

BGer 6B_11/2011 vom 3. Februar 2012

Bundesgericht, 2012-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_11_2011

FR: TF 6B_11/2011 du 3 février 2012

IT: TF 6B_11/2011 del 3 febbraio 2012

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer wendet gegen den Schuldspruch wegen Betrugs ein, er habe die Verträge betreffend Miete, Bierlieferung und Darlehen stellvertretend und in Absprache abgeschlossen. Die Vertragspartner hätten das akzeptiert. Die nachträgliche Aussage des zuständigen Firmenvertreters, er wäre den Vertrag "nie im Leben" eingegangen (vgl. angefochtenes Urteil S. 20), sei eine Schutzbehauptung. Er habe allenfalls listig, aber nicht arglistig gehandelt. Es sei ihm nicht darum gegangen, die Firma hereinzulegen. Betrug sei nicht gegeben.

Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe nach seinen Aussagen die Verträge abgeschlossen, jedoch nie die Absicht gehabt, das Restaurant zu führen. Er habe die Fr. 30'000.-- erhalten. Davon sei nichts mehr übrig. Insoweit anerkenne er den Anklagesachverhalt. In der Folge beurteilt sie das weitere Aussageverhalten des Beschwerdeführers als nicht glaubhaft (angefochtenes Urteil S. 8-14) und nimmt nach eingehender Würdigung des Sachverhalts an, der Betrugstatbestand sei erfüllt (angefochtenes Urteil S. 14-29).

Mit dieser Beurteilung setzt sich der Beschwerdeführer weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht entsprechend den bundesrechtlichen Begründungsanforderungen auseinander (Art. 42 Abs. 2 BGG in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 und 2 BGG ; vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 und E. 2.2). Willkür muss substantiiert begründet werden. Auf bloss appellatorische Kritik ist nicht einzutreten (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 5). Auf der Grundlage des massgebenden Sachverhalts (Art. 105 Abs. 1 BGG) ist der Schuldspruch gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB nicht zu beanstanden. Es kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Art. 109 Abs. 3 BGG).

E. 2

Der Beschwerdeführer bringt vor, 21 Monate Freiheitsstrafe würden seine Familie und seine Arbeitsstelle zerstören. Das könne nicht der Sinn der Strafe sein. Im Sommer 2008 habe er in einer Krise gesteckt. Die letztmaligen Betäubungsmitteldelikte gingen auf eine unverständlich dumme Wiederholung zurück. Er sei vollumfänglich geständig gewesen. Das Strafmass sei stossend und gegen jedes Rechtsempfinden. Er verweist auf die frühere Rechtsprechung zur 18-Monate-Grenze (BGE 127 IV 97 E. 3 S. 101; 118 IV 337 E. 2c S. 340). Damit habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Seine besonders günstigen Umstände rechtfertigten den bedingten Strafvollzug. Aufgrund der günstigen Legalprognose sei vom Widerruf abzusehen.

E. 2.1

Zur Sanktionsbeurteilung sind die folgenden Tatsachen wesentlich. Den Betrug beging er mit dem Abschluss des Darlehens- und Bierlieferungsvertrags am 28. November 2006 und

somit einerseits vor dem Strafbefehl vom 1. September 2008 und andererseits innerhalb der Fünfjahresfrist (Art. 42 Abs. 2 StGB) seit dem Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 11. September 2002. Nach diesem Strafbefehl vom 1. September 2008 beging er die Widerhandlungen gegen das BetmG gemäss dem in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2010 (oben Bst. A).

E. 2.2

Die Vorinstanz setzt sich ausführlich mit den Kriterien zum Widerruf einer bedingten Strafe gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB , zur Strafzumessung und zu den Vollzugsmodalitäten der Strafe auseinander. Darauf kann verwiesen werden (Art. 109 Abs. 3 BGG). Insbesondere legt sie bei der Bestimmung der Strafe die Voraussetzungen des anwendbaren Rechts, der retrospektiven Konkurrenz sowie der Zusatzstrafe dar. Das wird vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt, weshalb darauf nicht einzugehen ist (vgl. BGE 137 IV 57 E. 4.3.1 mit Verweisung auf Urteil 6B_785/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.5; ferner BGE 132 IV 102 E. 8; 129 IV 113).

E. 2.3

Die Vorinstanz widerruft den bedingt ausgefallenen Teil der Geldstrafe vom 1. September 2008. Sie nimmt eine erhebliche Unbelehrbarkeit des Beschwerdeführers an. Trotz grundsätzlichen Geständnisses lasse sich nicht von echter Einsicht sprechen. Eine Gesamtwürdigung ergebe, dass weder Vorstrafen, laufende Probezeit und Strafuntersuchung, noch intakte Familienverhältnisse, gute Gesundheit, Entscheidungsfreiheit im Handeln und verbüsste Untersuchungshaft den Beschwerdeführer von weiteren Straftaten abhielten. Es sei eine schlechte Prognose zu stellen. Auch die mögliche Warnwirkung der neuen und zu vollziehenden Strafe ändere daran nichts (angefochtenes Urteil S. 34).

Diese Schlechtprognose (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.3) und damit der Widerruf verletzen kein Bundesrecht. Die Vorinstanz berücksichtigt dabei zutreffend auch die neue Strafe (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.5).

E. 2.4

Die Vorinstanz bezieht sich bei den Widerhandlungen gegen das BetmG zwar auf die Erwägungen des bezirksgerichtlichen Urteils (oben Bst. A), erkennt aber angesichts der an der Grenze zum schweren Fall liegenden Betäubungsmittelmengen (11,7 g) auf eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten. Sie erhöht diese Einsatzstrafe um die hypothetische Zusatzstrafe des Betrugs.

Bei der Strafzumessung zum Betrug führt sie aus, der Beschwerdeführer sei planmässig und zielgerichtet vorgegangen und habe die Rolle des zukünftigen Restaurantbesitzers über mehrere Wochen überzeugend gespielt. Als wichtige Grundlage habe ihm der als Strohmann abgeschlossene Mietvertrag gedient. Das setze einige kriminelle Energie voraus. Der Deliktsbetrag von Fr. 30'000.-- sei beträchtlich. Relativierend sei der Einfluss eines gewissen A. _____ zu berücksichtigen. Er habe nicht in einer finanziellen Notlage gehandelt. Bei der Täterkomponente falle einerseits das frühere Wohlverhalten und andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt der Vorstrafen ins Gewicht.

Am 11. September 2002 sei er wegen mehrfachen Diebstahls und Betrugs sowie Versuchs dazu zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt worden. Diese einschlägige Vorstrafe wirke strafferhöhend. Unter dem Gesichtspunkt des

Nachtatverhaltens wirke sein mehr oder weniger geständiges Verhalten trotz widersprüchlicher Aussagen leicht strafreduzierend. Reue gegenüber der Geschädigten sei nicht erkennbar. Um Rückerstattung des Darlehens habe er sich nicht bemüht. Er habe im Arbeitsmarkt wieder Fuss fassen können und lebe in einigermaßen guten finanziellen Verhältnissen. Er trage die Hauptlast für die Familie mit drei Kindern. Das könne aber keine besondere Strafempfindlichkeit begründen. Es sei den Strafen für schwere Delikte immanent, dass sie tief ins Leben der Bestraften eingreifen könnten. Das sei vom Gesetzgeber gewollt und könne keine besondere Strafempfindlichkeit begründen. Im Ergebnis sei für den Betrug eine Freiheitsstrafe von 11-11 ½ Monaten angemessen.

In der Folge setzt die Vorinstanz zur Strafe vom 3. August 2010 eine teilweise Zusatzstrafe fest. Dabei nimmt sie an, dass - wäre der im November 2006 begangene Betrug und die Betäubungsmitteldelikte gemäss Strafbefehl vom 1. September 2008 gleichzeitig zu beurteilen gewesen - sich in Beachtung des Asperationsprinzips (Art. 49 Abs. 1 StGB) eine (hypothetische) Zusatzstrafe von 13 Monaten gerechtfertigt hätte. Von dieser sei die Strafe der rechtskräftigen Verurteilung vom 1. September 2008 abzuziehen. Folglich belaufe sich die Zusatzstrafe für den Betrug, die als Teil der Gesamtstrafe auszufallen sei, auf 10 Monate Freiheitsstrafe. Unter Berücksichtigung der Einsatzstrafe von 11 Monaten für die nach dem 1. September 2008 begangenen Betäubungsmitteldelikte ergäben sich 21 Monate Freiheitsstrafe (worauf 3 Tage erstandener Untersuchungshaft anzurechnen seien). Für die mehrfache Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG sei zusätzlich eine Busse auszusprechen (angefochtenes Urteil S. 46).

E. 2.5

Gegen diese Strafzumessung wendet der Beschwerdeführer nichts Substanzielles ein. Die Verschuldenseinstufung ist nicht zu beanstanden. Die mehrfache Wiederhandlung gegen das BetmG liegt nahe dem mengenmässig qualifizierten schweren Fall (12 g; BGE 119 IV 180) mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. a BetmG in der alten Fassung). Das Verschulden der Betrugsstraftat wird als "nicht unerheblich" bewertet und entsprechend die Freiheitsstrafe bei einem Strafrahmen von bis zu 5 Jahren im Bereich von 10-11 Monaten "knapp im untersten Fünftel" des Strafrahmens festgesetzt (angefochtenes Urteil S. 42).

Bei der Festsetzung der Gesamtstrafe besteht keine Bindung an das frühere rechtskräftige Urteil bezüglich Strafart und Vollzugsmodalitäten (BGE 133 IV 150 E. 5.2.1). Die entsprechenden Vorbringen sind unbegründet. Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer angerufenen Rechtsprechung zur 18-Monate-Grenze ist anzumerken, dass gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB heute die Grenze bei 24 Monaten liegt. Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB war der bedingte Vollzug bis zu einem Strafmass von 18 Monaten Freiheitsstrafe möglich. Nach der in BGE 118 IV 337 begründeten Praxis hatte das Gericht diese 18-Monate-Grenze bei der Strafzumessung gemäss Art. 63 aStGB strafmindernd zu berücksichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fiel und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt waren. Diese Grenze lag bei 21 Monaten (zusammenfassend BGE 134 IV 17 E. 3.2). Diese Praxis wurde nicht ins neue Recht übernommen (BGE 134 IV 17 E. 3.6). Allerdings sind die einschneidenden Folgen des unbedingten Vollzugs auch unter neuem Recht in die Würdigung mit einzubeziehen (BGE 134 IV 17 E. 3.4-3.6). Das hat die Vorinstanz getan.

E. 2.6

Der bedingte Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB kommt objektiv nicht in Betracht. Denn der Beschwerdeführer ist innerhalb der Fünfjahresfrist von Art. 42 Abs. 2 StGB mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft worden (oben Ziff. 2.1). Damit setzt ein bedingter Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB subjektiv "besonders günstige Umstände" voraus. Solche verneint die Vorinstanz zutreffend. Für eine teilbedingte Strafe gemäss Art. 43 StGB muss eine begründete Aussicht auf Bewährung bestehen. Die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB gelten auch für Art. 43 StGB. Bei einer Schlechtprognose ist der teilweise Aufschub nicht gerechtfertigt (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1). Die Vorinstanz verletzt mit dem Ausschluss des bedingten wie des teilbedingten Vollzugs (angefochtenes Urteil S. 48) kein Bundesrecht.

E. 3

Der Beschwerdeführer macht im Sinne des so genannten "Verteidigerdilemmas" geltend, dass der Verteidiger grundsätzlich nicht "eventuell" zum Strafpunkt plädieren könne, wenn er im Hauptstandpunkt Freispruch beantrage. Ein Eventualantrag müsse dem Gericht als unglaubwürdig erscheinen und schwäche den Hauptantrag. Sollten die diesbezüglichen Ausführungen "(zu) knapp" ausgefallen sein, dürfe sich das nicht zu seinem Nachteil auswirken.

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass und inwiefern sich sein Eventualantrag nachteilig ausgewirkt haben sollte. Eventualanträge sind in Prozessrecht und Praxis üblich und anerkannt (vgl. Urteil 6B_172/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 1 und 2).

E. 4

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Zwar entschied die Vorinstanz abweichend vom Bezirksgericht. Angesichts der vorinstanzlichen Begründung konnten aber keine Zweifel an der Bundesrechtskonformität des angefochtenen Urteils aufkommen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abzuweisen (Art. 64 BGG). Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 und Art. 66 Abs. 1 BGG).

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