

# **BGer 6P.127/2006 vom 20. Oktober 2006**

Bundesgericht, 2006-10-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.127\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.127_2006)

FR: TF 6P.127/2006 du 20 octobre 2006

IT: TF 6P.127/2006 del 20 ottobre 2006

## **Regeste**

Art. 9 und 32 BV sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK (Strafverfahren; Willkür, Unschuldsvermutung) | Verfahren

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die staatsrechtliche Beschwerde ist nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann ( Art. 84 Abs. 2 OG ). Mit seinen Ausführungen zur Opfermitverantwortung, zum fehlenden Irrtum und zum Begriff der Arglist macht der Beschwerdeführer Verletzungen von Bundesrecht geltend, was mit Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen ist ( Art. 269 Abs. 1 BStP ). Auf die Rügen ist insoweit nicht einzutreten.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) und der Unschuldsvermutung ( Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK ). Es seien Schreiben zweier Rechtsanwälte aktenkundig, aus welchen hervorgehe, dass A. \_\_\_\_\_ vor Geschäften mit dem Beschwerdeführer gewarnt worden sei. Die Nichtbeachtung dieser entlastenden Schreiben sei ebenso willkürlich wie die Annahme einer vorvertraglichen Verbindung des Beschwerdeführers zu B. \_\_\_\_\_. Ferner könne der Umstand, dass der Beschwerdeführer früher Polizist gewesen sei, den Investitionsentscheid A. \_\_\_\_\_s nicht beeinflusst haben, zumal dieser davon nach eigenen Angaben erst im Nachhinein erfahren habe.

### **E. 2.2**

Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ist in der Beschwerdeschrift darzulegen, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Rügt der Beschwerdeführer Willkür in der Tatsachenfeststellung, so genügt es nicht, in rein appellatorischer Kritik des angefochtenen Entscheids darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach richtigerweise zu würdigen gewesen wären. Es gilt vielmehr aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid schlechterdings unhaltbar ist ( BGE 129 I 113 E. 2.1 ; 127 I 38 E. 3c und 4 ; 125 I 492 E. 1b; 110 Ia 1 E. 2a). Willkürlich ist eine Tatsachenfeststellung erst, wenn der Richter den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkennt, wenn er ein solches ohne ernsthafte Gründe ausser Acht lässt, obwohl es erheblich ist, und schliesslich, wenn er aus getroffenen Beweiserhebungen unhaltbare Schlüsse zieht ( BGE 129 I 8 E. 2.1). Die gerügte Verletzung der Unschuldsvermutung als Beweiswürdigungsregel hat keine selbständige Bedeutung neben der Willkürüge (vgl. BGE 120 Ia 31 E. 2c und d).

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern das kantonsgerichtliche Urteil im beschriebenen Sinne unhaltbar sein soll. Mit der Nichtberücksichtigung der anwaltlichen Schreiben und der angeblich falschen Berücksichtigung seiner beruflichen Vergangenheit bringt der Beschwerdeführer lediglich Umstände vor, die zusätzlich oder anders hätten gewürdigt werden sollen. So lässt sich Willkür nicht begründen. Die Ausführungen zur vorvertraglichen Verbindung zu B.\_\_\_\_\_ gehen an der Sache vorbei, zumal das Kantonsgericht eine solche gerade offengelassen hat. Zusammenfassend erfüllt die Beschwerde die Begründungsanforderung nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG nicht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. II. Nichtigkeitsbeschwerde von X.\_\_\_\_\_ (6S.272/2006)

### **E. 3.1**

Soweit der Beschwerdeführer einen Freispruch und damit mehr verlangt als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ist auf sein Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. Art. 277ter Abs. 1 BStP ; BGE 129 IV 276 E. 1.2).

### **E. 3.2**

Im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde sind Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheids richten, und das Vorbringen neuer Tatsachen unzulässig ( Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP ). Soweit der Beschwerdeführer von den vorinstanzlichen Feststellungen abweicht oder von der Vorinstanz bewusst offengelassene tatsächliche Feststellungen mit eigenen Behauptungen ergänzt (z.B. hinsichtlich der Finanzexpertise und Vertrauensstellung von B.\_\_\_\_\_, Warnungen durch Anwälte, Wissen um Berufsvergangenheit), ist auf seine Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 146 Abs.1 StGB . Bei richtiger Berücksichtigung der Opfermitverantwortung hätte die Arglist der Täuschung verneint werden müssen. Der Entscheid, einen Teil des Lottogewinns zur Wertvermehrung einzusetzen, habe bereits vor Abschluss des Geschäfts mit dem Beschwerdeführer festgestanden. Ein vorbestehender Risikowille von A.\_\_\_\_\_ sei deshalb ausgewiesen. Zudem sei er von der unabhängigen Versicherungsvermittlerin B.\_\_\_\_\_ beraten worden. Schliesslich hätte A.\_\_\_\_\_ die vorgetäuschten Tatsachen ohne Weiteres überprüfen können, etwa durch Einholen eines Handelsregisterauszugs oder einer schriftlichen Vollmacht.

### **E. 4.2**

Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugs u.a. schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

#### **E. 4.2.1**

Den Tatbestand erfüllt nur die arglistige Täuschung. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt. Nach der Rechtsprechung ist Arglist unter anderem gegeben, wenn der Täter zur Täuschung eines

andern ein ganzes Gebäude von raffiniert aufeinander abgestimmten Lügen errichtet oder wenn er sich besonderer Machenschaften bedient, d.h. den andern durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren täuscht ( BGE 128 IV 18 E. 3a; 122 IV 197 E. 3d, je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.2**

Nach der neueren Rechtsprechung ist das Kriterium der Überprüfbarkeit nicht nur bei einfachen falschen Angaben, sondern auch bei Lügengebäuden und besonderen Machenschaften unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung von Bedeutung. Danach ist bei der Prüfung der Arglist nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, beispielsweise die besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Getäuschten. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist aber für die Erfüllung des Betrugstatbestands nicht erforderlich, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen trifft. Entscheidend ist nicht, ob der Betroffene alles vorgekehrt hat, um den Irrtum zu vermeiden. Arglist scheidet lediglich aus, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit ( BGE 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a m.H.).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass sich der in Finanzangelegenheiten unerfahrene A. \_\_\_\_\_ über ein vermeintlich bevorstehendes Investment täuschen liess. In Bezug auf die Arglist der Täuschung führt sie aus, dass der Beschwerdeführer als Direktor der beiden beteiligten Aktiengesellschaften zusammen mit Funktionären aufgetreten sei, das Investment vorgestellt und den Vertrag mitunterzeichnet habe. Ferner habe der sprachlich verwirrende Vertrag unter anderem eine Konventionalstrafe, ein Stillschweigeabkommen und den Einbezug einer Bankgarantie umfasst und dadurch zumindest auf den ersten Blick eine gewisse Professionalität vorgespiegelt. Auch der Beizug und die unterschriftliche Bestätigung zweier Zeugen seien darauf ausgerichtet gewesen, bei A. \_\_\_\_\_ ein Gefühl von Sicherheit aufkommen zu lassen und allfällige Zweifel zu zerstreuen. Angesichts dieser organisatorischen und personellen Vorkehren des Beschwerdeführers sowie seiner Inszenierung als professioneller und in Investitionsgeschäften gewandter Geschäftsmann und Direktor verschiedener Firmen, ist die Vorinstanz zu Recht von betrügerischen Machenschaften resp. von einem eigentlichen Lügegebäude ausgegangen. Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung geht die Vorinstanz von A. \_\_\_\_\_s völliger Unerfahrenheit mit Finanzanlagen aus, was sie mit dessen Alter und Ausbildung begründet. Er habe sich deshalb von der aus seiner Sicht erfahrenen B. \_\_\_\_\_ beraten lassen und somit die nötigen Vorsichtsmassnahmen getroffen. Das ausgebliebene Nachfragen zu den Geschäftshintergründen könne A. \_\_\_\_\_ nicht als Mitverantwortung vorgeworfen werden, zumal der Beschwerdeführer jegliche Hintergrundinformationen verweigert und das Geschäft als zeitlich dringlich dargestellt habe, um der Einholung derartiger Informationen zuvorzukommen. In Bezug auf die Risikobereitschaft hebt die Vorinstanz zutreffend hervor, dass Investoren auch bei Spekulationsgeschäften den strafrechtlichen Schutz nicht verlieren. A. \_\_\_\_\_ sind seine Unerfahrenheit, seine überdimensionierten Gewinnvorstellungen und seine unglücklich gewählte Beraterin zum Verhängnis geworden.

Gerade weil er aber Beraterdienste in Anspruch nahm, kann ihm nicht vorgeworfen werden, grundlegendste Vorsichtsmassnahmen unterlassen zu haben. Weitergehende Überprüfungs Pflichten bestanden nicht. Zusammenfassend sind die vorinstanzlichen Ausführungen zur Vermeidbarkeit des Irrtums und zur Eigenverantwortung A. \_\_\_\_\_s nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist abzuweisen. III. Kosten- und Entschädigungsfolgen Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer stellt für beide Verfahren Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Da seine Begehren von vornherein aussichtslos waren, sind seine Gesuche abzuweisen ( Art. 152 OG ), und er hat die Verfahrenskosten zu tragen ( Art. 278 Abs. 1 BStP ). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Gebührenfestsetzung Rechnung zu tragen. IV. Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft (6S.264/2006)

## **E. 5**

Gemäss der Beschwerdeführerin wurden Art. 63, 67 und 68 Ziff. 2 StGB verletzt durch Ausfällung einer unverhältnismässig milden Zusatzstrafe. Der Beschwerdegegner sei durch die getrennte Beurteilung besser gestellt worden. Ferner habe die Vorinstanz den Rückfall und die Delinquenz während laufender Probezeit nur der Grundstrafe nicht auch der Zusatzstrafe zugrunde gelegt. Gleichzeitig seien dem Beschwerdegegner jedoch das weite Zurückliegen der Tat und seine Strafempfindlichkeit zugute gehalten worden. Diese ungleiche Anwendung von Strafzumessungsregeln verletze Bundesrecht. Weiter sei die objektive Tatschwere angesichts des hohen Deliktsbetrags falsch gewichtet worden. Auch wenn die Strafe nicht linear mit dem Deliktsbetrag steige, so seien CHF 1,1 Mio auch nach Art. 63 StGB nicht derart unwesentlich, dass eine Zusatzstrafe von lediglich 9 Monaten angemessen sei. Im Urteil vom 29. November 2004 sei bei wesentlich geringerem Deliktsbetrag bereits eine 3 1/4-jährige Freiheitsstrafe ausgesprochen worden. Unverhältnismässig tief sei die ausgefällte Zusatzstrafe schliesslich auch angesichts der theoretisch möglichen Höchststrafe von 15 Jahren Zuchthaus.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die erstinstanzlich ausgefällte Zusatzstrafe von 3 Jahren offensichtlich unter dem Eindruck des erheblichen Deliktsbetrags zustande gekommen sei. Eine über sechsjährige Gesamtstrafe sei jedoch weit übersetzt. Bei gleichzeitiger Beurteilung aller Straftaten wäre eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als vier Jahren ausgefällt worden, woraus sich die neunmonatige Zusatzstrafe ergebe.

### **E. 5.2**

Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt er die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären ( Art. 68 Ziff. 2 StGB ). Der Beschwerdegegner hat den Betrug im Jahre 2001 begangen und damit vor der auf Freiheitsstrafe erkennenden Verurteilung vom 29. November 2004. Die Vorinstanz geht deshalb zu Recht davon aus, dass in Anwendung von Art. 68 Ziff. 2 StGB eine Zusatzstrafe auszufällen ist. Liegt wie hier ein Anwendungsfall von Art. 68 Ziff. 2 StGB vor, hat der Richter die Strafe auszufällen, die ausgesprochen worden wäre, wenn sämtliche strafbaren Handlungen gleichzeitig zur Beurteilung gestanden hätten. Die neu zu beurteilenden

Straftaten sind also mit den bereits beurteilten als ein Ganzes zu betrachten. Der Richter hat nach seinem Ermessen und unter Berücksichtigung sämtlicher strafscharfenden, -mildernden, -erhöhenden und -mindernden Faktoren für alle zu beurteilenden Strafen eine Gesamtstrafe festzulegen und deren Höhe explizit zu beziffern (vgl. BGE 118 IV 119, s.a. Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar StGB I, Art. 63 N. 147). Davon hat er die Dauer der in den rechtskräftigen Entscheidungen ausgefallenen Strafen in Abzug zu bringen. Die Differenz ist die Zusatzstrafe (BGE 129 IV 113 E. 1.1; 109 IV 90 E. 2d; Bundesgerichtsentscheidung 6S.62/2006 vom 28. März 2006, E. 4 f.; und 6S.442/2000 vom 23. Februar 2001, E. 2a).

### **E. 5.3**

Die Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz basiert somit auf einer gesamthaften Betrachtung aller Straftaten. Soweit die Staatsanwaltschaft dies übersieht, gehen ihre Einwände fehl. Es geht nicht an, die Angemessenheit der Zusatzstrafe für sich zu betrachten unter Verweis auf die mögliche Maximalstrafe und den hohen Deliktsbetrag, der dem zusätzlich zu beurteilenden Delikt zugrunde liegt. Solche losgelösten Betrachtungen führen zu genau den Schlechterstellungen, die Art. 68 Ziff. 2 StGB verhindern will. Nicht angängig ist auch der Urteilsvergleich in Bezug auf die Strafhöhe und Tatschwere. Alle Straftaten sind unter der Fiktion gleichzeitiger Beurteilung zu gewichten, und weil Art. 68 Ziff. 1 StGB das für den Täter günstige Asperationsprinzip zugrunde liegt, wirkt sich jede zusätzliche Straftat nur unterproportional erschwerend aus. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ergibt sich aus der Formulierung der Vorinstanz, wonach die Delinquenz während laufender Strafuntersuchung und der Rückfall bereits berücksichtigt worden seien, auch nicht, dass diese Umstände nur bei der Bemessung der Grundstrafe miteingeflossen sind. Vielmehr hat die Vorinstanz im Ergebnis richtig erkannt, dass die Strafzumessungsfaktoren bei der Gesamtstrafenbildung gerade nicht separat für Grund- und Zusatzstrafe, sondern gesamthaft zu bewerten sind. Auch wenn die daraus resultierende Zusatzstrafe sehr milde erscheinen mag, liegt die Einschätzung, dass eine mehr als sechsjährige Gesamtstrafe übersetzt, eine vierjährige hingegen angemessen sei, noch im vorinstanzlichen Ermessen. Die Einwände der Staatsanwaltschaft erweisen sich somit als unbegründet und ihre Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 6**

Unterliegt der öffentliche Ankläger, so werden keine Kosten auferlegt (Art. 278 Abs. 2).

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