Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.167/2006
6S.219/2006 /rom

Urteil vom 1. Februar 2007
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Thommen.

Parteien
6S.167/2006
Besonderes Untersuchungsrichteramt des Kantons Basel-Landschaft, 4410 Liestal, Beschwerdeführer,

gegen

X._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Advokat Ivo Trüeb,

und
6S.219/2006
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Ivo Trüeb,

gegen

Besonderes Untersuchungsrichteramt des Kantons Basel-Landschaft, Rheinstrasse 12, Postfach, 4410 Liestal,
Beschwerdegegnerin

Gegenstand
Betrug etc. (Art. 146 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerden (6S.219/2006 und 6S.167/2006) gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, vom 6. Dezember 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____, alias Xx._____, versprach dem in Lupsingen wohnhaften A._____ im Spätsommer 1997 die Gewährung eines Kredits über 3.5 Mio USD unter der Bedingung, dass letzterer 10% eigene Mittel einbringe. Anlässlich eines Treffens in Brüssel eröffnete A._____ auf Anweisung von X._____ ein Konto bei der 'B._____ Bank'. Auf dieses Konto überwies A._____ in der Folge von seinem Konto bei der C._____ Bank 500'000.– USD (723'250.– CHF) als 'Eigenkapitalnachweis'. Zur Abwicklung des Kreditgeschäfts musste A._____ ein Konto bei der D._____ Bank eröffnen, auf welches das versprochene Darlehen überwiesen werden sollte. Anhand einer gefälschten Überweisungsbestätigung und eines vorgetäuschten Anrufs bei der D._____ Bank machte X._____ A._____ glauben, dass der nunmehr auf 7.5 Mio USD erhöhte Kredit unwiderruflich zu Gunsten A._____s überwiesen worden sei. Daraufhin hob A._____ die als Eigenkapitalnachweis bei der 'B._____ Bank' deponierten 500'000.– USD ab und übergab sie X._____. Kurz darauf wurde A._____ mitgeteilt, dass Xx._____ bei einem Autounfall ums Leben gekommen sei und die Geschäfte von dessen Vater, EXx._____, weitergeführt würden.

Im Herbst 1997 stellte X._____, nunmehr alias Xxx._____, dem Hotelinvestor F._____ einen Kredit über 30 Mio FFR in Aussicht. Der 'Eigenkapitalnachweis' von 4.5 Mio FFR sollte auf einem von F._____ zu eröffnenden Konto deponiert werden. Nachdem letzterer vergeblich versuchte, ein Konto in Baden-Baden zu eröffnen, wandte sich X._____ als EXx._____ erneut an A._____, der als langjähriger Kunde der C._____ Bank gute Beziehungen zu deren Vizedirektor G._____ hatte. A._____ gegenüber gab er vor, die bevorstehende Kontoeröffnung durch F._____ sei notwendig, um doch noch die Auszahlung des ursprünglichen Kredits zu ermöglichen. A._____ informierte daraufhin Direktor G._____ über die vermeintlich bevorstehende Darlehensauszahlung und kündigte ihm eine Kontoeröffnung durch F._____ an. Auf Veranlassung von X._____ erarbeiteten G._____ und A._____ einen Mustertext eines Zahlungsauftrags im Hinblick auf eine Barauszahlung an A._____. Das Konto wurde durch F._____ eröffnet. Die Überweisung der 4.5 Mio FFR erfolgte am 18. Dezember 1997. Mittels einer per Fax der C._____ Bank zugestellten und der Vorlage nachgebildeten Zahlungsanweisung, welche die gefälschten Unterschriften von
F._____ und von dessen kollektiv zeichnungsberechtigten Anwalt H._____ enthielt, erwirkte X._____ die Barauszahlung des gesamten Betrags in Schweizer Franken an A._____. Dieser übergab die CHF 1'082'700.– einem Mitarbeiter von X._____ in Zürich.
B.
Mit Abwesenheitsurteil vom 25. November 2003 sprach das Strafgericht Basel-Landschaft X._____ des Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB) und der Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) schuldig und bestrafte ihn mit 3 Jahren Gefängnis. Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs sowie des Betrugs zulasten der C._____ Bank sprach es ihn frei. Auf Appellation hin bestätigte das Kantonsgericht Basel-Landschaft das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich.

Ein gegen A._____ eröffnetes Verfahren wurde durch das Besondere Untersuchungsrichteramt eingestellt.
C.
Gegen das kantonsgerichtliche Urteil erheben sowohl das Besondere Untersuchungsrichteramt Basel-Landschaft (6S.167/2006) als auch X._____ (6S.219/2006) eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. Das Untersuchungsrichteramt beantragt die Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils hinsichtlich der Freisprüche. X._____ verlangt die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung zur Einstellung.
D.
In seinen Gegenbemerkungen schliesst das Kantonsgericht Basel-Landschaft auf Abweisung der Beschwerden unter Hinweis auf seine Urteilsbegründung. Sowohl das Untersuchungsrichteramt als auch X._____ verzichten auf Stellungnahmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das angefochtene Urteil ist vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007 ergangen. Auf das Rechtsmittel dagegen ist noch das bisherige Verfahrensrecht anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG, e contrario), hier somit dasjenige der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP.

Am 1. Januar 2007 ist auch der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs in Kraft getreten. Die neuen Bestimmungen sind hier aber noch nicht von Bedeutung, da das Bundesgericht im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nur prüft, ob das kantonale Gericht das eidgenössische Recht richtig angewendet habe (Art. 269 Abs. 1 BStP), mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch gegolten hat (BGE 129 IV 49 E. 5.3 S. 51 f., mit Hinweisen).
I. Nichtigkeitsbeschwerde des Besonderen Untersuchungsrichteramts Basel-Landschaft (6S.167/2006)
2.
2.1 Die Nichtigkeitsbeschwerde steht unter anderem dem öffentlichen Ankläger des Kantons zu (Art. 270 lit. c BStP). Wem in einem bestimmten Fall die Funktion des öffentlichen Anklägers zukommt, sagt das kantonale Prozessrecht. Nach § 8 Abs. 4 StPO/BL hat das Besondere Untersuchungsrichteramt innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs dieselben Rechte und Pflichten wie die Statthalterämter und die Staatsanwaltschaft. Ei-

ne Aufsichts- oder Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft ist in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen. Der Beschwerdeführer ist somit in den ihm definitiv überlassenen Fällen öffentlicher Ankläger des Kantons und somit nach Art. 270 lit. c BStP grundsätzlich beschwerdelegitimiert (BGE 128 IV 237 E. 1).
2.2 Das erst- und das vorinstanzliche Urteil ergingen in Abwesenheit des Beschwerdegegners. Für den Beschwerdeführer ist das Abwesenheitsurteil letztinstanzlich (i.S.v. Art. 268 BStP), zumal er als Anklagebehörde kein Wiederaufnahmerecht hat (§ 199 StPO/BL; BGE 121 IV 340; 106 IV 227 E. 2; 80 IV 137 je m.H.; s.a. unten Erw. 4.1). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist er somit zur Beschwerde berechtigt.
3.
3.1 Das Untersuchungsrichteramt rügt eine Verletzung von Art. 146 StGB. Zu Unrecht und in Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Entscheid 6S.22/2003 vom 8. September 2003) habe die Vorinstanz Arglist verneint und eine Opfermitverantwortung der geschädigten C._____ Bank angenommen.
3.2 Gemäss der Vorinstanz handle es sich bei der Geschädigten um eine Bank. Bereits bei der Kontoeröffnung hätten sich Ungereimtheiten ergeben. Das 'Formular A' sei falsch ausgefüllt gewesen. Entgegen eigenen Vorgaben habe G._____ die Zustellung der Zahlungsanweisung per Fax akzeptiert. Infolge der verschiedenen Ungereimtheiten hätte die Echtheit der Zahlungsanweisung etwa mittels eines Kontrollanrufs verifiziert werden sollen. Ferner bestünden bei der Saldierung eines Kontos erhöhte Sorgfaltspflichten. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass G._____ im Zusammenhang mit der Entgegennahme und Ausführung der Zahlungsanweisung elementare Sorgfaltspflichten verletzt und damit leichtfertig gehandelt habe. Mangels Arglist liege kein Betrug durch den Beschwerdegegner vor.
3.3 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 Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft (Art. 146 Abs. 1 StGB). Nach der Rechtsprechung ist die Täuschung arglistig, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Diesen Sachverhalt erfüllt insbesondere das Vorlegen rechtswidrig erlangter oder gefälschter Urkunden und Belege (BGE 122 IV 197 E. 3d). Arglist ist nur gegeben, wenn die Überprüfung der falschen Angaben oder der betrügerischen Machenschaften nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist sowie wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BGE 126 IV 165 E. 2; 125 IV 124 E. 3; 122 IV 246 E. 3a, je m.H.).

Mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist verleiht das Gesetz dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung wesentliche Bedeutung. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Mindestmass an zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt. Abzustellen ist auf die konkrete Schutzbedürftigkeit des Opfers. Besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers sind in Rechnung zu stellen. So etwa diejenige von Banken im Rahmen von Kreditvergaben (BGE 119 IV 284 E. 6c). Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist für die Erfüllung des Tatbestands indes nicht erforderlich, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen trifft. 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 126 IV 165 E. 2a; 122 IV 197 E. 3d, 246 E. 3a; 119 IV 28 E. 3).
3.4 Umstritten ist, ob der C._____ Bank durch das Verhalten ihres Vizedirektors eine tatbestandsausschliessende Eigenverantwortung am Betrug zuzurechnen ist. Auch wenn Banken zu erhöhter Wachsamkeit aufgerufen und aufgrund des Fachwissens ihrer Organe ein erhöhter Sorgfaltsmassstab angesetzt werden kann, bleibt die zur Straflosigkeit des Täters führende Eigenverantwortung des Opfers dennoch die Ausnahme. 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; kritisch zur Alleinverantwortung des Opfers auch Gunter Arzt, Basler Kommentar StGB II, Art. 146 Rz. 59). Diese anhand von Fahrlässigkeitsdelikten entwickelten Regeln zur Opferverantwortung gelten umso mehr, wenn der Täter vorsätzlich handelt. Die Vorinstanz erkennt zunächst richtig, dass das Verhalten des Bankvizedirektors dem Vorgehen des Beschwerdegegners gegenüber zu stellen ist. In den folgenden Ausführungen gewichtet sie jedoch einseitig die von G._____ zu vertretenden Nachlässigkeiten. Dass diesen

Verfehlungen treffen, reicht für einen Tatbestandsausschluss nicht aus. Das
Strafrecht kennt insoweit keine Schuldkompensation. Vielmehr müsste die der Bank anzurechnende Leichtfertigkeit ihres Vizedirektors ein Ausmass annehmen, welches die Betrugsmachenschaften des Täters völlig in den Hintergrund treten lassen. Dies trifft vorliegend offenkundig nicht zu. Der Beschwerdegegner hat unter Aliasnamen operierend, sich als verschiedene Personen ausgebend und/oder Komplizen einschaltend, ein betrügerisches Kreditbeteiligungssystem erfunden, welches er mit letzter Konsequenz durchzog. In Bezug auf den Betrug zulasten A._____s ging das Strafgericht zu Recht von einem "riesigen, intensiven, systematischen und raffinierten Theater" aus (Strafgerichtsurteil S. 28). Diese Einschätzung lässt sich auch auf den Betrug zulasten der C._____ Bank übertragen. Hinzu kommt, dass er seine Betrugsmachenschaften mittels gefälschter Urkunden betrieb, was sich zusätzlich zu seinen Lasten auswirkt (vgl. Bundesgerichtsentscheid 6S.22/2003 vom 8. September 2003, E. 1.1.3). Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach das von der Bank zu vertretende Mitverschulden im Ergebnis die Betrugsmachenschaften des Beschwerdegegners entscheidend überwiegen soll, verletzt nach dem Gesagten Bundesrecht. Die Beschwerde ist deshalb
gutzuheissen, der Freispruch vom Betrug im Fall 2 (gemäss Anklageschrift vom 12. August 2003) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der vorstehenden Erwägungen zurückzuweisen. Dabei wird auch die Frage der Gewerbsmässigkeit neu zu beurteilen sein.

I. Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ (6S.219/2006)

4.

4.1 Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nur zulässig gegen Urteile, die nicht durch ein kantonales Rechtsmittel wegen Verletzung eidgenössischen Rechts angefochten werden können (Art. 268 Ziff. 1 BStP). Alle kantonalen Rechtsmittel, die eine freie Überprüfung des Bundesrechts ermöglichen, sind zu erschöpfen. Wer im Abwesenheitsverfahren verurteilt wurde, kann eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht nicht erheben, wenn er nicht vorher ein zulässiges Wiederaufnahmebegehren gestellt und eine Verurteilung im gewöhnlichen Verfahren verlangt hat. Wenn der Verurteilte dieses Gesuch nicht oder nicht rechtzeitig stellt, erschöpft er den kantonalen Instanzenzug nicht. Das Kontumazialurteil ist in diesem Falle mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht anfechtbar. Das Abwesenheitsurteil ist nur letztinstanzlich, wenn das kantonale Recht die Durchführung des ordentlichen Verfahrens vom Nachweis abhängig macht, dass der Verurteilte unverschuldet der ersten Gerichtsverhandlung ferngeblieben ist und wenn er diesen Nachweis nicht erbringen kann (BGE 121 IV 340; 106 IV 227 E. 2; 80 IV 137 je m.H.).

4.2 Vorliegend schrieb die Vorinstanz die Appellation infolge Verzichts ab und bestätigte das Abwesenheitsurteil des Strafgerichts. Der Beschwerdeführer beurteilt ein Wiederaufnahmegesuch als aussichtslos, weil bereits die erste Instanz sein Fernbleiben als unentschuldigt bewertet habe. Ob der Beschwerdeführer den Nachweis unverschuldeten Fernbleibens erbringen kann, ist vorliegend ungewiss. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb grundsätzlich zulässig. Indessen bezieht sich die Rüge, Staatsvertragsrecht sei aufgrund der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens und mangels gehöriger Vorladung verletzt, auf Fragen, welche gerade Gegenstand der Zulässigkeit eines Wiederaufnahmebegehrens sein werden. Damit liegt diesbezüglich kein Endentscheid vor. Anders verhält es sich mit der bestrittenen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte. Auf diese Frage könnte nur zurückgekommen werden, wenn dem Wiederaufnahmebegehren stattgegeben würde. Die Rüge ist deshalb zu behandeln.

5.

Der Beschwerdeführer bestreitet die örtliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung des Betrugs zulasten A._____s (Betrugsfall I). Das ganze Tatvorgehen habe sich im Ausland abgespielt, und auch die Entreicherung A._____s sei im Ausland eingetreten. Indem die Vorinstanz ihre Zuständigkeit bejahte, sei Art. 7 StGB verletzt worden.

5.1 Ein Verbrechen oder Vergehen gilt als da verübt, wo der Täter es ausführt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist (Art. 7 Abs. 1 StGB). Nach dem Ubiquitätsprinzip begründen sowohl Handlungs- als auch Erfolgsort einen Begehungsort. Als Handlung gelten alle objektiv tatbestandsmässigen (Teil-)akte einer strafbaren Handlung (vgl. Peter Popp, Basler Kommentar StGB I, Art. 7 N. 4). Auch bloss teilweise in der Schweiz begangene Tathandlungen begründen die hiesige Gerichtsbarkeit (BGE 111 IV 1, E. 2a). Die Handlung beginnt, wenn der Täter die Schwelle zwischen Vorbereitung und Versuch überschreitet (BGE 104 IV 175 E. 3a).

5.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass das bei der "B._____ Bank" eröffnete und eigens für die Transaktionen eingerichtete Konto von Anfang an nur als Durchlaufkonto gedacht war. Die eigentliche Vermögensminderung sei somit auf dem Konto des in Lupsigen/BL wohnhaften Geschädigten bei der C._____ Bank

in Liestal eingetreten. Ob sich ein Erfolgsort in dieser indirekten Form begründen lässt, ist fraglich, kann indes offen bleiben, weil der Betrug jedenfalls durch Handlungen in der Schweiz eingeleitet wurde, die der Beschwerdeführer beherrschte. Zwar wurde der Transfer vom Geschädigten vorgenommen, dies jedoch in der vom Beschwerdeführer provozierten irrtümlichen Annahme, dass die Auslandüberweisung für die Kreditabwicklung unabdingbar sei. Die Belastung des schweizerischen Bankkontos erscheint so als notwendige Teilhandlung des Betrugs, die dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Irrtumsherrschaft zuzurechnen ist (vgl. Guido Jenny, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, ZBJV 135/1999 S. 623 f.). Wohl bewirkte die Veranlassung des Transfers noch nicht die Schädigung, das Stadium der Vorbereitungshandlungen war damit aber eindeutig überschritten. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist die schweizerische Gerichtsbarkeit damit gegeben und seine Rüge abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.

Die Beschwerde des Besonderen Untersuchungsrichteramts wird gutgeheissen. In diesem Verfahren werden keine Kosten erhoben (Art. 278 Abs. 2 BStP). Die Beschwerde von X._____ wird - soweit darauf einzutreten ist - abgewiesen, wofür er kostenpflichtig wird (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde des Besonderen Untersuchungsrichteramts des Kantons Basel-Landschaft (6S.167/2006) wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, vom 6. Dezember 2005 im Sinne der Erwägungen aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Beschwerde von X._____ (6S.219/2006) wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Im Beschwerdeverfahren des Besonderen Untersuchungsrichteramts (6S.167/2006) werden keine Kosten erhoben. Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– im Beschwerdeverfahren 6S.219/2006 wird X._____ auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Besonderen Untersuchungsrichteramt des Kantons Basel-Landschaft und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Februar 2007

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: