Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 393/2007 /rom

Urteil vom 2. November 2007
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Favre,
Gerichtsschreiber Stohner.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Dr. Stefan Suter,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, Postfach, 4001 Basel,
Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, 4051 Basel.

Gegenstand
Veruntreuung (Art. 138 StGB); Strafzumessung (Art. 47 ff. StGB),

Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Juni 2007.

Sachverhalt:
A.
Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erklärte X._____ am 22. November 2006 zweitinstanzlich der Veruntreuung, des Betrugs, des gewerbsmässigen Betrugs und der gewerbsmässigen Geldwäscherei für schuldig und verurteilte ihn zu 28 Monaten Zuchthaus.
B.
Die vom Verurteilten gegen diesen Entscheid eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 18. April 2007 ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 6P.34/2007). Die gleichzeitig erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hiess es hingegen - zum Teil im Verfahren nach Art. 277 BStP - teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urteil 6S.46/2007).
C.
Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt sprach daraufhin X._____ mit Urteil vom 22. Juni 2007 in den beiden Punkten, betreffend welchen die Nichtigkeitsbeschwerde gutgeheissen worden war, von der Anklage des Betrugs frei, befand ihn insoweit jedoch der Veruntreuung für schuldig und verurteilte ihn (erneut) zu 28 Monaten Zuchthaus.
D.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Juni 2007 sei aufzuheben, er sei in den zwei von neuem beurteilten Punkten vom Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen, und er sei zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu verurteilen. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist nach dem 1. Januar 2007 und somit nach dem Datum des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) ergangen. Die Beschwerde untersteht daher dem neuen Recht (Art. 132 Abs. 1 BGG). Auf die vorliegende Beschwerde ist einzutreten, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der in ihren Anträgen unterliegenden beschuldigten Person (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 80 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 BGG) richtet.
1.2 Das Bundesgericht hat die Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers ausschliesslich in zwei Punkten - in den Fällen B._____ und D._____ - (teilweise) gutgeheissen. Wie bereits unter bisherigem Recht (vgl. Art. 277ter Abs. 2 aBStP) hat die Vorinstanz ihrer neuerlichen Überprüfung, welche sich auf die aufgehobenen Punkte zu beschränken hat, die Begründung der bundesgerichtlichen Kassation zugrunde zu legen. Einzig in diesem Umfang ist auch das vorinstanzliche Urteil vom 22. Juni 2007 vor dem Bundesgericht anfechtbar. Dabei ist dieses an die Erwägungen gebunden, mit denen es die Rückweisung begründet hat (vgl. BGE 133 IV 21 nicht publ. E. 3; 123 IV 1 E. 1 mit Hinweisen).
2.
Die Verurteilungen basieren auf folgendem Sachverhalt:

X._____ ist als Anbieter bzw. Vermittler von Investmentprogrammen mit überdurchschnittlichen Renditeversprechen aufgetreten und hat durch Vorspiegelung von Tatsachen Anleger bzw. Kreditnehmer irregeführt und so zur Überweisung erheblicher Geldbeträge an ihn veranlasst. Mit dem von den Anlegern zur Verfügung gestellten Kapital sollten durch den Handel mit Bankgarantien Gewinne in beträchtlicher Höhe generiert werden. Tatsächlich war X._____ jedoch zu keinem Zeitpunkt gewillt, die einbezahlten Beträge vereinbarungsgemäss zu investieren, sondern verwendete sie zu eigenen Zwecken.
2.1 Im Fall B._____ ist erstellt, dass dieser durch seinen Freund und Geschäftspartner F._____ motiviert worden ist, am 4. Juni 1997 den Betrag von US$ 275'000.– dem Beschwerdeführer zwecks Beteiligung an einem von diesem vermittelten Trading-Geschäft zu überweisen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6S.46/2007 vom 18. April 2007, E. 4.4).

Soweit der Beschwerdeführer diesen dem bundesgerichtlichen Urteil vom 18. April 2007 zugrunde liegenden Sachverhalt bestreitet und vorbringt, bei der Einzahlung von B._____ habe es sich nicht um eine Investition in ein Trading-Geschäft, sondern um ein Darlehen gehandelt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.
2.2 Der Bauunternehmer D._____ übergab dem Beschwerdeführer am 20. November 2001 einen ersten Check in der Höhe von US$ 200'000.– zwecks Teilnahme an einem von diesem angebotenen Investmentgeschäft. Rund zehn Monate später, am 3. September 2002, händigte D._____ dem Beschwerdeführer einen weiteren Check in der Höhe von US$ 30'000.– aus (Urteil des Bundesgerichts 6S.46/2007 vom 18. April 2007, E. 7.1). Während das Bundesgericht in Bezug auf die erste Überweisung von D._____ die Arglistigkeit der Täuschung und in der Folge den Tatbestand des Betrugs bejaht hat (a.a.O., E. 7.3), ist es betreffend der zweiten Zahlung von einer überwiegenden Opfermitverantwortung und damit von fehlender Arglist ausgegangen (a.a.O., E. 7.4.4).
3.
3.1 Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer, wie dargelegt, gestützt auf die Begründung der bundesgerichtlichen Kassation mangels nachgewiesener Arglistigkeit der Täuschung im Fall B._____ und - soweit die zweite Geldüberweisung betreffend - im Fall D._____ von der Anklage des Betrugs frei, befand ihn jedoch der Veruntreuung für schuldig. Sie hat erwogen, sowohl B._____ als auch D._____ hätten dem Beschwerdeführer die einbezahlten Beträge zwecks Investition in das Trading-Geschäft anvertraut. Dieser aber habe die Gelder vorsätzlich vereinbarungswidrig zu eigenen Zwecken verwendet (angefochtenes Urteil S. 6, E. 2.5, und S. 7 f., E. 3.3 f.).
3.2 In diesem Zusammenhang ist vorab klarstellend festzuhalten, dass der Veruntreuungsvorwurf (auch) in Bezug auf die Fälle B._____ und D._____ von der Anklageschrift explizit mitumfasst und hinreichend substantiiert ist. Die Begründung im angefochtenen Urteil stützt sich mithin vollumfänglich auf den in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt (vgl. hierzu das Urteil des Bundesgerichts 6P.34/2007 vom 18. April 2007, E. 3). Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes wird denn vom Beschwerdeführer richtigerweise auch

nicht gerügt.
3.3 Hingegen macht der Beschwerdeführer geltend, die Veruntreuung bilde keinen Auffangtatbestand des Betrugs, weshalb bei Wegfall eines Tatbestandsmerkmals des Betrugs nicht automatisch auf Veruntreuung geschlossen werden könne (Beschwerde S. 3, Ziff. 5). Er habe B._____ eine Werterhaltung des einbezahlten Geldes weder schriftlich noch konkludent zugesichert, weshalb es am subjektiven Tatbestand der Veruntreuung mangle (Beschwerde S. 4, Ziff. 8). Ebenso fehle es auch im Fall D._____ an einer entsprechenden Werterhaltungspflicht. In solchen Konstellationen den Veruntreuungstatbestand als erfüllt anzusehen, führe zum unhaltbaren Ergebnis, dass einem Betrüger die Pflicht auferlegt werde, ihm übergebene Vermögenswerte sorgsam zu verwahren (Beschwerde S. 5, Ziff. 11).
3.4 Gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB wird wegen Veruntreuung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet (Delikt gegen den Vermögenswert). Die tatbestandsmässige Handlung besteht bei der Veruntreuung von Vermögenswerten in einem Verhalten, durch welches der Täter eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (BGE 133 IV 21 E. 6.1.1; 121 IV 23 E. 1c mit Hinweisen).

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz und ein Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Nach der Rechtsprechung bereichert sich bei der Veruntreuung von Vermögenswerten unrechtmässig, wer die Vermögenswerte, die er dem Berechtigten jederzeit zur Verfügung zu halten hat, in seinem Nutzen verwendet, ohne fähig und gewillt zu sein, sie jederzeit sofort zu ersetzen (BGE 133 IV 21 E. 6.1.2; 118 IV 27 E. 3a und 32 E. 2a).

Als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern. Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen. Das Anvertrautsein von Vermögenswerten setzt dabei voraus, dass der Treuhänder ohne Mitwirkung des Treugebers über diese verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist. Daneben ist erforderlich, dass das Empfangene dem Treuhänder wirtschaftlich fremd ist. Dies ist der Fall, wenn der Treuhänder verpflichtet ist, dem Treugeber dessen Wert ständig zu erhalten (vgl. zum Ganzen BGE 133 IV 21 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen).
3.5 In sachverhaltlicher Hinsicht ist erstellt, dass sich der Beschwerdeführer verpflichtet hat, die Vorauszahlungen vollumfänglich zurückzuerstatten, sollten die Trading-Geschäfte nicht zustande kommen. Für den Fall der Abwicklung der Geschäfte sicherte er neben der Rückzahlung der Investition die Ausrichtung eines Gewinns zu (angefochtenes Urteil S. 6, E. 2.5 mit Hinweis auf die vorinstanzlichen Akten act. 1610, und S. 8, E. 3.3).

Die Gelder waren demnach dazu bestimmt, später wieder - allenfalls mit einer bestimmten Rendite - an die Anleger zurückzufliessen. Dieser Werterhaltungspflicht ist der Beschwerdeführer jedoch nicht nachgekommen, indem er die ihm übertragenen Vermögenswerte nicht vereinbarungsgemäss anlegte, sondern sie vorsätzlich zu eigenen Zwecken verwendete. Der Veruntreuungstatbestand ist damit sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt.
3.6 An dieser rechtlichen Beurteilung ändert nichts, dass der Beschwerdeführer diese Beträge durch Täuschung der Treugeber erlangt hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Vermögenswerte auch als anvertraut, wenn zur Erlangung der Verfügungsmacht eine Täuschung über den Rückerstattungswillen notwendig war und sich diese Täuschung gerade darauf bezog, dass der Getäuschte dem Täter die Vermögenswerte anvertraut (BGE 117 IV 429 E. 3c; vgl. auch Felix Bommer, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Diss. Bern 1996, S. 239 f.; Derselbe, Zum Verhältnis von Betrug und Veruntreuung, Urteilsanmerkung, ZBJV 141/2005, S. 125 ff.; Jürg-Beat Ackermann, Wirtschaftsstrafrecht 2003-2005, Aktuelle Rechtsprechung, in: Aktuelle Anwaltspraxis, Bern 2005, S. 661; a.M. Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 138 N. 193). Im Unterschied zum Betrugstatbestand fehlt bei Art. 138 StGB ein Tatbestandsmerkmal, über welches sich eine Geschädigtenmitverantwortung berücksichtigen liesse (Urteil des Bundesgerichts 6S.56/2004 vom 3. Juli 2004. E. 6; Ackermann, a.a.O., S. 661). Wegen Veruntreuung zu bestrafen ist deshalb auch derjenige, der sich das
Vertrauen erschlichen hat und der sich über seine wahren Absichten hinsichtlich der Verwendung des Vermögenswerts bereits bei der Übergabe im Klaren gewesen ist. Dies ist durchaus sachgerecht, denn anders zu entscheiden hiesse, es dem Täter zu ermöglichen, sich durch eine (zivilrechtlich rechtswidrige) Täuschung sei-

ner Werterhaltungspflicht zu entledigen (Bommer [2005], a.a.O., S. 126).

Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit dem vom Beschwerdeführer angeführten BGE 133 IV 21, wo die von den geschädigten Kunden übertragenen Vermögenswerte reine Vermittlungsgebühren - d.h. Gegenleistungen für die versprochenen vertraglichen Leistungen - darstellten. Diese Gelder hätten mithin gerade nicht in fremdem Interesse in einer bestimmten Weise investiert werden müssen.
4.
4.1 Im Strafpunkt hat die Vorinstanz gefolgert, die Grundtatbestände des Betrugs und der Veruntreuung wiesen denselben Strafrahmen auf. Das Verschulden des Beschwerdeführers ändere sich nicht wesentlich dadurch, dass sein Verhalten mangels Arglist der Täuschung nicht als Betrug, sondern als Veruntreuung gewürdigt werde. Auch die Gesamtdeliktssumme bleibe sich gleich. Folglich erscheine die Strafhöhe von 28 Monaten weiterhin angemessen (angefochtenes Urteil S. 8, E. 5.1).

Diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Angesichts des identischen Strafrahmens der beiden Tatbestände und des der Vorinstanz bei der Strafzumessung zustehenden weiten Ermessens verletzt das angefochtene Urteil insoweit kein Bundesrecht.
4.2 Die Vorinstanz hat weiter ausgeführt, bei einem Strafmass von 28 Monaten komme nach neuem Recht grundsätzlich der teilbedingte Vollzug der Strafe in Betracht. Im zu beurteilenden Fall seien jedoch die materiellen Voraussetzung hierfür nicht erfüllt, da der Beschwerdeführer mehrere einschlägige Vorstrafen aufweise und keine besonders günstigen Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorlägen (angefochtenes Urteil S. 9 f., E. 5.2.1).
4.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, er sei 71 Jahre alt und lebe ein bescheidenes Rentnerleben. Es bestehe kein Grund, eine unbedingte Strafe auszusprechen, um ihn von der angeblichen Begehung weiterer Taten abzuhalten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien somit besonders günstige Umstände gegeben (Beschwerde S. 6, Ziff. 15).
4.4 Art. 43 Abs. 1 StGB sieht bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und drei Jahren die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs vor. Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Die Auffassung, dass die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB gelten müssen, entspricht ganz überwiegender Lehrmeinung (statt vieler Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 50 S. 144; Georges Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des
Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2006, S. 111 ff.; Christian Schwarzenegger/Markus Hug/Daniel Jositsch, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 130 ff.; a.M. André Kuhn, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121/2003 S. 273 und Anm. 36).
4.5 Eine Besonderheit in der Prognosebildung gilt für den Fall, dass der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden ist (Art. 42 Abs. 2 StGB). Liegt ein Rückfall im Sinne dieser Bestimmung vor, ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Darunter sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998; BBl 1999 II S. 2050). In solchen Konstellationen gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose bzw. des Fehlens einer ungünstigen Prognose gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB nicht. Vielmehr kommt der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte (Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141). Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle

Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert werden (ähnlich: Greiner, a.a.O., S. 101). Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters (Botschaft, S. 2050; Greiner, a.a.O., S. 101; Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141). Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren (vgl. Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141).
4.6 Der Beschwerdeführer weist mehrere einschlägige Vorstrafen auf. Insbesondere ist er am 25. Oktober 1996 - und damit innerhalb der letzten fünf Jahre vor seiner zum Nachteil von B._____ begangenen Veruntreuung - durch das Obergericht des Kantons Zürich aufgrund ähnlich gelagerter Taten wegen gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Veruntreuung und Urkundenfälschung zu 22 Monaten Gefängnis verurteilt worden (vorinstanzliche Akten act. 11).

Besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB, welche den teilbedingten Vollzug der Strafe zu rechtfertigen vermöchten, bestehen nicht. Nicht entscheidend ist insbesondere das fortgeschrittene Alter des Beschwerdeführers, steht dieses doch - wie die Vorinstanz zutreffend darlegt - der weiteren Begehung von Wirtschaftsdelikten nicht entgegen. Zudem wurde seiner erhöhten Strafempfindlichkeit bei der Bemessung der Strafe explizit Rechnung getragen.

Das vorinstanzliche Urteil hält somit auch in diesem Punkt der bundesgerichtlichen Überprüfung stand.
5.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Da seine Rechtsbegehren als von vornherein aussichtslos zu bezeichnen sind, kann dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden (Art. 64 BGG). Bei diesem Ausgang trägt der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist seinen finanziellen Verhältnissen Rechnung zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. November 2007
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: