Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.388/2005 /zga

Urteil vom 3. Februar 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Zünd,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Frei,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug etc.,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,
vom 17. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Zürich erklärte X._____ am 15. März 2004 des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB, der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von von Art. 251 Ziff. 1 StGB, der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB sowie des Wuchers im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 StGB schuldig. Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Wuchers im Sinne von Art. 157 Ziff. 1 und 2 StGB sprach es ihn frei. Es verurteilte ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 25 Monaten und 15 Tagen, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. März 1997.

Dagegen legte der Verurteilte Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein. Dieses bestätigte am 17. Juni 2005 das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten und 15 Tagen Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. März 1997.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sowie ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde. Eine Stellungnahme der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich wurde nicht eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung. Er rügt namentlich, dass die Vorinstanz bei richtiger Gewichtung sämtlicher Strafzumessungsgründe nach Art. 63 StGB eine Strafe hätte ausfällen müssen, deren Vollzug zur Bewährung nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB hätte ausgesetzt werden können, zumal ihm eine günstige Prognose für die Zukunft zu stellen sei.
2.
Im angefochtenen Urteil sind Straftaten zu beurteilen, die teils vor und teils nach der ersten Urteilsfällung vom 4. März 1997 begangen worden sind. Mithin liegt auf der einen Seite retrospektive Konkurrenz vor, auf der andern eine neue Tat; beide Delikte (oder Deliktsgruppen) bilden Gegenstand desselben Urteils. Nach der Rechtsprechung zu Art. 68 StGB ist in solchen Fällen eine Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum früheren Urteil auszufällen (BGE 69 IV 54 E.4; 115 IV 17 E. 5b/bb; vgl. BGE 116 IV 14 und 129 IV 113 E. 1.1 mit Hinweisen).
Vorliegend scheint die Vorinstanz bei der Bildung der teilweise als Zusatzstrafe auszusprechenden Strafe methodisch nicht richtig vorgegangen zu sein. Zunächst hätte sie eine hypothetische Strafe für die nach der Verurteilung begangenen Taten festsetzen und alsdann eine hypothetische Gesamtstrafe für die vor der Verurteilung begangenen Taten zusammen mit der bereits ausgefällten Strafe bilden müssen. Die für die vor der Verurteilung begangenen Taten auszufällende Zusatzstrafe hätte sich aus der Differenz der hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits ausgefällten Strafe vom 4. März 1997 ergeben. Da die mit Zusatzstrafe zu ahndenen Straftaten schwerer wiegen, wäre ausgehend von dieser Zusatzstrafe eine Erhöhung für die nach der Verurteilung begangenen Taten vorzunehmen gewesen. Diese Erhöhung hätte nur angemessen sein dürfen (Art. 68 Abs. 1 StGB), also geringer ausfallen müssen als die Strafe, die für die nach der Verurteilung begangenen Straftaten bei selbständiger Beurteilung ausgefällt worden wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.254/2005 vom 14. Dezember 2005).

Die Vorinstanz ermittelte demgegenüber eine Gesamtstrafe für alle verübten Straftaten und teilte diese - unter Abzug der bereits ausgefällten Strafe vom 4. März 1997 - auf die vor und nach dieser früheren Verurteilung begangenen Taten auf. Da bei einer Gesamtstrafenbildung für alle begangenen Taten der Täter in der Regel besser fährt als bei einer unabhängigen Beurteilung derselben Taten, wirkt sich die gewählte Vorgehensweise der Vorinstanz im Ergebnis nicht zu Lasten des Beschwerdeführers aus.
3.
Gemäss Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Dem Sachrichter steht bei der Gewichtung der im Rahmen der Strafzumessung zu beachtenden Komponenten ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift in dieses auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur ein, wenn der kantonale Richter den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn er von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn er wesentliche Gesichtspunkte ausser acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1).
4.
Die Vorinstanz ging bei der Bemessung der Strafe vom gewerbsmässigen Betrug als schwerste Tat aus (Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB). Dieser Tatbestand droht Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Gefängnis nicht unter drei Monaten an. Strafschärfend berücksichtigte sie die Deliktsmehrheit (Art. 68 Ziff. 1 StGB), strafmildernd die dem Beschwerdeführer attestierte verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 in Verbindung mit Art. 66 StGB). Der abstrakte Strafrahmen betrug demnach zwischen drei Tagen Gefängnis und 15 Jahren Zuchthaus. In Anwendung von Art. 63 StGB würdigte die Vorinstanz sodann das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers. Sie stufte sein Verschulden als erheblich ein. Straferhöhend berücksichtigte sie die teilweise mehrfache Tatbegehung und die teilweise einschlägige Vorstrafe aus dem Jahre 1990. Strafmindernd trug sie der verminderten Zurechnungsfähigkeit, dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer während längerer Zeit wohl verhalten hat (Art. 64 al. 8 StGB), seinem Geständnis und der damit verbundenen Einsicht sowie der Verletzung des Beschleunigungsgebots Rechnung.

In Würdigung dieser Strafzumessungsgründe hielt die Vorinstanz eine Gesamtstrafe von 20 Monaten und 15 Tagen für angemessen. Für die vor der früheren Verurteilung vom 4. März 1997 begangenen Straftaten, welche nach ihren Feststellungen schwerer wiegen, fällte sie eine Grundstrafe von 17 Monaten und 15 Tagen aus, welche zugleich die Zusatzstrafe zur bereits ausgefällten Gefängnisstrafe von 45 Tagen bildet. Diese Strafe hat sie

wegen der nach der früheren Verurteilung begangenen Taten um drei Monate "erhöht".
5.
Der Beschwerdeführer beanstandet die Strafzumessung unter verschiedenen Aspekten.
5.1 Er macht zunächst geltend, die festgestellte mittelgradige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit habe sich offensichtlich nicht genügend auf das Strafmass ausgewirkt. Diese Kritik geht an der Sache vorbei. Aus dem angefochtenen Urteil, insbesondere den Erwägungen zur Tatschwere und Tatschuld, geht hervor, dass die Vorinstanz - bei einem theoretisch anwendbaren Strafrahmen von bis zu 15 Jahren Zuchthaus - eine weit höhere "Einsatzstrafe" ins Auge gefasst hätte, wäre der Beschwerdeführer zurechnungsfähig gewesen. In diesem Zusammenhang ist denn auch darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft eine Bestrafung von 42 Monaten Gefängnis beantragte. Der Strafmilderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit hat sich mithin zumindest im Umfang von mehreren Monaten und somit ausreichend auf das vorliegende Strafmass niedergeschlagen. Dies bringt die Vorinstanz denn auch deutlich zum Ausdruck, wenn sie festhält, dass der attestierten verminderten Zurechnungsfähigkeit mit einer erheblichen Strafreduktion Rechnung zu tragen sei.
5.2 Sodann ist - auch mit Blick auf die neurechtliche Verjährungsregelung - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden, wie die Vorinstanz den Strafmilderungsgrund des Wohlverhaltens während längerer Zeit (Art. 64 al. 8 StGB) für die Taten nach Mitte Juni 1996 zur Anwendung brachte.

Art. 64 al. 8 StGB knüpft an den Gedanken der Verjährung an. Als Masstab für die verhältnismässig lange Zeit dient dabei die relative (ordentliche) Verjährungsfrist, wobei die Ausfällung des (zweitinstanzlichen) Sachurteils massgebend ist (BGE 115 IV 95 E. 3). Ist diese Frist nahezu abgelaufen, ist eine Strafmilderung wegen Zeitablaufs ohne weiteres zu ermöglichen, soweit sich der Täter in dieser Zeit wohl verhalten hat (vgl. BGE 92 IV 204). Damit sich die nach neuem Recht längeren Verjährungsfristen nach Art. 70 StGB im Hinblick auf eine allfällige Anwendung von Art. 64 al. 8 StGB nicht nachteilig auf den Betroffenen auswirken, hat der Richter diese Regelung nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung grosszügiger zu handhaben. Die Bedingung des Zeitablaufs muss daher, namentlich bei einer anwendbaren relativen Verjährungsfrist von 15 Jahren, in jedem Fall bereits dann als gegeben erachtet werden, wenn zwei Drittel dieser Frist verstrichen ist (vgl. zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 6S.239/2005 vom 9. November 2005 ).

Da vorliegend sowohl unter alt- als auch neurechtlicher Verjährungsregelung die Beurteilung der verhältnismässig langen Zeit im Ergebnis gleich ausfällt, durfte die Vorinstanz die nicht in die Nähe der zehnjährigen relativen Verjährungsfrist fallenden Taten ab Mitte Juni 1996 nach Massgabe von Art. 63 StGB nur leicht strafmindernd berücksichtigen.
5.3 Soweit der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sein Geständnis und die damit verbundene Einsicht in das Unrecht seiner Straftaten nicht genügend gewichtet, erweist sich die Beschwerde ebenfalls als unbegründet. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sowohl im Untersuchungs- als auch im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren keine Einsicht zeigte. Erst im Vorfeld der Berufungsverhandlung legte er ein Geständnis ab, das er anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vor der Vorinstanz bestätigte. Mit Blick auf den späten Zeitpunkt des Geständnisses durfte die Vorinstanz dasselbe deshalb nur leicht strafmindernd berücksichtigen.
5.4 Schliesslich kritisiert der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Strafzumessung im Hinblick auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 41 Ziff. 1 StGB. Er beruft sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Grenze von 18 Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei der Strafzumes-sung zu berücksichtigen ist, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer, d.h. von höchstens 21 Monaten, in Betracht fällt und die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs im Übrigen erfüllt sind (BGE 127 IV 97 E. 3; 118 IV 337).

Bei der Einschätzung der Bewährungsaussichten nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, steht dem Richter ein erhebliches Ermessen zu, in welches das Bundesgericht auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur eingreift, wenn er von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgeht oder diese in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens un-richtig gewichtet. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 128 IV 193

E. 3a)
Die Vorinstanz verweist bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten vorab auf die im Gutachten vom 24. März 2005 festgestellte sehr hohe Rückfallgefahr, deren Ausmass sie aber - soweit dieses vom Gutachter mit der fehlenden Einsicht des Beschwerdeführers begründet wurde - wegen des abgelegten Geständnisses relativiert. Sodann würdigt sie die Erwerbssituation des Beschwerdeführers. Dabei erachtet sie entgegen dessen Einwand nicht die ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit als solche prognostisch als eher ungünstig, sondern lediglich den Umstand, dass er dieser Arbeit erst seit wenigen Monaten nachgeht und es daher fraglich erscheint, ob ihm diese Tätigkeit einen genügenden Halt zu bieten vermag. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Die auf die engere Familie beschränkte soziale Einbindung des Beschwerdeführers bewertet die Vorinstanz ebenfalls zu Recht als eher negativ, zumal ihn die familiäre Einbindung nicht vom Delinquieren hat abhalten können und weitere tragfähige soziale Beziehungen, welche ihm eine zusätzliche Stütze sein könnten, nicht be-stehen. Nicht zu beanstanden ist schliesslich auch, wenn die Vorinstanz das Alkoholproblem und die teilweise einschlägige Vorstrafe des Beschwerdeführers aus dem Jahre 1990 als
eher ungünstig für die Prognose beurteilt. Demgegenüber übersieht die Vorinstanz nicht, dass sich dieser während einer verhältnismässig langen Zeit wohl verhalten und mit dem im zweitinstanzlichen Verfahren abgelegten Geständnis eine gewisse Einsicht in das Unrecht seiner Taten bekundet hat. Diesen positiven Faktoren misst sie indes mit Blick auf die zahlreichen negativen Gegenindizien im Rahmen der Gesamtwürdigung kein entscheidendes Gewicht bei. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen eine günstige Prognose für das künftige Verhalten ausschliesst, überschreitet sie das ihr zustehende weite Ermessen nicht. Die Tatsache, dass sie die Wirkung einer bedingten Gefängnisstrafe unter prognostischem Blickwinkel nicht explizit erörtert, vermag an der eingehenden Gesamtwürdigung, die gegen die Gewährung des bedingten Strafvollzugs spricht, im Ergebnis aber nichts zu ändern.
5.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die beanstandete Strafzumessung im Ergebnis mit Bundesrecht vereinbar ist. So wirkt sich das Vorgehen der Vorinstanz hinsichtlich der Festlegung der teilweise als Zusatzstrafe auszusprechenden Strafe für den Beschwerdeführer nicht nachteilig aus. Im Rahmen von Art. 63 StGB hat die Vorinstanz die massgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt und diese nachvollziehbar gewürdigt. Von einer zu starken oder zu geringen Gewichtung einzelner Strafzumessungsfaktoren kann keine Rede sein. Die entscheidenden Strafminderungsgründe haben sich - bei einer gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil zusätzlichen Herabsetzung der Strafe um fünf Monate - ausreichend auf das Strafmass niedergeschlagen. Schliesslich kann die teilweise als Zusatzstrafe ausgesprochene Strafe von 20 Monaten und 15 Tagen auch im Ergebnis nicht als übertrieben hart qualifiziert werden, so dass von einem eigentlichen Ermessensmissbrauch gesprochen werden müsste (BGE 127 IV 101 E. 2c; 123 IV 49 E. 2a).
6.
Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 278 Abs.1 BStP). Die beantragte unentgeltliche Rechtspflege kann nicht bewilligt werden, weil das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers von vornherein aussichtslos erschien (Art. 152 Abs. 1 OG). Den angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit einer reduzierten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
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 Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Februar 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: