs, des mehrfachen Betrugs, der Misswirtschaft, der Unterlassung der Buchführung, der mehrfachen groben Verletzung der Verkehrsregeln, der qualifizierten groben Verletzung der Verkehrsregeln und des Vergehens gegen das Waffengesetz schuldig gesprochen worden.

3.2 Entsprechend den Erwägungen des Bundesgerichts in seiner Entscheidung 6B_496/2020 vom 11. Januar 2021 muss im Rückweisungsverfahren geprüft werden, ob in der vorliegenden Konstellation für die weniger schwerwiegenden Straftaten der Misswirtschaft und der unterlassenen Buchführung eine zu asperierende Freiheitsstrafe oder kumulativ zur Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verhängen ist. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt: «Die Vorinstanz begründet die Wahl der für die Misswirtschaft und die unterlassene Buchführung ausgesprochenen Freiheitsstrafe einzig mit dem von ihr angeführten Zusammenhang mit den Betrugsfällen. Zur präventiven Effizienz der Strafe äussert sich die Vorinstanz lediglich im Hinblick auf die Gesamtfreiheitsstrafe. Die Vorinstanz hat damit nicht sämtliche Strafen (gedanklich) einzeln festgesetzt und danach beurteilt, ob und welche Einzelstrafen gleichartig sind (BGE 144 IV 217 E. 4.1 S. 239 mit Hinweisen; Urteil 6B_968/2019 vom 14. September 2020 E. 7.4). Es lässt sich ihren Erwägungen nicht entnehmen, dass eine blosser Geldstrafe bei keinem der nach ihrer Erwägung zusammenhängenden Delikte geeignet ist, in genügendem Masse präventiv auf den Täter einzuwirken (vgl. Urteile 6B_112/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.2; 6B_1186/2019 vom 9. April 2020 E. 2.2 und 2.4). Zu dem von der Vorinstanz angeführten Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer der Misswirtschaft und der unterlassenen Buchführung in seiner Funktion als Geschäftsführer der vom 10. Juni 2013 bis 21. Juni 2016 bestehenden [...] GmbH und damit einem weit über den für die Betrugsfälle wesentlichen Zeitraum schuldig machte. Den von der Vorinstanz als wichtigste Etappen der [...] GmbH aufgeführten Ereignissen und Transaktionen lässt sich nicht entnehmen, dass die [...] GmbH bei den Betrugsfällen eine Rolle gespielt hätte. Demnach lässt sich nicht sagen, dass die Misswirtschaft und die unterlassene Buchführung in einem engen Zusammenhang zu den Betrugsfällen standen. Die vorinstanzliche Strafzumessung weicht von den in BGE 144 IV 313 dargelegten Grundsätzen der Strafzumessung ab. Die auszusprechende Gesamtstrafe hat auf den verschuldensangemessenen Einzelstrafen zu beruhen. Eine einzig mit der Bezugnahme auf weitere Delikte begründete Wahl der Strafart vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen. Die Vorinstanz hat mit ihrer Vorgehensweise bei der Bestimmung der Strafart für die Misswirtschaft und die unterlassene Buchführung Art. 49 Abs. 1 StGB verletzt.» (a.a.O., E. 3.4.3).

E. 3.3

3.3.1 Es ist somit zu prüfen, ob in der vorliegenden Konstellation für die zusätzlichen, weniger schwerwiegenden Straftaten der Misswirtschaft und der unterlassenen Buchführung eine zu asperierende Freiheitsstrafe oder kumulativ zur Freiheitsstrafe eine

Geldstrafe zu verhängen ist. Das Appellationsgericht hat im aufgehobenen Urteil vom 28. November 2019 für die unterlassene Buchführung und die Misswirtschaft eine isolierte Strafe von 4 Monaten Freiheitsstrafe festgesetzt und dann die Einsatzstrafe um die Hälfte davon, also um 2 Monate, asperiert (a.a.O., E. 11.5.1).

3.3.2 Der Verteidiger des Berufungsklägers hat in seiner Stellungnahme vom 20. April 2021 ausgeführt, der Berufungskläger generiere kein regelmässiges Einkommen, wie das Appellationsgericht im Urteil vom 28. November 2019 richtig ausgeführt habe. Er erhalte bloss Spesen ausbezahlt und könne von diesen leben. Sein durchschnittlicher Verdienst betrage (gemäss telefonischer Auskunft des Berufungsklägers) bloss rund CHF 2'000.■ pro Monat. Eine Geldstrafe wäre für ihn daher deutlich spürbar. Aus dem betreibungsamtlichen Auszug lasse sich nicht ableiten, dass der Berufungskläger ■ allenfalls unter Inanspruchnahme von Zahlungserleichterungen ■ überhaupt nicht in der Lage wäre, eine Geldstrafe mit entsprechend tiefem Ansatz zu leisten. Eine Einschränkung seines Konsumverhaltens würde ihn stärker treffen als eine Freiheitsstrafe und sei damit auch geeignet, in genügendem Masse präventiv auf den Berufungskläger einzuwirken. Angemessen erscheine eine Geldstrafe von 60-120 Tagessätzen zu CHF 30.■.

3.3.3 Bereits im Zeitpunkt des ersten Urteils des Appellationsgerichts beliefen sich die im Betreibungsregister [...] registrierten Verlustscheine des Berufungsklägers auf über CHF 41'000.■, damals laufende Beteiligungen nicht berücksichtigt. Der im Rückweisungsverfahren eingeholte Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts [...] vom 17. März 2021 weist bereits 50 Verlustscheine im Gesamtbetrag von CHF 142'029.05 aus. Beim Beteiligungsamt [...] sind per 16. März 2021 11 Verlustscheine im Gesamtbetrag von CHF 23'790.65 verzeichnet. Nicht berücksichtigt sind die in den Tatkomplexen «[...]» und «[...]» entstandenen Schäden über CHF 100'000.■. Der Berufungskläger scheint die Summe aller Verlustscheine selber nicht zu kennen und vermittelt nicht den Eindruck, dass sie ihn besonders interessieren würden. In der Berufungsverhandlung vom 28. November 2019 hat er ausgeführt, er arbeite zwar bei seinem Geschäftspartner [...], der zugleich sein Vorgesetzter sei, in zwei Firmen mit, aber er verdiene dabei nichts. Die Firmen seien in den Bereichen Sicherheitsapplikationen und «Persönlichkeitsentwicklungsprodukte» tätig. Er wohne bei den Eltern und bezahle nichts dafür, weil er nichts habe. Der Arbeitgeber werde ihn in Anteilen an der einen Firma bezahlen und bei der anderen Firma erwarte er Kommissionen, die bevorstünden. Er erhalte vom Arbeitgeber Spesenentschädigungen, worunter auch ein 7er BMW falle. Wovon er sonst lebt, erhellt aus seinen Angaben nicht (Verhandlungsprotokoll vom 28. November 2019, Akten S. 7214-7222). Wie sich aus der Stellungnahme seines Verteidigers im Rückweisungsverfahren ergibt, hat sich an diesem Setting seither nichts Wesentliches geändert, ausser dass er die Höhe seines Verdienstes (Spesen) nun mit monatlich rund CHF 2'000.■ angibt. Er wohnt nach wie vor bei seinen Eltern, ohne etwas dafür bezahlen zu müssen, und arbeitet, wofür er sich durch «Spesen» entschädigen lässt. Die Regelung, dass der den 7er BMW und weitere Auslagen vom Arbeitgeber unter dem Titel «Spesen» zur Verfügung gestellt erhält, hat für ihn den Vorteil, dass nichts davon pfändbar ist. Davon, dass seit der Verhandlung vom November 2019 ■ wie damals in Aussicht gestellt ■ Provisionen geflossen oder ihm Anteile einer der Firmen übertragen worden wären, wird in der Stellungnahme seines Verteidigers nichts erwähnt. Falls dem so wäre, hätte er jedenfalls dadurch seine Schuldensituation nicht verbessert. Im Gegenteil: In Bezug auf seine Schulden (Verlustscheine) hat sich die Lage inzwischen wie ausgeführt erheblich verschlechtert.

3.3.4 Der Berufungskläger ist nach dem Gesagten derart nachhaltig verschuldet, dass eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden könnte (negative Vollstreckungsprognose). Daher erscheint eine Geldstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB unzweckmässig bzw. wirkungslos (vgl. zum Ganzen: Mazzuchelli, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Auflage 2019, Art. 41 StGB N 42a ff.; Trechsel/Keller, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 41 N 3; vgl. auch AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2019 E. 12.5, SB.2017.47 vom 9. Februar 2018 E. 3.5). Als Folge davon wäre die Geldstrafe in Anwendung von Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 1 StGB in Freiheitsstrafe umzuwandeln. Allerdings vermöchte der Berufungskläger bei diesem Vorgang von der Asperation nicht zu profitieren. Im Ergebnis entspräche dies im vorliegenden Fall also 4 Monaten anstelle von 2 Monaten Freiheitsstrafe. Somit würde sich die Geldstrafe im konkreten Fall als eingriffsintensiver und damit nachteiliger für den Berufungskläger erweisen, als wenn direkt eine Freiheitsstrafe (mit Asperation) ausgesprochen wird. Dies würde dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit widersprechen, weshalb vorliegend von einer Geldstrafe abzusehen und direkt auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist.

3.3.5 Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Praxis, wonach die Voraussetzungen einer solchen negativen Vollstreckungsprognose restriktiv auszulegen sind. Diese Praxis wird nicht zuletzt (ebenfalls) damit begründet, dass bei Nichtbezahlung der Geldstrafe gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB eine Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen ist. Die Geldstrafe soll grundsätzlich auch für Mittellose zur Verfügung stehen (vgl. BGE 134 IV 60 E. 5.4 und 8.4 S. 68 und 80 f.; AGE SB. 2018.79 vom 20. November 2020 E. 6.2.2).

Der Berufungskläger ist ■ ähnlich wie bei den Betrugstatbeständen ■ auch im Tatkomplex betreffend Unterlassung der Buchführung und Misswirtschaft mit Vermögenswerten wirtschaftlich krass unverantwortlich umgegangen und hat damit Gläubiger in ihrem Vermögen geschädigt (vgl. Urteil des Appellationsgerichts vom 29. November 2019, Ziff. 2). Der Schwere dieser Rechtsgutverletzung und dem Verschulden des Berufungsklägers als Hauptverantwortlichem in diesem Tatkomplex vermöchte eine Geldstrafe nicht in ausreichendem Mass zu entsprechen. Hinzu kommt wie soeben dargestellt, dass sich der Berufungskläger (auch) im aktuellen Setting als ausserordentlich geschickt, wendig und innovativ erweist, wenn es darum geht, sich selber wirtschaftlich angenehm zu betten und gleichzeitig seine Verlostscheinsgläubiger und die Geschädigten seiner Vermögensdelinquenz leer ausgehen zu lassen. Dieses Verhaltensmuster entspricht letztlich jenem, welches auch der fraglichen Vermögensdelinquenz grundsätzlich und seiner unterlassenen Buchführung sowie seiner Misswirtschaft im Speziellen zugrunde liegt. In diesem Sinn ist zwar nicht einmal völlig auszuschliessen, dass es dem Berufungskläger auch in der vorliegenden Situation gelingen könnte, sich Mittel zu beschaffen oder beschaffen zu lassen, um eine allfällige Geldstrafe zu tilgen bzw. tilgen zu lassen. Solches wäre indessen weder zweckmässig noch geeignet, in genügendem Masse präventiv auf den Berufungskläger einzuwirken. Dass ihn eine Geldstrafe persönlich zu treffen vermöchte, erscheint in der gegebenen Situation schon einmal grundsätzlich in Frage gestellt. Sodann scheinen Schulden in jedwelcher Höhe den Berufungskläger keineswegs zu beeindrucken. Insbesondere erscheint es aber nicht sachgerecht und könnte die kriminelle Energie des Berufungsklägers in kontraproduktiver Weise fördern, wenn ausgerechnet er, der bis anhin seine finanziellen Mittel über weite Strecken mit unredlichen Mitteln beschafft hat und noch nie einer geregelten Arbeit nachgegangen ist, mit einer Geldstrafe belegt würde (vgl.

AGE SB.2018.91 vom 10. Dezember 2020 E. 6.5.3). Eine Geldstrafe erscheint daher auch aus diesen Gründen nicht geeignet, in genügendem Masse präventiv auf den Berufungskläger einzuwirken.

3.3.6 Angesichts dieser Überlegungen kann offen gelassen werden, ob die Geldstrafe bedingt oder unbedingt auszufallen wäre. Deren präventive Effizienz wäre in jedem Fall ungenügend, und zwar gerade auch zur Sühne der Misswirtschaft und der unterlassenen Buchführung. Hinzu kommt, dass aus Sicht der Gläubiger und aus jener der Geschädigten der Vermögensdelikte des Berufungsklägers eine Geldstrafe in diesem Kontext schwer verständlich oder gar stossend wäre, würde damit doch auch noch der Staat mit seinem Geldstrafenanspruch zu ihnen in Gläubigerkonkurrenz treten.

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