

# GR\_GERICHTE SB 2008 11 vom 26. Juni 2008

GR Gerichte, 2008-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SB 2008 11](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SB_2008_11)

FR: GR\_GERICHTE SB 2008 11 du 26 juin 2008

IT: GR\_GERICHTE SB 2008 11 del 26 giugno 2008

## Regeste

Vermögen

## Erwägungen

### E. 2

A. A. wuchs in Q. und R. auf. Nach dem Besuch der Primar- und Sekundarschule absolvierte er bei der Firma H. AG in S. eine kaufmännische Lehre. In der Folge war er bis 1990 als Buchhalter im Lehrbetrieb tätig. Nach einem einjährigen Stage bei der I. in T. arbeitete er während zweier Jahre bei der Firma J. in U. als Software-Supporter. Von Juni 1993 bis Ende November 2005 war der Angeklagte kaufmännischer Leiter und als solcher Mitglied der Geschäftsleitung der K. AG. Nach einer kurzfristigen selbständigen Tätigkeit trat er am 1. Juni 2006 als Verkäufer für IT-Infrastruktur in den Dienst der Firma L., U.. Bei dieser Firma verdient er im Monat etwa Fr. 7'000.-- netto. Der Angeklagte schätzt seine Schulden auf ungefähr Fr. 550'000.--, Hypothekenschulden nicht eingeschlossen. Der am 8. Juni 2006 gegen A. eröffnete Konkurs wurde mit Entscheid des Bezirksgerichts Landquart vom 27. März 2008 zufolge Zustandekommens eines Nachlassvertrages widerrufen. A. ist verheiratet und Vater zweier Kinder im Alter von vier und sieben Jahren. Er ist nicht vorbestraft und geniesst einen guten Leumund. B. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 24. September 2007 wurde A. wegen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB angeklagt. Der Anklage liegt gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 24. September 2007 folgender Sachverhalt zu Grunde: „Der Angeklagte war von Juni 1993 bis November 2005 kaufmännischer Leiter der K. AG und als solcher Mitglied der Geschäftsleitung. Zu seinem Aufgabenkreis gehörten u.a. das Personal, der Einkauf und Verkauf von Rohmaterial, das Controlling sowie die Stellvertretung des Geschäftsführers B., dessen vollstes Vertrauen er aufgrund seiner langjährigen Mitarbeit genoss. Die Kündigung dieser Anstellung erfolgte durch A. mit der Absicht, eine eigene Unternehmung im Y.-Handel aufzubauen. Diese Unternehmung – die Einzelfirma M. – sollte u.a. Roheisen aus dem Ausland an Firmen in der Schweiz weiterverkaufen. Um dem Angeklagten den Start in die Selbständigkeit zu erleichtern, bestellte B. für die K. AG bei diesem bereits Ende Oktober 2005 160 Tonnen Hämatit-Roheisen für Fr. 76'800.--. Am 3. November 2005 täuschte A. der K. AG vorsätzlich und arglistig vor, dem Lieferanten des Roheisens die erforderliche Liquidität sofort nachweisen zu müssen, und verlangte die sofortige Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises. Durch diese kaum überprüfbaren Behauptungen und unter Ausnutzung des Vertrauens seines damaligen Arbeitgebers erwirkte er die Überweisung der Fr. 76'800.-- noch am selben Tag. A. verwendete den erwähnten Geldbetrag gemäss der bereits im Voraus gefassten Absicht aber nicht für den Ankauf des bestellten Roheisens, sondern zur Tilgung privater Schulden. Noch am 3. November 2005 bezog der Angeklagte von seinem Konto bei der N. Fr. 51'000.--

### **E. 3**

Dafür wird er ausserdem mit einer Busse von CHF 1500.00 be-  
straft. Die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse beträgt 15 Tage. Sie tritt an die Stelle der Busse, soweit A. die Busse nicht bezahlt.

### **E. 4**

Die Kosten des Verfahrens von CHF 4'030.00 (Untersuchungs-  
kosten der Staatsanwaltschaft Graubünden CHF 2030.00, Ge-  
richtskosten CHF 2'000.00) gehen zu Lasten des Verurteilten. A. schuldet dem Bezirksgericht Plessur folglich Total CHF  
5'530.00 (Busse: 1500.00; Verfahrenskosten: CHF 4'030.00). Die-  
ser Betrag ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils auf das PC-Konto 70-3596-3 des Bezirksgerichtes Plessur  
zu überwei- sen.

### **E. 5**

(Rechtsmittelbelehrung).

### **E. 6**

kommen sei. In diesem Sinne könne davon ausgegangen werden, dass A. gegenü-  
ber seinem ehemaligen Arbeitgeber den Schaden wieder gut gemacht habe. E. Die  
Staatsanwaltschaft Graubünden verzichtete mit Schreiben vom 5. Mai 2008 auf die  
Einreichung einer Stellungnahme. Ebenso verzichtete der Bezirks-  
gerichtsausschuss Plessur mit Schreiben vom 14. Mai 2008 auf eine Vernehmmlas-  
sung. F. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Urteil sowie in der Berufungsschrift wird, soweit  
erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen ein-  
gegangen. Der Kantonsgerichtsausschuss zieht in Erwägung : 1. Gegen Urteile der  
Bezirksgerichtsausschüsse können der Verurteilte und der Staatsanwalt beim  
Kantonsgerichtsausschuss Berufung erheben (Art. 141 Abs. 1 StPO). Dazu ist die Berufung  
innert zwanzig Tagen seit der schriftlichen Eröffnung des angefochtenen Entscheides  
einzureichen; sie ist zu begründen und hat darzutun, welche Mängel des erstinstanzlichen  
Entscheides gerügt werden und ob das ganze Urteil oder lediglich Teile davon angefochten  
werden (Art. 142 Abs. 1 StPO). Diesen Anforderungen vermag die vorliegende Berufung  
grundsätzlich zu genügen. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist daher  
einzutreten. 2. Für das Berufungsverfahren ist zu beachten, dass dem Kantonsge-  
richtsausschuss als Berufungsinstanz grundsätzlich eine umfassende, uneinge-  
schränkte Kognition - auch mit Bezug auf Ermessensfehler, bei deren Prüfung er sich aber eine  
gewisse Zurückhaltung auferlegt - zukommt (Art. 146 Abs. 1 StPO). Er überprüft das  
vorinstanzliche Urteil grundsätzlich jedoch nur im Rahmen der in der Berufung oder  
Anschlussberufung gestellten Anträge. Wenn die Aktenlage die Beurteilung zulässt und  
keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt oder der Mangel geheilt ist, entscheidet  
der Kantonsgerichtsausschuss in der Sache selber (Art. 146 Abs. 2 StPO e contrario), eine  
Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme (Padrutt, Kommentar zur  
Strafprozessordnung des Kantons Graubün- den, 2. Auflage, U. 1996, S. 375 f.). 3. Der  
Kantonsgerichtspräsident kann eine mündliche Verhandlung von sich aus oder auf Antrag  
der Parteien anordnen, wenn die persönliche Befragung des Berufungsklägers für die  
Beurteilung der Streitsache wesentlich ist (Art. 144 Abs. 1 StPO). Findet keine mündliche  
Verhandlung statt, so trifft der Kantonsge-

### **E. 7**

richtsausschuss seinen Entscheid ohne Parteivortritt aufgrund der Akten (Art. 144 Abs. 3 StPO). Der Angeschuldigte in einem Strafverfahren hat aber unabhängig von der kantonalen Verfahrensordnung gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich gehört wird. Das Gebot der Verfahrensöffentlichkeit unter dem Vorbehalt von Art. 107 StPO gilt dem Grundsatz nach nicht nur für das erstinstanzliche Strafverfahren, sondern erstreckt sich auf die Gesamtheit eines Strafverfahrens inklusive des gesamten Rechtsmittelweges, somit auch auf das Berufungsverfahren gemäss Art. 141 ff. StPO. Der Betroffene kann auf die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung von sich aus verzichten. Voraussetzung eines wirksamen Verzichts ist, dass er ausdrücklich erklärt wird oder sich aus dem Stillschweigen des Betroffenen eindeutig ergibt. - Der Berufungskläger hat im vorliegenden Fall nicht die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung verlangt, obwohl er anwaltlich vertreten ist. Daraus darf auf einen wirksamen Verzicht geschlossen werden. Es besteht aber auch kein Grund, dass das urteilende Gericht von sich aus (vgl. dazu Art. 144 Abs. 1 StPO) eine mündliche Berufungsverhandlung anordnet, nachdem die Vorinstanz öffentlich verhandelt hat, bezüglich des strittigen Sachverhalts keine zusätzlichen Aufschlüsse von einer mündlichen Verhandlung zu erwarten sind, eine reformatio in peius ausgeschlossen ist und sich ferner im vorliegenden Fall keine Fragen zur Person und zum Charakter des Berufungsklägers stellen, die sich nicht mit genügender Hinlänglichkeit aufgrund der Akten beantworten lassen. Zudem steht einem nichtöffentlichen Verfahren kein öffentliches Interesse entgegen (vgl. BGE 119 Ia 316 E 2b; Art. 107 StPO; ZGRG 2/99, S. 46; ZR 99/2000 Nr. 36). Die streitige Strafsache kann somit gestützt auf die vorliegenden Akten sachgerecht entschieden werden. Ein persönliches Vortreten des Berufungsklägers ist daher nicht notwendig. 4. Nach Art. 146 Abs. 1 StGB ist wegen Betruges strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irreden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt. Der Betrug enthält somit fünf Tatbestandsmerkmale, nämlich die arglistige Täuschung, den Irrtum des Getäuschten, eine Vermögensdisposition durch den Getäuschten, einen Vermögensschaden sowie die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung. In der Folge ist nun zu untersuchen, ob A. mit seinem Verhalten sämtliche dieser Tatbestandsmerkmale erfüllt hat, wie es ihm die Staatsanwaltschaft Graubünden vorwirft, oder nicht. 5. Als erstes objektives Tatbestandsmerkmal verlangt Art. 146 Abs. 1 StGB eine Täuschung, die arglistig sein muss.

## **E. 8**

a) Täuschung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen, sei es durch Wort, durch Schrift, durch Gesten oder durch konkludentes Verhalten. Gegenstand der Täuschung müssen Tatsachen sein, das heisst objektiv feststehende Geschehnisse oder Zustände. Zu den Tatsachen gehören auch sogenannte innere Tatsachen, wie der Zahlungswille. Art. 146 Abs. 1 StGB erfasst jedoch nicht jede Täuschung, nicht jede List, sondern nur Arglist. Eine bloss falsche Angabe, welche ohne besondere Mühe auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden kann, vermag daher den Tatbestand des Betruges nicht zu erfüllen (vgl. zum Beispiel BGE 128 IV 18 E 3a, mit Hinweisen). Arglist liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich täuschender Machenschaften bedient. Ein Lügengebäude besteht aus mehreren Lügen, die

derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt. Ist dies nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt wie auch die falschen Tatsachen für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (BGE 119 IV 28 E 3c). Als besondere Machenschaften gelten Erfindungen und Vorkehren sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe geeignet sind, das Opfer irrezuführen. Machenschaften sind eigentliche Inszenierungen; sie bestehen aus einem ganzen System von Lügen und setzen damit gegenüber einer blossen Summierung von Lügen höhere Anforderungen an die Vorbereitung, Durchführung und Wirkung der Täuschungshandlung voraus. Sie sind gekennzeichnet durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität (BGE 122 IV 197 E 3d. mit Nachweisen). Daneben kann aber auch schon eine einfache Lüge arglistig sein, wenn sie nicht oder nur mit besonderer Mühe auf ihre Richtigkeit überprüft werden kann, wenn der Täter den Getäuschten absichtlich von der Überprüfung seiner Angaben abhält, wenn dem Getäuschten eine Überprüfung nicht zumutbar ist oder wenn der Täter aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder aufgrund klarer Regeln beziehungsweise Zusicherungen voraussieht, dass der Getäuschte eine Überprüfung unterlassen wird (BGE 125 IV 124 E 3; BGE 122 IV 246 E 3a, je mit Hinweisen).

b) Mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist verleiht das Gesetz dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung wesentliche Bedeutung. Danach ist bei der Prüfung der Arglist nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf

## E. 9

abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit der Täter diese kennt und ausnützt. Abzustellen ist somit auf die konkrete Schutzbedürftigkeit des Opfers. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist für die Erfüllung des Tatbestandes indes 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 dann 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 126 IV 165 E 2a; 122 IV 197 E 3d; 122 IV 246 E 3a; 119 28 E 3). Wie das Bundesgericht unlängst festgestellt hat, bleibt die zur Straflosigkeit des Täters führende Eigenverantwortung des Opfers die Ausnahme, selbst wenn es sich bei der Betrugsgeschädigten um eine Bank handelt (Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007, 6S.219/2006, Erw. 3.4; kritisch zur Alleinverantwortung des Opfers auch Arzt, Basler Kommentar, Rz 59 zu Art. 146 StGB). Nach allgemeinen Zurechnungsregeln schliesst das Selbstverschulden des Opfers den Tatbestand nur aus, wenn die vom Opfer zu vertretende Leichtfertigkeit das Verhalten des Täters in den Hintergrund rückt (BGE 124 IV 34 E 2a; 122 IV 17 E 2c). Denn die Strafbarkeit wird durch das Verhalten des Täuschenden begründet und nicht durch jenes des Getäuschten, der im Alltag seinem Geschäftspartner nicht wie einem mutmasslichen Betrüger gegenüberzutreten muss (Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006, 6S.168/2006, E 2.3). c) Vorliegend nun bestreitet A., dass es überhaupt zu einer Täuschung gekommen sei. Er habe sehr wohl Kontakt mit einem

Lieferanten gehabt, der auch Vorauszahlung verlangt habe, weshalb seine Informationen an B. der Wahrheit ent- sprochen hätten. Dieser Sichtweise kann nicht zugestimmt werden. Aus den Akten geht zwar hervor, dass A. im Jahre 2005 offenbar tatsächlich mit der P. Holding GmbH, V., Verhandlungen über mögliche Roheisenlieferungen geführt hat (vgl. das Bestätigungsschreiben von E., vorinstanzliche Akten, act. 12). Das Bestätigungs- schreiben dieser Firma ist jedoch sehr allgemein gehalten. Insbesondere ist daraus nicht zu entnehmen, dass A. anfangs November 2005 tatsächlich eine konkrete Be- stellung bei der P. Holding GmbH tätigen wollte und in diesem Zusammenhang seine Bonität nachwies. Vielmehr wird gerade bestätigt, dass es zu keiner Zusam- menarbeit kam, weil die Forderung betreffend Vorauszahlung von eventuellen Be- stellungen nicht erfüllt werden konnte. Gegenüber B. hat er jedoch behauptet, er müsse seine Bonität nachweisen. Mit diesem Argument hat er seinen Wunsch, die

### **E. 10**

Auszahlung einen Tag vorzuverschieben, begründet (vgl. untersuchungsrichterliche Konfronteinvornahme vom 19. September 2007, act. 4.42, S. 2). Aufgrund dieser zeitlichen Dringlichkeit, die A. geltend machte, musste und durfte B. davon ausge- hen, dass A. die Bonität sofort nachweisen musste. Und dies entsprach gemäss Aktenlage nicht den Tatsachen. A. hat B. mithin sehr wohl getäuscht, nämlich zum einen darüber, dass die Bonität in jenem Zeitpunkt nachgewiesen werden musste, und zum andern über die zeitliche Dringlichkeit. Daneben hat er B. aber auch über den Verwendungszweck des Geldes getäuscht. Aufgrund der Aussagen von A. durfte B. davon ausgehen, dass A. das Geld für den Nachweis seiner Bonität und den anschliessenden Kauf von Roheisen verwenden würde. A. hat jedoch gegenü- ber der Polizei bereits in seiner ersten Einvernahme ausgesagt, er habe schon bei Vertragsschluss gewusst, dass er das Geld für private Zwecke verwenden werde (polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 3 Mitte; an dieser Stelle sei ein Hinweis auf die Anmerkung in der Berufungsschrift erlaubt, erfah- rungsgemäss seien die zu Beginn der Untersuchung deponierten Aussagen richtig). Auch wenn A. in der gleichen Einvernahme sofort angefügt hat, das Geld sei für ihn nur zur Überbrückung gedacht gewesen, da er davon ausgegangen sei, erst im Juni 2006 liefern zu müssen, so hat er B. doch über den geplanten Verwendungszweck getäuscht, indem er diesem erklärte, er müsse gegenüber einem Lieferanten sofort seine Bonität nachweisen (was er nachweislich nicht tat, da er ja diesbezüglich kein Roheisen bestellte). Die Täuschung ist mithin zu bejahen. Lediglich nebenbei sei erwähnt, dass entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid die Tatsa- che, dass die Auszahlung aufgrund der Behauptungen von A. einen Tag früher er- folgte, als zunächst geplant, keinen entscheidenden Einfluss auf die Täuschung hat. Denn auch wenn die Auszahlung wie zunächst vorgesehen am 4. November 2005 vorgenommen worden wäre, hätte A. B. über den Umstand, dass er die Bonität in diesem Zeitpunkt nachweisen musste, sowie insbesondere über den geplanten Ver- wendungszweck getäuscht. d) Steht fest, dass eine Täuschung erfolgte, so stellt sich die Frage, ob diese Täuschung arglistig war. Es ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Erläuterun- gen, dass sich A. gemäss Aktenlage weder eines Lügengebäudes noch besonderer Machenschaften bedient hat, um B. zu täuschen. Insofern ist den Ausführungen in der Berufungsschrift zuzustimmen. Daneben kann aber – wie bereits einlässlich ausgeführt und entgegen der Auffassung in der Berufungsschrift – auch eine einfa- che Lüge Arglist begründen, wenn sie bestimmte Anforderungen erfüllt. Unter an- derem ist eine einfache Lüge arglistig, wenn der Täter voraussieht, dass das Opfer aufgrund eines bestehenden, besonderen

Vertrauensverhältnisses seine Angaben

#### **E. 11**

nicht überprüfen wird. Sowohl A. als auch B. haben in den Einvernahmen wiederholt und übereinstimmend ausgesagt, dass ihr Verhältnis während der ganzen Dauer der Anstellung sehr gut gewesen sei (act. 4.3, S. 1; act. 4.4, S. 1; act. 4.36, S. 1; act. 4.37, S. 2 Mitte; act. 4.42, S. 4 f.). Dies wird auch in einem Bericht von A. vom

#### **E. 16**

Zudem ist er Geschäftsführer der K. AG. Er war mithin berechtigt, Zahlungen aus dem Vermögen derselben vorzunehmen. Durch die Zahlung hat sich das Vermögen der K. AG offensichtlich verringert. B. hat mithin eine Vermögensdisposition zu Lasten der K. AG vorgenommen. Dies tat er zudem, weil er davon ausging, A. müsse einem Lieferanten gegenüber seine Bonität nachweisen und werde anschliessend mit dem Geld Roheisen einkaufen. Sowohl Kausalzusammenhang als auch Motivationszusammenhang sind daher zu bejahen. Und schliesslich sind aufgrund der Akten auch keine Anzeichen ersichtlich, dass B. die Vorüberweisung auch vorgenommen hätte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte. Zwar hat B. seinem Arbeitnehmer verschiedentlich Darlehen gewährt. Jedoch waren dies offenbar Privatdarlehen von B.. Dafür spricht die Tatsache, dass sich B. nach eigener Aussage um die Rückzahlung dieser Darlehen nie gekümmert hat (polizeiliche Einvernahme von B. vom 7. November 2006, act. 4.3, S. 4). Aufgrund der Akten kann daher nicht davon ausgegangen werden, B. hätte A. das Geld der K. AG auch überwiesen, wenn er gewusst hätte, wozu dieser das Geld verwendet. A. macht dies denn auch weder in seinen Einvernahmen noch in der Berufungsschrift geltend; er äussert sich in der Berufung vielmehr gar nicht zur Frage der Vermögensdisposition. Das Tatbestandsmerkmal der Vermögensdisposition ist offensichtlich erfüllt, wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausging. 8. Als letztes objektives Tatbestandsmerkmal nennt Art. 146 Abs. 1 StGB den Vermögensschaden. Das Vermögen besteht nach dem sogenannten wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff aus allen rechtlich geschützten Gütern einer Person, welchen im Wirtschaftsleben ein Wert beigemessen wird. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der effektiven Gesamtvermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage unter der Annahme, dass die Erklärung des Täters wahr war. Die Schädigung kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im Entgehen von Gewinn – sofern der Geschädigte auf diesen einen Rechtsanspruch hat – bestehen. Als Schädigung im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB genügt jede Beeinträchtigung des Vermögens, auch wenn sie bloss vorübergehend ist – späterer Ersatz schliesst Betrug daher nicht aus (BGE 105 IV 104; 102 IV 88; 80 IV 158). – B. hat eine Zahlung aus dem Vermögen der K. AG vorgenommen. Dadurch wurde dieses Vermögen verringert. A. wiederum hat erklärt, er müsse einem Lieferanten seine Bonität sofort nachweisen können. Wäre diese Behauptung zutreffend gewesen, so hätte A. eine Bestellung vorgenommen (denn nur in diesem Zusammenhang wäre ein Nachweis der Bonität überhaupt notwendig geworden) und wäre in der Lage gewesen, der K. AG wie vereinbart 160 Tonnen Hämatit-Roheisen zu liefern. Da A. das Geld jedoch für private Zwecke ver-

#### **E. 17**

wendete, konnte er weder seine Bonität nachweisen, noch eine Bestellung vornehmen und die K. AG nach Erhalt der Ware beliefern. Die K. AG hat mithin für ihre Zahlung

schlussendlich keinen Gegenwert erhalten. Ihr Vermögen war somit geringer, als es gewesen wäre, wenn die Behauptungen von A. der Wahrheit entsprochen hätten. Es ist ihr daher ein Schaden entstanden. Auch das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens ist vorliegend folglich gegeben. A. hat dies in seiner Berufung denn auch nicht substantiiert bestritten. Damit sind alle objektiven Tatbestandselemente erfüllt, wovon bereits die Vorinstanz ausgegangen ist. 9. In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 146 Abs. 1 StGB neben dem Vor-satz die Absicht unrechtmässiger Bereicherung. a) Der Vorsatz muss sich auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale wie auch auf den sie verbindenden Kausalzusammenhang beziehen; gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB genügt Eventualvorsatz. Erforderlich ist also, dass der Täter mit Wissen und Willen jemanden durch täuschendes Verhalten arglistig in einen Irrtum versetzt und ihn dadurch veranlasst, eine Disposition vorzunehmen, welche ihn oder einen anderen am Vermögen schädigt. Besonders zu beachten ist, dass sich der Vorsatz der Schädigung nur auf eine solche vorübergehender Natur zu beziehen braucht. Eventualvorsätzlich wiederum handelt ein Täter, der den Erfolg nicht anstrebt, aber weiss, dass dieser möglicherweise mit der willentlich vollzogenen Handlung verbunden ist. Die Rechtsprechung bejaht Eventualvorsatz, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich damit abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 131 IV 1 E 2.2; 130 IV 58 E 8.1 f.; 125 IV 242 E 3c; 121 IV 249 E 3a/aa; 119 IV 1 E 5a). Für den Nachweis des Vorsatzes kann sich der Richter – soweit der Täter nicht geständig ist – regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Nach der Rechtsprechung darf er vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt die Rechtsprechung unter anderem auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der

## **E. 18**

Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 130 IV 58 E 8.4, mit Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Mai 2007, 6S.582/2006, E 3.4). – A. hat ohne Zweifel mit Wissen und Willen B. getäuscht, indem er diesem erzählte, er müsse einem Lieferanten gegenüber seine Bonität sofort nachweisen, obwohl dies nicht zutraf und er von Beginn weg plante, das Geld für private Zwecke zu verwenden (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 3 Mitte). Aufgrund des ausgesprochen guten Verhältnisses zwischen B. und A., das von grossem Vertrauen geprägt war, sowie aufgrund der Tatsache, dass sowohl Vorauszahlung als auch Bonitätsnachweis im Giessereigewerbe Usanz sind, konnte A. zudem davon ausgehen, dass B. seine Angaben nicht überprüfen werde. A. wollte B. im weiteren augenscheinlich und klarerweise durch seine Täuschung dazu veranlassen, eine Vermögensdisposition zu seinen Gunsten vorzunehmen. Bezüglich der Schädigungsabsicht macht A. in der Berufung nun aber geltend, er habe nie eine solche gehabt. Er sei davon ausgegangen, dass er das

Roheisen erst im Juni 2006 liefern müsse, und er habe darauf vertraut, dass er durch seine selbständige Erwerbstätigkeit in die Lage versetzt werde, in jenem Zeitpunkt das Roheisen auch liefern oder das Geld zurückbezahlen zu können. Aus den Akten ergibt sich, dass die finanzielle Situation von A. sowohl im Herbst/Winter 2005 als auch im ersten Halbjahr 2006 desolat war. Er hatte neben ganz erheblichen Hypothekarschulden private Darlehensschulden in Höhe von mehr als Fr. 200'000.--, zu welchen zum Teil noch erhebliche Beträge für Zinsen dazu kamen (vgl. den Kollokationsplan, act. 4.32; dabei sind die Rückzahlungen vom 3. November 2005 an F. in Höhe von Fr. 50'000.-- und vom 2. Dezember 2005 an B. in Höhe von Fr. 30'000.-- bereits berücksichtigt). Hinzu kommt eine Zahlung von G. in Höhe von Fr. 45'000.-- vom 29. Juli 2005, die eigentlich als Teilzahlung für sechs Aktien der X. gedacht war, die G. jedoch zurückverlangte, nachdem sich im Herbst 2005 erwiesen hatte, dass einerseits die Aktien ganz erheblich weniger Wert waren (vgl. act. 4.8 – 4.11) und dass andererseits A. aufgrund eines Beteiligungsvertrages vom 30. April 1999 und des darin vereinbarten Rückkaufsrechts die Aktien an B. verkaufen musste (act. 4.14, Ziff. 3), was er schlussendlich auch getan hat (Vereinbarung zum Aktienübertrag vom 1. März 2006, act. 4.12). A. war sich seiner ausgesprochen schwierigen finanziellen Situation fraglos bewusst (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 2 unten; untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 30. Januar 2007, act. 4.37, S. 1) und er wusste ohne Zweifel, dass er aufgrund dieser desolaten finanziellen Situation aus eigenen Mitteln keine Rückzahlung an B. und auch keine Vorauszahlung an einen Lieferanten leisten konnte (vgl. seine Aussagen gegenüber der Polizei am 13. November 2006, act. 4.4, S. 4 unten). Daneben wird aus dem Kollokationsplan und auch aus dem Umstand, dass A. einen

## **E. 19**

erheblichen Teil der Vorauszahlung der K. AG für die Rückzahlung eines Privatdarlehens benötigte, ersichtlich, dass A. schon verschiedentlich Verwandte und Freunde um Darlehen in beträchtlicher Höhe gebeten hatte, die zum grössten Teil noch nicht zurückbezahlt waren. Dass er von dieser Seite noch weitere finanzielle Mittel innert nützlicher Frist und in genügender Höhe hätte erhältlich machen können, darf bezweifelt werden. Auf jeden Fall aber hatte er keinen Anspruch darauf, weshalb er sich nicht darauf verlassen durfte. Dies war ihm zweifellos bewusst, was sich darin zeigt, dass er es schlussendlich unterlassen hat, andere Leute um Darlehen zu bitten, um die Rückzahlung an die K. AG vornehmen zu können. Aber auch mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit konnte A. nicht genügend flüssige Mittel generieren, um eine Rückzahlung an die K. AG oder eine Vorauszahlung an einen Lieferanten leisten zu können. Dass eine Firma, die ganz neu ins Geschäft einsteigt und daher zuerst von Grund auf aufgebaut werden muss, in aller Regel in der ersten Zeit nur kleine Umsätze erzielt und oft auch rote Zahlen schreibt, ist allgemein bekannt. Insbesondere dürfte dies auch A. bestens bekannt gewesen sein, hat er doch mitgeholfen, die X. zu restrukturieren und in die schwarzen Zahlen zurückzuführen, was gemäss Bericht von A. vom 16. Mai 2007 zu seiner privaten, beruflichen und finanziellen Situation mehrere Jahre in Anspruch genommen hat, obwohl das Unternehmen bereits „sehr gut positioniert“ war (act. 1.15/2, S. 1). Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Domenig hat in der Berufung denn auch den von A. in den Monaten Januar und Februar 2006 erzielten Umsatz von insgesamt Fr. 23'000.-- als für einen Neueinsteiger gar nicht so schlecht bezeichnet. A. selbst hat gegenüber dem Untersuchungsrichter ausgeführt, in Anbetracht der Tatsache, dass dieser Umsatz in der Startphase erzielt worden sei, könne man diesen Betrag als hoch einstufen (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 6. Juli 2007, act. 4.39, S. 4 unten). Selbst

wenn nun A. in der Lage gewesen wäre, bis im Juni 2006 weiterhin einen solch guten Umsatz in etwa gleicher Höhe zu erzielen, und er diesen gesamten Umsatz ungeschmälert für die Rückzahlung an B. beziehungsweise für eine Vorauszahlung bei einem Lieferanten verwendet hätte – also ohne eine einzige andere Zahlung zu tätigen und auch ohne Mittel für den Unterhalt seiner Familie einzusetzen (was völlig unrealistisch ist) –, so hätte er trotzdem bis Ende Juni 2006, als nach seiner eigenen Aussage die Lieferung des Roheisens spätestens erfolgen sollte, nicht genügend Geld gehabt, um B. oder aber einen Lieferanten zu bezahlen. Die Vorstellung, durch die selbständige Erwerbstätigkeit genügend flüssige Mittel zu erhalten, um rechtzeitig entweder eine Rückzahlung an B. oder eine Vorauszahlung an einen Lieferanten vornehmen zu können, erwies sich daher von vornherein deutlich und leicht erkennbar als vollkommen unrealistisch. Des Weiteren ist es in der Giesereibranche offenbar Usanz, dass Lieferungen vorausbezahlt werden müssen.

## **E. 20**

Dies wusste A. und er machte sich diese Usanz gegenüber B. ja gerade zu Nutzen. A. musste daher davon ausgehen, dass er keine Lieferung ohne Vorauszahlung erhalten würde. Die P. Holding GmbH, mit welcher A. Verhandlungen führte, bestand denn offensichtlich auch auf einer Vorauszahlung (vgl. das Bestätigungsschreiben vom 4. Dezember 2007, vorinstanzliche Akten, act. 12). A. konnte somit auch nicht darauf vertrauen, dass er ohne Vorauszahlung eine Lieferung erhalten werde. Insofern ist seine Aussage gegenüber der Polizei, in jenem Zeitpunkt seien die Verhandlungen mit der P. Holding GmbH noch im Gang gewesen und er habe die Finanzierungsmöglichkeiten noch nicht gekannt (act. 4.4, S. 4), wenig überzeugend. Als Branchenneuling konnte er ohne Zweifel erst recht nicht damit rechnen, dass er entgegen aller Usanz ohne Vorauszahlung eine Lieferung erhalten würde. Selbst wenn das Roheisen tatsächlich erst im Juni 2006 hätte geliefert werden müssen, kann aufgrund der Akten ausgeschlossen werden, dass A. in der Lage gewesen wäre, in jenem Zeitpunkt den Kaufvertrag zu erfüllen oder B. das Geld zurückzubezahlen. Ob A. davon ausgehen durfte, er müsse erst im Juni 2006 liefern, spielt vorliegend daher keine Rolle, weshalb diese Frage offen gelassen werden kann. Es erübrigt sich damit Überlegungen bezüglich des vereinbarten Liefertermins. Daran ändert auch A.s Auffassung nichts, dass B. vom Vertrag zurückgetreten sei, noch bevor der von ihm genannte Liefertermin im Dezember 2005 verstrichen gewesen sei. A. hätte im Dezember 2005 weder eine Rückzahlung leisten noch den Vertrag erfüllen können. Auch zu keinem späteren Zeitpunkt wäre er dazu in der Lage gewesen. Er hatte zudem am 19. Dezember 2006, also noch vor dem monierten Rücktritt, gegenüber B. erklärt, er könne nicht liefern (vgl. Fax vom 19. Dezember 2005, act. 3.12). Und schliesslich macht er nicht geltend, dass ihm aus dem behaupteten Rücktritt eine Forderung gegen B. beziehungsweise die K. AG zustehe, die mit der Forderung aus der Vorauszahlung verrechnet werden könnte. Die Frage des Rücktritts braucht unter diesen Umständen nicht näher geprüft zu werden. Fest steht, dass A. aus eigenen Mitteln zu keinem Zeitpunkt eine Rückzahlung an B. oder eine Vorauszahlung bei einem Lieferanten vornehmen konnte, dass er keine Geldeingänge in der Höhe der Vorauszahlung in Aussicht hatte (vgl. seine Aussage anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 4 unten), dass er nicht darauf vertrauen konnte, von Dritten Darlehen in der notwendigen Höhe zu erhalten, und dass er auch mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit nicht genügend flüssige Mittel erlangen konnte, um rechtzeitig die Lieferung vorzunehmen oder das Geld zurückzubezahlen. A. war seine eigene desolante finanzielle Situation bekannt, er wusste, dass er aus eigenen Mitteln in absehbarer Zeit nicht leisten konnte und auch keine

Geldeingänge in der notwendigen Höhe anstanden. Dass er mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit, die er gerade erst beginnen

### **E. 21**

wollte, nicht innert nützlicher Frist Einnahmen in der Höhe der Vorauszahlung erzielen würde, die er zudem auch vollumfänglich für die Rückzahlung der Vorauszahlung oder die Bestellung der Ware verwenden konnte, ist offensichtlich und drängte sich mit unumstösslicher Klarheit auf. Insbesondere musste dies A. klar sein, der mitgeholfen hatte, die X. über mehrere Jahre in die Gewinnzone zurückzuführen. Unter diesen Umständen aber konnte A. nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen, er werde die Vorauszahlung zurückbezahlen oder aber rechtzeitig eine Lieferung veranlassen können. Aufgrund der konkreten Situation konnte er gar nicht anders, als ernsthaft mit der Möglichkeit zu rechnen, dass er das Geld weder zurückbezahlen noch vereinbarungsgemäss für den Bonitätsnachweis und damit für die Bestellung der Ware verwenden können werde. Damit aber drängte sich die Möglichkeit einer Schädigung der K. AG dermassen klar und leicht erkennbar auf, dass A. gar nicht anders konnte, als diese ernstlich in Betracht zu ziehen. Er konnte unter diesen Umständen nicht mehr darauf vertrauen, die Schädigung werde nicht eintreten. Dass er trotzdem die Vorauszahlung für private Zwecke verwendet hat, kann daher nicht anders denn als Inkaufnahme des als möglich erkannten Erfolgs ausgelegt werden. Wenn A. geltend macht, er habe darauf vertraut, er werde die Situation meistern, liegt darin lediglich die blosser Hoffnung darauf, dass sich der Tatbestand dank glücklicher Fügung doch nicht verwirklichen werde, welche die Inkaufnahme des Erfolges nicht ausschliesst (Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2006, 6S.114/2005, E 5; BGE 130 IV 58 E 9.1.1). Aus dem Dargelegten wird auch klar, dass A. nicht bewusst fahrlässig gehandelt hat. Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter wissen um die Möglichkeit oder das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestandes überein. Unterschiede bestehen jedoch beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, sich das Risiko der Tatbestandserfüllung mithin nicht verwirklichen werde. Das gilt selbst für den Täter, der sich leichtfertig beziehungsweise frivol über die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung hinwegsetzt und mit der Einstellung handelt, es werde schon nichts passieren. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg auch billigt (BGE 130 IV 58 E 8.3). Aus dem bereits Ausgeführten ergibt sich nun, dass sich die Möglichkeit einer Schädigung der K. AG dermassen klar und für jedermann leicht erkennbar aufgedrängt hat, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung mithin so gross war, dass A. nicht

### **E. 22**

mehr ernsthaft darauf vertrauen konnte, er werde den als möglich erkannten Erfolg abwenden können. Ein mögliches Festhalten an einer erkennbar vollkommen unrealistischen Hoffnung aber vermag den Eventualvorsatz nicht auszuschliessen. A. hat daher nicht bewusst fahrlässig, sondern eventualvorsätzlich gehandelt. Er hat mithin die Schädigung der K. AG in Kauf genommen, mag ihm diese Schädigung auch unwillkommen gewesen sein. Daran vermögen auch die weiteren Ausführungen in der Berufung nichts zu

ändern. So macht A. darin geltend, er sei bis anfangs Dezember 2005 davon ausgegangen, dass die sechs Aktien der X., welche er besitzen habe, einen Wert von rund Fr. 70'000.-- hätten. Dies zeige deutlich auf, dass er an seine finanzielle Leistungsfähigkeit geglaubt und nie die Absicht gehabt habe, seinen ehemaligen Arbeitgeber zu schädigen. Auch wenn A. in den Einvernahmen immer wieder betont hat, er habe damit gerechnet, für die sechs Aktien der X. zu- mindest Fr. 70'000.-- zu erhalten, erscheint dies wenig glaubhaft. Zum einen hat A. den Wert der Aktien im Frühjahr/Sommer 2005 selbst berechnet und ist dabei auf Fr. 9'068.-- pro Aktie gekommen (act. 4.9 und act. 4.19; polizeiliche Einvernahme von A. vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 6 f.). Dies ergibt bei sechs Aktien einen Gesamtwert von Fr. 54'408.--, also erheblich weniger als Fr. 70'000.--. Zum anderen hat er die sechs Aktien im Sommer 2005 nach übereinstimmenden Aussagen an G. verkauft und zwar zu einem Preis von Fr. 9'000.-- pro Aktie (polizeiliche Einvernahme von G. vom 25. Oktober 2006, act. 4.2, S. 2 oben und S. 3 Mitte; polizeiliche Einvernahme von A. vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 5 und S. 7). Auch dies spricht dafür, dass A. höchstens von einem Wert pro Aktie in Höhe von rund Fr. 9'000.-- ausgegangen ist, ist es doch wenig wahrscheinlich, dass er die Aktie erheblich unter Wert verkauft hätte, denn er war aufgrund seiner desolaten finanziellen Situation auf das Geld angewiesen. Dass er bei einem Verkaufspreis von Fr. 9'000.-- pro Aktie für die insgesamt sechs Aktien der X. erheblich weniger als Fr. 70'000.-- lösen würde, ist leicht erkennbar und musste ohne Zweifel auch A. bewusst sein. Kommt hinzu, dass er von G. bereits einen erheblichen Teil des vereinbarten Kaufpreises erhalten hatte. G. hatte A. nämlich am 29. Juli 2005 bereits Fr. 45'000.-- für die Aktien vorausbezahlt (vgl. die Auszahlungsbelege, act. 4.17 und act. 4.18). A. hat diese Tatsache bestätigt (polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 5). Bei einem vereinbarten Verkaufspreis von insgesamt Fr. 54'000.-- (nämlich Fr. 9'000.-- pro Aktie) und einer bereits geleisteten Anzahlung von Fr. 45'000.-- konnte A. offensichtlich noch höchstens eine weitere Zahlung in Höhe von Fr. 9'000.-- erwarten. Dass er trotzdem mit Fr. 70'000.-- rechnete, erscheint daher nicht glaubhaft. Selbst wenn man davon ausginge, A. hätte – wie auch immer – schlussendlich tatsächlich Fr. 70'000.-- für die sechs Aktien der X. gelöst, so wären die Fr. 45'000.--, die G. für die Aktien bereits bezahlt hatte, davon abzuziehen, hatte

## **E. 23**

A. dieses Geld doch bereits für private Zwecke verbraucht (polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 5 unten und S. 7 Mitte), es war somit nicht mehr vorhanden. A. hätte daher auch unter der äusserst unwahrscheinlichen Annahme, er hätte Fr. 70'000.-- für die Aktien erhalten, höchstens noch mit einer Zahlung von Fr. 25'000.-- rechnen können, was er selbst zugestanden hat (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 6. Juli 2007, act. 4.39, S. 2 unten). Auch der Erlös aus dem Verkauf der sechs Aktien der X. hätte daher bei weitem nicht gereicht, um das Roheisen zu kaufen und dann an die K. AG zu liefern oder B. die Vorauszahlung zurückzuerstatten. Da A. wusste, dass er für die Aktien bereits eine erhebliche Zahlung erhalten und diese für private Zwecke verbraucht hatte, so dass er nur noch mit einer kleineren Zahlung rechnen konnte, konnte er auch nicht darauf vertrauen, der Erlös aus dem Verkauf der Aktien werde ihn in die Lage versetzen, entweder den Kaufvertrag zu erfüllen oder B. das Geld zurückzugeben. Augenscheinlich stellte auch der Verkauf der Aktien die notwendige Leistungsfähigkeit von A. nicht her. Dies ist offensichtlich und leicht erkennbar und musste A. ohne Zweifel bewusst sein. Er konnte unter diesen Umständen nicht darauf vertrauen, dass er durch den Verkauf der Aktien genügend flüssige Mittel erhalten würde, um eine Bestellung vorzunehmen

oder die Vorauszahlung an B. zurückzubezahlen. Auch unter dem Gesichtspunkt des Verkaufs der Aktien der X. zeichnete sich daher die Schädigung der K. AG dermassen klar und eindeutig ab, dass A. diese in Kauf genommen hat, indem er die Vorauszahlung der K. AG für private Zwecke verwendet hat. Schliesslich macht A. in der Berufung noch geltend, er habe bei seinem Ausscheiden aus der K. AG Ende November 2005 sein Pensionskassenguthaben bezogen und davon mit Valuta 2. Dezember 2005 seinem ehemaligen Arbeitgeber Fr. 30'000.-- zur Tilgung der Schulden überwiesen. Dies spreche gegen eine Schädigungsabsicht. Wenn er Ende Oktober 2005 tatsächlich die Absicht gehabt hätte, seinen Chef zu betrügen, dann hätte er ihm gut einen Monat später mit Sicherheit nicht noch Fr. 30'000.-- von seinem sauer verdienten Pensionskassengeld überwiesen. Auch diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Vorliegend ist nämlich zwischen den privaten Darlehen, die B. A. gewährt hat, und der Vorauszahlung der K. AG zu unterscheiden. Wie bereits eingehend ausgeführt, hat B. A. über die Jahre mehrere private Darlehen gewährt, die teilweise noch nicht zurückbezahlt sind. Um diese Darlehen und ihre noch ausstehende Rückzahlung geht es im vorliegenden Verfahren jedoch nicht. Es geht allein um die Vorauszahlung der K. AG. Aus den Akten ergibt sich, dass A. am 2. Dezember 2005 tatsächlich eine Zahlung in Höhe von Fr. 30'000.-- geleistet hat. Diese Zahlung ging aber nicht an die K. AG, sondern an die AA. AG (vgl. den Überweisungsbeleg vom 2. Dezember 2005, act. 1.15/3.5). A. hat in der polizeilichen Einvernahme vom 13. November 2006 denn auch ausge-

#### **E. 24**

führt, B. habe gewusst, dass er die Darlehen mit der Auszahlung der Pensionskasse teilweise zurückbezahlt habe (act. 4.4, S. 5 oben, Hervorhebung hinzugefügt). A. erklärte damit selbst, dass er mit den Fr. 30'000.-- eine Rückzahlung an die noch offenen Darlehen geleistet hatte. Er wollte mit dieser Zahlung daher offensichtlich nicht eine mögliche Schädigung der K. AG zumindest teilweise verhindern, sondern einzig seine Darlehensschuld gegenüber B. verringern. Diese Zahlung hatte mit der Vorauszahlung der K. AG somit gar nichts zu tun. Der Umstand, dass A. bezüglich der ausstehenden Darlehen, welche B. ihm gewährt hatte, eine Rückzahlung vornahm, spricht in diesem Fall folglich in keiner Weise dagegen, dass er eine Schädigung der K. AG in Kauf nahm. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass A. B. bewusst täuschte, als er diesem gegenüber bewusst erklärte, er benötige die Vorauszahlung für den sofortigen Nachweis seiner Bonität, obwohl dies nicht der Wahrheit entsprach, dass er darauf vertrauen konnte, B. werde aufgrund des bestehenden, besonderen Vertrauensverhältnisses diese Aussage nicht nachprüfen, dass er B. durch sein Verhalten bewusst und gewollt zu einer Vermögensdisposition veranlasste und dass er zumindest in Kauf nahm, dass die K. AG dabei zu Schaden kam. A. hat somit zumindest eventualvorsätzlich gehandelt. b) Der Betrüger muss im weiteren mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung handeln, wobei gemäss herrschender Lehre die eventuelle Absicht genügt. Gemeint ist damit nicht, dass der Täter die Bereicherung nur eventuell anstreben müsste. Tatsächlich muss er mit der Intention der Bereicherung handeln. Von Eventualabsicht darf nur deshalb gesprochen werden, weil und soweit der Täter nicht sicher ist, ob die betreffende Bereicherung unrechtmässig ist. Unter Bereicherung versteht man im weiteren irgendeine – dauernde oder bloss vorübergehende – wirtschaftliche Besserstellung im Sinne des Vermögensbegriffes. Sie besteht regelmässig im Wert des Deliktobjektes, welcher entweder in Form des Gegenstands selber oder als Erlös aus dessen Veräusserung dem Vermögen des Täters beziehungsweise eines Dritten einverleibt wird. Darüber hinaus

kann der Wert der Sache ausser in ihrer Substanz auch in der Möglichkeit ihres regulären Gebrauchs unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten liegen. Beim Betrug ist richtigerweise nach dem sogenannten Grundsatz der Stoffgleichheit vorausgesetzt, dass der Täter sich oder einen Dritten gerade aus dem Vermögensbestandteil bereichern will, um welchen der Getäuschte beziehungsweise die von seiner Disposition betroffene Person geschädigt werden soll. Als unrechtmässig hat die Bereicherung zu gelten, wenn sie im Widerspruch zu einer oder mehreren Rechtsnormen steht. Die Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, liegt in der Regel vor, sobald der Täter die Sache als solche sich selber oder einem anderen zueignen will. – A. hat die

#### **E. 25**

Vorauszahlung der K. AG für private Zwecke verwendet. Damit hat er sich die Vorauszahlung angeeignet und er hat offensichtlich auch eine Bereicherung erfahren, musste er doch nicht andere seiner Mittel für die Rückzahlung eines Privatdarlehens und die Zahlung von Hypothekarzinsen einsetzen. A. hatte von Beginn weg geplant, das Geld für sich persönlich zu verwenden (polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 3 Mitte). Er handelte somit ohne Zweifel mit Bereicherungsabsicht. A. hatte im weiteren keinen Anspruch darauf, das Geld für sich persönlich zu verwenden. Er tat dies vielmehr entgegen der Abmachung mit B., dass er das Geld für den Nachweis seiner Bonität gegenüber einem Lieferanten und für die Bezahlung einer Lieferung Roheisen verwenden würde. Die beabsichtigte und auch eingetretene Bereicherung war daher unrechtmässig. A. hat somit den subjektiven Tatbestand des Betrugs vollständig erfüllt, wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausgegangen ist. c) Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass A. mit seinem Verhalten sowohl sämtliche objektiven als auch alle subjektiven Tatbestandsmerkmale des Betruges erfüllt hat. Er hat sich daher eines Betruges schuldig gemacht. Die Verurteilung durch die Vorinstanz erfolgte mithin zu Recht, die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. 10. A. hat mit seiner Berufung gemäss Rechtsbegehren das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten, mithin auch die Strafzumessung. In der Begründung der Berufung geht er jedoch mit keinem Wort auf die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe ein. Gemäss Art. 142 Abs. 1 StPO ist die Berufung zu begründen. Es genügt mithin nicht, nur Anträge zu stellen und sich zum angefochtenen Urteil nicht weiter zu äussern. Das Gesetz verlangt vielmehr eine Rüge der Mängel des Entscheides und damit gleichsam eine konkrete Auseinandersetzung mit bestimmten, im einzelnen zu nennenden Erwägungen und Schlüssen des Erkenntnisses. Es ist darzulegen, welche Punkte angefochten werden und worin die Mangelhaftigkeit des Entscheides begründet ist. Wohl überprüft der Kantonsgerichtsausschuss als Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei (Art. 146 Abs. 1 StPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz von sich aus anstelle des Rechtmittleinlegers nach Argumenten zu suchen hat, die gegen die Richtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides sprechen (vgl. zum Ganzen PKG 2003 Nr. 18 E c). Soweit die Berufung keine Begründung enthält, genügt sie daher den gesetzlichen Anforderungen nicht und es wäre auf das Rechtsbegehren in den unbegründet gebliebenen Punkten nicht einzutreten. Grundsätzlich wäre daher auf die von der Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung mangels begründeter Anfechtung nicht weiter einzugehen. Jedoch drängen

#### **E. 26**

sich zu Handen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Strafzumessung einige Bemerkungen auf. a) aa) Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches sind durch das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 teilweise revidiert worden. Das neue Recht ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. A. hat den Betrug vor dem 1. Januar 2007 verübt. Es stellt sich mithin die Frage, ob im vorliegenden Fall das alte oder das neue Recht Anwendung findet. bb) Der Täter wird nach dem Gesetz beurteilt, das im Zeitpunkt der Tat ge- golten hat. Ist jedoch das im Zeitpunkt der Beurteilung geltende neue Gesetz das mildere, so ist dieses anzuwenden (Art. 2 Abs. 2 StGB alte und neue Fassung). Ob das neue Recht im Vergleich zum alten milder ist, entscheidet sich nicht aufgrund eines abstrakten Vergleichs. Massgebend ist vielmehr die konkrete Betrachtungs- weise. Es kommt folglich darauf an, nach welchem Recht der Täter für die zu beur- teilenden Taten besser wegkommt (BGE 134 IV 82 E 6.2.1; 126 IV 5 E 2c mit Hin- weisen). Der Richter hat deshalb den Sachverhalt in umfassender Weise sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht zu beurteilen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen (Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Auflage, T. 2006, S. 42 f.). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil lediglich abstrakt aufgrund der im Gesetz enthaltenen Strafdrohung des Art. 146 StGB alte und neue Fassung geprüft, ob das neue oder das alte Recht anzuwenden ist (vgl. Ziff. 2c S. 6 des angefochte- nen Urteils). Sie hat es jedoch unterlassen, den Sachverhalt umfassend und konkret aufgrund des alten und des neuen Rechts zu prüfen und anschliessend die Resul- tate miteinander zu vergleichen. Diese von der Vorinstanz gewählte Vorgehens- weise entspricht nicht den bundesgerichtlichen Vorgaben. Die Vorinstanz ist daher gehalten, in Zukunft für den Entscheid, welches Recht das mildere ist, einen kon- kreten Vergleich der nach dem alten und dem neuen Recht auszusprechenden Stra- fen vorzunehmen. Bezüglich der Frage, welche der in konkreter Betrachtungsweise ermittelten Sanktionen denn die mildere sei, ist auf BGE 134 IV 82 zu verweisen, in welchem das Bundesgericht in Bezug auf die Schwere des Eingriffs altrechtlicher und neurechtlicher Sanktionen klare Wertungen aufgestellt hat. b) aa) Nach dem alten Recht misst der Richter die Strafe nach dem Verschul- den des Täters zu, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigt (Art. 63 aStGB). Der Begriff des Ver- schuldens umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straf- tat. Der Bemessung der Schuld ist die Schwere der Tat zu Grund zu legen. Insbe- sondere zu beachten sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und

## **E. 27**

Weise seiner Herbeiführung, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, seine Beweggründe, sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (vgl. BGE 129 IV 20; 118 IV 14; 117 IV 112 ff. mit Hinweisen). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken straf- mindernd oder strafehöhend. Grundlage der Strafzumessung im vorliegenden Fall ist der in Art. 146 aStGB vorgesehene Strafrahmen von Zuchthaus bis zu fünf Jah- ren oder Gefängnis. Daneben kann bei sämtlichen strafbaren Handlungen gegen das Vermögen die Freiheitsstrafe mit einer Busse verbunden werden (Art. 172bis aStGB). Die Busse kann unter anderem dazu dienen, in einem Fall, in dem das Bedürfnis besteht, dem Verurteilten zwar den bedingten Strafvollzug zu gewähren, jedoch den Eindruck und die Warnung der Verurteilung zu verstärken, dem Verur- teilten einen „spürbaren Denkkettel“ zu verabreichen (Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2006, 6S.416/2005, E 3). Den Betrag einer allfälligen Busse bestimmt der Richter je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser durch die Einbusse die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist. Für

die Verhältnisse des Täters sind namentlich von Bedeutung sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit (Art. 48 Ziff. 2 aStGB). Dabei ist im weiteren zu beachten, dass die Freiheitsstrafe und die Busse in ihrer Gesamtheit schuldangemessen sein müssen (BGE 124 IV 134 E 2c/bb), die Aussprechung der Busse mithin nicht zu einer zusätzlichen, schuldunangemessenen Bestrafung führen darf. bb) Das Verschulden von A. wiegt recht schwer. Er hat das grosse Vertrauen, welches sein Arbeitgeber ihm entgegenbrachte, ohne Skrupel ausgenutzt. Dabei hat er einen nicht unerheblichen Schaden verursacht. Der Deliktobetrag aber, den der Täter anstrebte und erlangte, ist ein gewichtiges Strafzumessungskriterium (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Mai 2004, 6S.90/2004, E 1.2.3). Der von A. verursachte Schaden kann nicht mehr als klein bezeichnet werden und rechtfertigt daher eine recht spürbare Einsatzstrafe. Motiv für das Verhalten von A. war offensichtlich einzig und allein sein Bestreben, eine gewisse Erleichterung bezüglich seiner aufs Höchste angespannten finanziellen Situation zu erreichen. Er hat augenscheinlich aus vollkommen egoistischen Motiven gehandelt, was erschwerend ins Gewicht fällt. Des weiteren befand er sich zwar in einer äusserst prekären finanziellen Lage. Dies lässt sein Verhalten jedoch nicht in einem milderen Licht erscheinen, brachte er sich gemäss Aktenlage doch selbst und ohne Not in diese Situation. Aus den Aussagen von B. ergibt sich nämlich, dass A. ein Einkommen von mehr als Fr. 120'000.-- im Jahr erzielt hat (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 7. November 2006, act. 4.3, S. 4 oben). Dass dieses für den Unterhalt seiner vierköpfigen Familie

## E. 28

grundsätzlich nicht gereicht hätte, wie A. gegenüber der Polizei ausführte (polizeiliche Einvernahme vom 13. November 2006, act. 4.4, S. 2 unten), darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. A. hat vielmehr mit seiner Familie gemäss Aussagen von B. und G. einen eher gehobenen Lebensstandard gepflegt (polizeiliche Einvernahme von B. vom 7. November 2006, act. 4.3, S. 4 oben; polizeiliche Einvernahme von G. vom 25. Oktober 2006, act. 4.2, S. 2 unten). Insbesondere hat er ein teures Haus gebaut, das offensichtlich über seine finanziellen Möglichkeiten ging, lässt sich aus dem Kollokationsplan doch leicht ersehen, dass der überwiegende Teil der pfandgesicherten Forderungen und der Forderungen in der 3. Klasse – insbesondere der verschiedenen privaten Darlehen – erst nach dem Hausbau im Jahre 2003 entstanden ist oder mit dem Hausbau zusammenhängt (act. 4.32, S. 4 ff.). Es erscheint aufgrund der Akten daher so, dass A. grundsätzlich nicht über zu wenig Geld für die Bedürfnisse seiner Familie verfügt hätte, sondern dass er über seine finanziellen Verhältnisse gelebt hat. Seine finanziellen Schwierigkeiten lassen sein Verschulden daher nicht geringer erscheinen. Dass A. im weiteren hartnäckig bestreitet, einen Betrug begangen zu haben, wirkt sich nicht zu seinen Ungunsten aus. Jedoch ist sein Aussageverhalten auch nicht strafmindernd zu beachten, da er zwar gewisse Dinge zugegeben, aber doch kein vollständiges Geständnis abgelegt hat und seine Aussagen insbesondere die Einsicht in das begangene Unrecht sowie die Reue bezüglich des eigenen Verhaltens und dessen Auswirkungen vermissen lassen; zudem haben sie die Strafverfolgung nicht vereinfacht (vgl. zu den Umständen, die ein Geständnis strafmindernd wirken lassen können: Urteil des Bundesgerichts vom 14. April 2008, 6B\_737/2007, E 1.2; BGE 121 IV 202 E 2d/cc). Straf-mindernd veranschlagt das Gericht indessen die Vorstrafenlosigkeit von A. sowie seinen guten Leumund. Hingegen kann nicht davon gesprochen werden, A. habe den Schaden gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber wieder gut gemacht, wie es in der Berufungsschrift geltend gemacht wird. Offensichtlich ist zwar im gegen A. angehobenen

Konkursverfahren ein Nachlassvertrag zustande gekommen und vom Gericht bestätigt worden (vgl. den mit der Berufungsschrift eingereichten Auszug aus dem Beschluss des Bezirksgerichtsausschusses Landquart vom 22. Februar 2008, mit- geteilt am 3. März 2008). Ein gerichtlicher Nachlassvertrag bindet alle Gläubiger, unbeschadet der Frage, ob sie dem Nachlassvertrag zugestimmt haben oder nicht (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Für diejenigen Gläubiger, die dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, hat der gerichtliche Nachlassvertrag die Wirkung eines „Zwangserlasses“ und eines „Zwangsvergleiches“ (vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008, §53, Ziff. 13). Ob B. dem Nachlassvertrag schliesslich zugestimmt hat oder nicht (in den Akten finden sich nur Hinweise darauf, dass er nicht zustimmen wollte), ist aus dem ein-

## **E. 29**

gereichten Auszug aus dem Beschluss des Bezirksgerichtsausschusses Landquart vom 22. Februar 2008, mitgeteilt am 3. März 2008, nicht ersichtlich, umfasst dieser doch lediglich das Dispositiv. Es steht unter diesen Umständen daher nicht fest, ob B. freiwillig oder gezwungenermassen auf einen Teil der Forderung der K. AG ge- gen A. verzichtet hat. Weiter ergibt sich nicht, ob und wie der Nachlassvertrag voll- zogen worden ist beziehungsweise im Vollzug steht. Soweit der Nachlassvertrag gegenüber B. zeitlich oder aber inhaltlich nicht gänzlich erfüllt werden sollte, hat B. die Möglichkeit, dem Nachlassrichter gegenüber für seine Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrages zu verlangen (Art. 316 Abs. 1 SchKG), mit der Folge, dass seine gesamte Forderung wieder auflebt. Aufgrund der fehlenden Informationen kann daher nicht davon ausgegangen werden, A. habe den Schaden wieder gut gemacht. Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe sind im weiteren keine vor- handen. Es stellt sich aber die Frage, ob neben der Freiheitsstrafe eine Busse aus- zusprechen ist (Art. 172bis aStGB). Wie später noch aufgezeigt werden wird, kann A. der bedingte Strafvollzug gewährt werden (vgl. unten Erwägung 10b/cc). Jedoch hat A. das ausserordentlich gute Verhältnis zu seinem Arbeitgeber ausgenutzt und seinen Arbeitgeber so ohne weiteres und ohne jeden Skrupel hintergangen und sich zudem offenbar ohne jedes Bedenken über die Rechtsordnung hinweggesetzt, dass es das Gericht als angebracht erachtet, gewissermassen als „Denkzettel“ und zur Verstärkung der Warnwirkung der bedingten Freiheitsstrafe eine Busse im Sinne von Art. 172bis StGB auszusprechen. Diese ist bei der Bemessung der Freiheits- strafe in Rechnung zu stellen. Als Bemessungsgrundlage der Busse dienen zum einen das monatliche Einkommen von A., welches er in der Untersuchung mit etwa Fr. 7'000.-- netto angegeben hat, sowie seine Unterstützungspflichten gegenüber seiner Familie, zum andern sein Verschulden. In Würdigung sämtlicher Strafzumes- sungsgründe und der gesamten Umstände des Falles kommt der Kantonsgerichts- ausschuss zum Schluss, dass dem Verschulden von A. unter dem alten Recht eine Freiheitsstrafe in Höhe von 9 Monaten sowie eine Busse von Fr. 1'500.-- angemessenen erscheint. cc) Bei diesem Strafmass stellt sich die Frage, ob für die Freiheitsstrafe die Rechtswohlthat des bedingten Strafvollzuges gewährt werden kann. Objektive Vor- aussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 aStGB, dass eine Freiheitsstrafe von weniger als achtzehn Monaten ausgesprochen wurde und der Verurteilte in den letzten fünf Jahren vor der Tat keine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten wegen eines vorsätzlich begangenen Vergehens oder Verbrechens verbüsst hat. Vorliegend wird eine Freiheitsstrafe von 9 Monaten ausgesprochen und A. musste noch nie eine

### **E. 30**

Freiheitsstrafe verbüssen. Die objektiven Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges sind daher erfüllt. Subjektiv ist erforderlich, dass Vorleben und Charakter des Angeklagten erwarten lassen, er werde durch den Aufschub der Freiheitsstrafe von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Mit anderen Worten muss ihm eine günstige Prognose gestellt werden können (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, T. 1996, N 13 zu Art. 41 aStGB). A. ist bis anhin noch nie straffällig geworden. Es kann unter diesen Umständen davon ausgegangen werden, dass ihm das vorliegende Strafverfahren, aber auch die ausgesprochene Busse im Sinne von Art. 172bis aStGB eine gewichtige Warnung sein werden, sich in Zukunft rechtskonform zu verhalten. Kommt hinzu, dass die Freiheitsstrafe vollzogen werden kann, wenn sich A. in der Probezeit etwas zu Schulden kommen lässt. A. steht somit unter dem Zwang zum Wohlverhalten. Unter diesen Umständen kann A. ohne weiteres eine günstige Prognose gestellt werden. Somit sind auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, so dass A. der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Die Probezeit wird dabei auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 aStGB) festgesetzt. c) aa) Nach neuem Recht wird ein Betrug mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe geahndet. Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zuzumessen. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Berücksichtigt werden ausserdem das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse (Art. 47 StGB). Die Kriterien der Strafzumessung nach dem Verschulden blieben somit anlässlich der Revision in den wesentlichen Grundzügen unverändert (Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 2007, 6B\_14/2007, E 5, mit Hinweisen; vgl. auch den nach dem vorliegenden Urteil ergangenen Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Juli 2008, 6B\_383/2008, E 2.2), womit auf die bereits zum alten Recht gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Das Verschulden von A. ist mithin auch unter dem neuen Recht als recht schwer einzustufen. Nun besteht unter dem neuen Recht jedoch die Möglichkeit, anstelle einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr eine Geldstrafe auszusprechen. Nach der Konzeption des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches stellt die Geldstrafe in diesem Strafsegment sogar die Hauptsanktion dar. Freiheitsstrafe soll nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2008, 6B\_341/2007, E 4.2.2, mit zahlreichen Hinweisen). Vorliegend nun scheidet eine Freiheitsstrafe von mehr als einem

### **E. 31**

Jahr aufgrund der Gewichtung des Verschuldens von A. durch das Gericht von vornherein aus, so dass eine Geldstrafe grundsätzlich in Frage kommt. Im weiteren erscheint als Sanktion keine Freiheitsstrafe notwendig, weshalb auf eine Geldstrafe erkannt werden kann. bb) Eine Geldstrafe darf gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB höchstens 360 Tagessätze betragen. Die Höhe der Tagessätze wiederum beträgt maximal Fr. 3'000.-- (Art. 34 Abs. 2 StGB). Die Bemessung der Geldstrafe erfolgt in zwei selbständigen Schritten, die strikte auseinander zu halten sind. Zunächst hat das Gericht die Anzahl der Tagessätze nach dem Verschulden des Täters zu bestimmen (Art. 34 Abs. 1 StGB). Im Anschluss daran hat es die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des

Täters festzusetzen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Gesamtbetrag der Geldstrafe, die dem Verurteilten auferlegt wird, ergibt sich erst aus der Multiplikation von Zahl und Höhe der Tagessätze. Beide Faktoren sind im Urteil getrennt festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Wie bereits festgestellt, ist das Verschulden von A. auch unter dem neuen Recht als recht schwer zu gewichten. Unter Berücksichtigung, dass die Vorinstanz neben der Geldstrafe noch eine Busse ausgesprochen hat, erachtet der Kantonsgerichtsausschuss die von der Vorinstanz ausgesprochenen 270 Tagessätze als dem Verschulden von A. angemessen. Bezüglich der Bemessung der Tagessatzhöhe hat das Bundesgericht in zwei neuen Urteilen das korrekte Vorgehen klar aufgezeigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 17. März 2008, 6B\_366/2007, sowie vom 29. März 2008, 6B\_476/2007). Ausgangspunkt für die Bemessung bildet das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Denn massgeblich ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Nach dem Nettoeinkommensprinzip ist indes bei den ermittelten Einkünften nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen. Vom Einkommen ist daher abzuziehen, was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufließt, so etwa die laufenden Steuern, die Beiträge an die Sozialversicherungen und an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen beziehungsweise bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftskosten. Vom Nettoeinkommen abzuziehen sind sodann allfällige Familien- und Unterstützungspflichten, soweit der Verurteilte ihnen tatsächlich nachkommt. Für deren Berechnung kann sich das Gericht weitgehend an den Grundsätzen des Familienrechts orientieren. Anderweitige finanzielle Lasten können nur im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Dabei fallen grössere Zahlungsverpflichtungen des Täters, die schon unabhängig von der Tat bestanden haben (zum Bei-

## E. 32

spiel Ratenzahlungen für Konsumgüter, Wohnkosten), grundsätzlich ebenso ausser Betracht wie Schuldverbindlichkeiten, die mittelbare oder unmittelbare Folge der Tat sind (Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen, Gerichtskosten usw.). Auch Hypothekarzinsen können, wie an sich Wohnkosten überhaupt, in der Regel nicht in Abzug gebracht werden. Aussergewöhnliche finanzielle Belastungen dagegen können reduzierend berücksichtigt werden, wenn sie einen situations- oder schicksalsbedingt höheren Finanzbedarf darstellen. Weiter nennt Art. 34 Abs. 2 StGB das Vermögen als Bemessungskriterium. Gemeint ist die Substanz des Vermögens, da dessen Ertrag bereits Einkommen darstellt. Das Vermögen ist bei der Bemessung des Tagessatzes von Bedeutung, wenn der Täter ohnehin von der Substanz des Vermögens lebt, und es bildet Bemessungsgrundlage in dem Ausmass, in dem er selbst es für seinen Alltag anzehrt. Schliesslich ist bei der Bemessung des Tagessatzes das Existenzminimum zu berücksichtigen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Aus der gesetzlichen Konzeption, die von der freiwilligen Bezahlung der (unbedingten) Geldstrafe ausgeht, ergibt sich, dass der Tagessatz nicht auf dasjenige Einkommen beschränkt ist, das in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich erhältlich gemacht werden könnte. Der Hinweis auf das Existenzminimum gibt dem Gericht allerdings ein Kriterium zur Hand, das es erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen. Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in einem Masse herabzusetzen, das einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion erkennen, andererseits den Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen noch als

zu- mutbar erscheinen lässt. Als Richtwert ist von einer Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte auszugehen. Um eine übermässige Belastung zu vermeiden, sind jedoch in erster Linie Zahlungserleichterungen durch die Vollzugsbehörde nach Art. 35 Abs. 1 StGB zu gewähren, soweit die Geldstrafe unbedingt ausgefällt wird. Bei einer hohen Anzahl Tagessätze – namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen – ist eine Reduktion um weitere 10 – 30 Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt. Massgebend sind immer die konkreten finanziellen Verhältnisse (vgl. zum Ganzen die bereits erwähnten Urteile des Bundesgerichts vom 17. und 29. März 2008). – Gemäss eigenen Angaben verdient A. etwa Fr. 7'000.-- netto im Monat. Davon abzuziehen sind die laufenden Steuern, die Beiträge an die gesetzliche Krankenkasse sowie die notwendigen Berufsauslagen. Dies ergibt das strafrechtliche Nettoeinkommen. Da sich in den Akten keine konkreten Angaben befinden, schätzt das Gericht die betreffenden Beträge aufgrund der Lebenserfahrung und der Verhältnisse im Kanton Graubünden. Bezüglich der Abzüge für Unterstützungspflichten gegenüber seiner Familie (Ehefrau und zwei Kin-

### **E. 33**

der) orientiert sich das Gericht an den Grundsätzen des Familienrechts (für die Ehefrau 15% des errechneten strafrechtlichen Nettoeinkommens, für das erste Kind ebenfalls 15%, für das zweite Kind 12.5%). Das Existenzminimum wiederum kann vorliegend keine Beachtung finden, da A. weder nahe am noch unter dem Existenzminimum lebt, wie folgende Berechnung zeigt (auch hier werden die Ausgaben für Krankenkasse, Versicherungen, Steuern und Berufsauslagen aufgrund von Erfahrungswerten geschätzt): Grundbetrag Ehepaar Fr. 1'550.-- Grundbetrag 1. Kind Fr. 350.-- Grundbetrag 2. Kind Fr. 250.-- Wohnung (Hypothekarzins [ohne

Amortisation], inkl. öffentliche

Abgaben, Heizung und Rück-

stellungen/Unterhalt) Fr. 3'000.-- Krankenkassenprämien (nur

Grundversicherung) Fr. 550.-- andere Versicherungen Fr. 50.-- Steuern Fr. 450.--

Berufsauslagen (Arbeitsweg,

auswärtiges Essen) Fr. 300.-- Total Fr. 6'500.-- Einkommen A. Fr. 7'000.-- Einkommen

Ehefrau (geschätzt) Fr. 200.-- Total Fr. 7'200.-- Überschuss Fr. 700.-- Jedoch muss A. in

den Genuss einer zusätzlichen Reduktion kommen aufgrund der hohen Anzahl der ausgesprochenen Tagessätze. Dem Gericht erscheint eine Reduktion von 20% als angemessen. Damit ergibt sich für die Höhe des Tagessatzes folgende Berechnung (wobei bei den Einkommen von A. und seiner Ehefrau die Abgaben an die obligatorischen Sozialversicherungen bereits abgezogen sind): Einkommen A. Fr. 7'000.--

Einkommen Ehefrau Fr. 200.--

./. laufende Steuern Fr. 450.-- ./.. Krankenkassenprämien Fr. 550.--

### **E. 34**

./. notwendige Berufsauslagen Fr. 300.--

strafrechtliches Nettoeinkommen Fr. 5'900.-- ./.. Unterstützungsbeiträge (insgesamt

42.5% des strafrechtlichen

Nettoeinkommens) Fr. 2'507.50

Zwischenergebnis Fr. 3'392.50 ./ Abzug wegen hoher Anzahl

Tagessätze (20% von Fr. 3'392.50) Fr. 678.50 Total Fr. 2'714.-- Dieses Total ist durch 30 Tage zu teilen, was Fr. 90.45 pro Tag ergibt. Ein Tagessatz in Höhe von Fr. 90.-- entspricht daher der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von A.. Die Vorinstanz hat A. zu einem Tagessatz von Fr. 80.-- verurteilt. Da nur A. Berufung erhoben hat und somit keine Verschärfung der Sanktionen erfolgen darf (Art. 146 Abs. 1 StPO), hat es bei einem Tagessatz von Fr. 80.-- zu bleiben. A. ist unter dem neuen Recht mithin zu einer Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 80.-- zu verurteilen. Zu Handen der Vorinstanz sei noch der Hinweis angebracht, dass die Höhe des Tagessatzes begründet werden muss. Es genügt daher nicht, einfach zu erklären, ein Tagessatz in einer bestimmten Höhe erscheine angemessen. Vielmehr hat das Gericht aufzuzeigen, wie es die Tagessatzhöhe bemessen hat und von welchen Grundlagen es ausgegangen ist. Erst damit wird die Bemessung der Tagessatzhöhe sowohl für den Verurteilten als auch für die Rechtsmittelinstanz nachvollziehbar und insbesondere überprüfbar. cc) Eine bedingte Strafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Diese Bestimmung dient vorab dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der unbedingten Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen. Die unbedingte Verbindungsgeldstrafe beziehungsweise Busse trägt ferner dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Verurteilten soll ein Denkmittel verpasst werden können, um ihm (und soweit nötig allen anderen) den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu demonstrieren, was bei Nichtbewährung droht. Das Hauptgewicht liegt jedoch auf der bedingten Freiheitsstrafe beziehungsweise der bedingten Geldstrafe, während der unbedingten Verbindungsstrafe beziehungsweise der Busse nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Diese soll nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die an sich verwirklichte Freiheitsstrafe oder Geldstrafe und die da-

### **E. 35**

mit verbundene Geldstrafe oder Busse in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 134 IV 1 E 4.5.2; zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2008, 6B\_366/2007, E 7.3). Vorliegend kann A. auch unter dem neuen Recht der bedingte Strafvollzug gewährt werden (vgl. unten Erwägung 10c/cc). Es stellt sich daher die Frage, ob eine Verbindungsstrafe oder Busse zusätzlich zu der bedingten Geldstrafe auszusprechen ist. Wie bereits in den Ausführungen zu Art. 172bis aStGB festgehalten, hat A. das grosse Vertrauen seines Arbeitgebers ohne Skrupel ausgenutzt und sich offenbar ohne Bedenken über die Rechtsordnung hinweggesetzt. Damit er den Ernst der Lage begreift, in die er sich durch sein Verhalten gebracht hat, und erkennt, wohin solches Verhalten führen kann, erscheint es dem Kantonsgerichtsausschuss angebracht, eine Busse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB auszusprechen, wie dies die Vorinstanz getan hat. Die Höhe der Busse hat sich sowohl am Verschulden als auch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verurteilten zu orientieren. Bei der Festsetzung der Höhe kommt der Vorinstanz ein weiter Ermessensspielraum zu, in den der Kantonsgerichtsausschuss nur

mit Zurückhaltung eingreift. Die Vorinstanz hat eine Busse in Höhe von Fr. 1'500.-- ausgesprochen. Diese erscheint in Berücksichtigung sämtlicher Zumessungskriterien als in ihrer Höhe vertretbar. Für die Busse hat die Vorinstanz eine Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Tagen festgesetzt. Dem Gericht steht bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe ein weiterer Ermessensspielraum zu. Ist eine solche für eine Verbindungsbusse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB zu einer bedingten Geldstrafe festzulegen, besteht allerdings die Besonderheit, dass das Gericht die Höhe des Tagessatzes für die bedingte Geldstrafe und damit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters bereits ermittelt hat. Das lässt es als sachgerecht erscheinen, die Tagessatzhöhe als Umrechnungsschlüssel zu verwenden, indem der Betrag der Verbindungsbusse durch jene dividiert wird (zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2008, 6B\_366/2007, E 7.3.3). Wendet man diese Grundsätze vorliegend auf die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe an und dividiert die Busse in Höhe von Fr. 1'500.-- durch die Tagessatzhöhe von Fr. 80.--, so gelangt man augenscheinlich zu einer höheren Anzahl Tage der Ersatzfreiheitsstrafe, als die Vorinstanz ausgesprochen hat. Da vorliegend jedoch nur der Verurteilte Berufung erhoben hat, darf das vorinstanzliche Urteil nicht verschärft werden (Art. 146 Abs. 1 StPO). Damit hat es mit den von der Vorinstanz ausgesprochenen 15 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe sein Bewenden. dd) Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig scheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Während

### **E. 36**

nach altem Recht für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nach dem neuen Recht das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Die Gewährung des bedingten Strafaufschubs setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang (BGE 134 IV 1 E 4.2.2). Es ist festzuhalten, dass vorliegend eine Verbindungsbusse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB ausgesprochen worden ist, die A. mit aller Deutlichkeit den Ernst seiner Lage vor Augen führt und ihm auch eine gewichtige Warnung sein wird. Die Prognose bezüglich A.s zukünftigem Verhalten fällt mithin nicht negativ aus. Neben dem Erfordernis der fehlenden ungünstigen Prognose (subjektive Voraussetzung) stellt Art. 42 Abs. 2 StGB eine objektive Schranke auf. Wurde der Täter nämlich innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Da A. bis anhin noch nie straffällig geworden ist, steht der Gewährung des bedingten Strafvollzuges auch diese objektive Schranke nicht entgegen. A. kann daher für die ausgesprochene Geldstrafe in Höhe von 270 Tagessätzen zu Fr. 80.-- der bedingte Vollzug gewährt werden. Dabei ist die Probezeit auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren festzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB). Die Busse kann von Gesetzes wegen nur unbedingt ausgesprochen werden. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit zu bestätigen. d) Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass A. unter dem alten Recht zu neun Monaten Gefängnis, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, sowie einer Busse von Fr. 1'500.-- verurteilt würde, während unter dem neuen Recht eine Geldstrafe in Höhe von 270 Tagessätzen zu Fr. 80.--, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, sowie eine Busse von Fr. 1'500.--, ersatzweise eine Frei-

heitsstrafe von 15 Tagen, auszusprechen sind. Damit erweist sich das neue Recht klar als das mildere, denn vorliegend kann sowohl unter dem alten als auch unter dem neuen Recht der bedingte Strafvollzug gewährt werden und Geldstrafe ist immer milder als Freiheitsstrafe (BGE 134 IV 82). Es muss mithin das neue Recht zur Anwendung gelangen. Davon ist bereits die Vorinstanz – zu Recht – ausgegangen. Aus den aufgezeigten Überlegungen hat sich im weiteren auch ergeben, dass die von der Vorinstanz ausgesprochene Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 80.--, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, sowie die Busse von Fr. 1'500.-- dem Verschulden von A. angemessen sind. Die Ersatzfreiheitsstrafe für die

### **E. 37**

Busse wiederum darf aufgrund des Verbots der reformatio in peius nicht erhöht werden. Das vorinstanzliche Urteil ist daher bezüglich der Strafzumessung zu bestätigen. 11. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich A. eines Betrugs schuldig gemacht hat, weshalb die diesbezügliche Verurteilung durch die Vorinstanz zu Recht erfolgt ist. Ebenso haben sich die durch die Vorinstanz ausgesprochene Geldstrafe in Höhe von 270 Tagessätzen zu Fr. 80.--, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, und die Busse von Fr. 1'500.--, Ersatzfreiheitsstrafe 15 Tage, als rechtens erwiesen. Unter diesen Umständen ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens A. zu überbinden (Art. 160 Abs. 1 StPO).

### **E. 38**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

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