Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 157/2014

Urteil vom 26. Januar 2015

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Bundesrichter Oberholzer, Rüedi, Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Boog.

Verfahrensbeteiligte
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 20, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Diego Cavegn,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 12. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.
X._____ wird vorgeworfen, er habe in den Jahren 2007 bis 2009 als alleiniger Geschäftsführer der A._____ GmbH, Zürich, mit Einzelunterschrift in 67 (recte: 51) Einzelfällen unrechtmässig Gelder der von ihm geführten Unternehmung für private Zwecke verwendet, namentlich für die Finanzierung seines Drogenkonsums sowie die Begleichung von Rechnungen für diverse Cabaret- und Restaurantbesuche. Die Bezüge habe er nachträglich in den Bilanzen als "kurzfristige Darlehen X._____" verbuchen lassen. Ausserdem habe er in der Zeit von November 2005 bis November 2009 in 35 Fällen Bargeldeinnahmen, die er nach Konzerten entgegengenommen hatte, nicht an die A._____ GmbH weitergeleitet. In einem weiteren Fall wurde ihm Diebstahl vorgeworfen. Durch diese Handlungen entstand der A._____ GmbH ein Schaden von insgesamt mehr als Fr. 250'000.–.

B.
Das Bezirksgericht Aarau erklärte X._____ mit Urteil vom 27. März 2013 des Diebstahls und der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.–, unter Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen. Es sprach die Strafe als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Februar 2010 aus, mit welchem X._____ wegen diverser Widerhandlungen

gegen das Strassenverkehrsgesetz und wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingt aufgeschobenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 90.– verurteilt worden war. Damit sprach das Bezirksgericht eine Gesamtstrafe von 17 Monaten Freiheitsstrafe und Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 90.– aus.

Das Obergericht des Kantons Aargau wies am 12. Dezember 2013 nach Durchführung des schriftlichen Verfahrens die Berufung des Beurteilten ab, hob indes von Amtes wegen das erstinstanzliche Urteil im Strafpunkt gemäss Ziff. 2 des Dispositivs auf und verurteilte X._____ zu einer Geldstrafe von 320 Tagessätzen zu Fr. 150.–, als Zusatzstrafe zum Urteil der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Februar 2010. In Bezug auf den bedingten Strafvollzug und die Busse bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

C.
Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, es sei Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und X._____ zu einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 3 Jahren zu verurteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neufestsetzung der Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.
Das Obergericht des Kantons Aargau hat auf Vernehmlassung verzichtet. X._____ schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Vernehmlassung wurde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau zur allfälligen Stellungnahme zugestellt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Vorinstanz nimmt an, die einzelnen Geldbezüge des Beschwerdeführers zu privaten Zwecken bzw. seine pflichtwidrigen Verwendungen von Bargeldeinnahmen bildeten eine Deliktsserie mit jeweils ähnlich gelagerten Taten. Die einzelnen ungetreuen Geschäftsbesorgungen sowie der Diebstahl seien für sich allein betrachtet je mit einer Geldstrafe zu bestrafen, so dass die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB möglich sei. Für die Festsetzung einer Einsatzstrafe geht die Vorinstanz von der pflichtwidrigen Verwendung der Bargeldeinnahme von Fr. 11'345.– vom 7. Dezember 2007 als gravierendster Tat aus. Diese Tat wiege für sich allein betrachtet noch nicht besonders schwer. Angesichts der "Prioritätsordnung zu Gunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen" erscheine als Einsatzstrafe eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen als angemessen. Diese Einsatzstrafe erhöht die Vorinstanz unter Berücksichtigung des Verschuldens in Bezug auf die weiteren Taten - entsprechend der gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB für eine Geldstrafe höchst möglichen Anzahl Tagessätze und unter Einbezug der von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Februar 2010 ausgesprochenen Einsatz- bzw. Grundstrafe von 40 Tagessätzen - auf eine hypothetische
Gesamtstrafe von 360 Tagessätzen. Daraus resultierte als Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der früheren Einsatzstrafe eine Zusatzstrafe von 320 Tagessätzen. Dabei wertet die Vorinstanz namentlich das egoistische Motiv, den langen Deliktszeitraum und die hohe Deliktssumme je als in mittlerem Ausmass straferhöhend. Leicht strafmindernd gewichtet sie demgegenüber, dass die Geschädigte mit dem Beschwerdeführer eine Vereinbarung abgeschlossen habe und keinen Schadenersatz mehr fordere (angefochtenes Urteil S. 21/22 ff.).

1.2. Die erste Instanz nahm an, angesichts der grossen Anzahl unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallender Tathandlungen lasse sich nicht bestimmen, welche Einzelhandlung die schwerste sei. Sie setzte daher die Einsatzstrafe für eine beliebige der ungetreuen Geschäftsbesorgungen auf 6 Monate fest und erhöhte jene unter Berücksichtigung der Gesamtumstände für alle übrigen Fälle sowie für den Diebstahl um 11 Monate auf eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten (erstinstanzliches Urteil S. 16 und 18).

1.3. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Art. 34 Abs. 1, 47 Abs. 2 und 49 Abs. 1 StGB. Sie macht geltend, bei einer sich über einen längeren Zeitraum hinziehenden Serie gleichartiger Delikte müsse

von der üblichen Vorgehensweise, bei welcher für das schwerste Delikt eine Einsatzstrafe gebildet und diese hernach im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB angemessen erhöht werde, abgewichen werden, damit dem Deliktsbetrag genügend Gewicht beigemessen werden könne. In diesen Fällen sei daher bereits bei der Bildung der Einsatzstrafe im Rahmen der Würdigung des Verschuldens der Gesamtdeliktsbetrag zu berücksichtigen. Im zu beurteilenden Fall dürfe der Geldstrafe kein Vorrang gegenüber der Freiheitsstrafe gegeben werden. Aufgrund des grossen Verschuldens des Beschwerdegegners sei als Einsatzstrafe zwingend eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten festzusetzen und diese aufgrund der Tatmehrheit auf 17 Monate zu erhöhen. Es könne nicht angehen, dass ein Täter, welcher sich über Jahre hinweg mehrere tausend Franken aneigne, besser gestellt werde, als ein Täter, der denselben Betrag auf einen Schlag an sich bringe. Selbst wenn als Einsatzstrafe eine Geldstrafe festgesetzt würde, erfolge durch die Anwendung von Art. 47 Abs. 2 StGB keine
Beschränkung auf eine Geldstrafe, wenn der Straftatbestand auch eine Freiheitsstrafe androhe. Somit wäre auch, wenn man mit der Vorinstanz eine Einsatzstrafe von 100 Tagessätzen festsetzen würde, unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschwerdegegners in Bezug auf die weiteren 86 Straftaten mit dem Gesamtdeliktsbetrag von rund Fr. 250'000.– eine Gesamtstrafe von 17 Monaten Freiheitsstrafe festzusetzen. In Bezug auf die durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 5. Februar 2010 ausgesprochene Geldstrafe und Busse lägen daher keine gleichartigen Strafen vor, so dass die Strafen kumuliert werden müssten (Beschwerde S. 3 ff.).

2.

2.1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 mit Hinweis).

2.2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Straftat (Einsatzstrafe) und erhöht sie in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen (Gesamtstrafe). 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.

Für die Bildung einer Gesamtstrafe hat das Gericht in einem ersten Schritt den Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese Tat, unter Einbezug aller straferhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Bei der Bestimmung des Strafrahmens für die schwerste Straftat ist von der abstrakten Strafandrohung auszugehen (BGE 116 IV 300 E. 2c/bb S. 304; Urteil des Bundesgerichts 6B 681/2013 vom 26. Mai 2014 E. 1.3.1; GÜNTER STRATENWERTH, Erneut zur Gesamtstrafenbildung, forumpoenale 2011, S. 349; JÜRG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 49 N 116; Trechsel/Affolter-Eihsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 39 N 8). In einem zweiten Schritt hat das Gericht diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es wiederum den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 127 IV 101 E. 2b S. 104 mit Hinweis; Urteil 6B 460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 137 IV 57).

Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist indes nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Geld- und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (konkrete Methode; BGE 138 IV 120 E. 5.1; 137 IV 249 E. 3.4.2). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2).

2.3. Gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB beträgt die Geldstrafe, soweit es das Gesetz nicht anders bestimmt, höchstens 360 Tagessätze. Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr (360 Tagessätzen) sieht das Gesetz die Geldstrafe (Art. 34 StGB) und die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB) vor. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Im Vordergrund steht daher bei Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktion (BGE 138 IV 120 E. 5.2 a.E.; 134 IV 97 E. 4.2.2; 134 IV 82 E. 4.1).

3.

3.1. Der Beschwerdegegner hat sich im zu beurteilenden Fall in insgesamt 86 Einzelfällen der ungetreuen Geschäftsbesorgung in Bereicherungsabsicht und in einem Fall des Diebstahls zum Nachteil des von ihm geführten Unternehmens schuldig gemacht. Beide Tatbestände drohen alternativ Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren an (Art. 139 Ziff. 1 und 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB; zur Frage, ob Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB eine Mindeststrafe vorsieht, vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, Art. 158 N 177 ff., 180).

Die Vorinstanz setzt für den Einzelfall mit dem höchsten Schadensbetrag als schwerwiegendster Tathandlung im Rahmen der ungetreuen Geschäftsbesorgung als Einsatzstrafe eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen fest und schärft die Strafe für die restlichen Tathandlungen auf eine (Zusatz-) Geldstrafe von 320 Tagessätzen. Dies verletzt kein Bundesrecht. Wohl hat das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil erkannt, wenn nicht ein deutlich schwereres Delikt zusammen mit einer oder wenigen weiteren, leichter wiegenden Nebentat (en) zu sanktionieren sei, sei es bei der Bildung der Gesamtstrafe ausnahmsweise angebracht, die Delikte und die kriminelle Energie in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten, so dass nicht für jeden Normverstoss einzeln eine (hypothetische) Strafe zu ermitteln sei. Insofern hat es eine Ausnahme von der konkreten Methode zugelassen (Urteil des Bundesgerichts 6B 499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.8). Desgleichen hat das Bundesgericht nicht beanstandet, dass die Vorinstanz in einem umfangreichen Fall betrügerischer Anlagegeschäfte, in welchem sich die einzelnen Tatkomplexe nicht wesentlich voneinander unterschieden, von der gedanklichen Festsetzung einer Einsatzstrafe für die schwerste Tat absah, zumal diese nicht ohne
Weiteres zu bestimmen war (Urteil des Bundesgerichts 6B_ 446/2011 vom 27. Juli 2012 E. 9.4; vgl. auch etwa Urteil 6B 521/2012 vom 7. Mai 2013 E. 6 [Betrachtung von über 100 betrügerischer Geldaufnahmen als Einheit]). Doch bedeutet der Umstand, dass das Bundesgericht dieses Prozedere in den genannten Entscheiden geschützt hat, umgekehrt nicht, dass das Sachgericht zu einer derartigen Vorgehensweise bundesrechtlich verpflichtet wäre.

Im Übrigen sprach die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde S. 6) nicht deshalb eine Geldstrafe aus, weil sie sich durch die Festsetzung einer Einsatzstrafe von 100 Tagessätzen Geldstrafe in Bezug auf die Wahl der Strafart eine Beschränkung auferlegt hätte, sondern weil sie - unter Einbezug der Vorstrafe - eine Geldstrafe von 360 Tagessätzen insgesamt als angemessen erachtete. Ihr hätte es im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres frei gestanden, als Gesamtstrafe eine Freiheitsstrafe auszusprechen, falls sie eine 360 Einheiten übersteigende Sanktion als verschuldensangemessen erachtet hätte (vgl. hiezu Urteil des Bundesgerichts 6B 65/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.4.2). Sie hat darauf jedoch verzichtet. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

3.2. Dass die Vorinstanz mit dieser Strafzumessung ihr Ermessen verletzt hätte, macht die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend geltend. Die Vorinstanz setzt sich mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander und würdigt diese zutreffend. Jedenfalls legt die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern die Vorinstanz von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausgegangen wäre oder wesentliche Faktoren ausser Acht gelassen hätte. Sie beanstandet lediglich, dass die Vorinstanz den Deliktsbetrag nicht angemessen berücksichtigt hat. Indes bildet der Deliktsbetrag nach der Rechtsprechung - genauso wie die Menge der gehandelten Drogen bei Betäubungsmitteldelikten - ein zwar wichtiger, aber keineswegs vorrangiger Strafzumessungsfaktor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.170/2000 vom 19. Juni 2000 E. 4b; BGE 121 IV 202 E.

2d/cc), so dass gestützt allein darauf nicht auf ein schweres Verschulden geschlossen werden kann. Insgesamt setzt sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Strafzumessung nicht hinreichend mit dem angefochtenen Urteil auseinander. Die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt unbegründet, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann.

4.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Aargau hat dem Beschwerdegegner eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Praxisgemäss wird die Parteientschädigung dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zugesprochen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Der Kanton Aargau hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– auszurichten.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Januar 2015

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Boog