Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.37/2003 /kra

Urteil vom 5. November 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter Eigenmann, Eierbrechtstrasse 66, Postfach 307, 8053 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug, mehrfache Urkundenfälschung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,
vom 22. November 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Horgen erklärte X._____ mit Urteil vom 2. November 1995 des gewerbsmässigen Betruges sowie der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu drei Jahren Gefängnis. Ferner verpflichtete es ihn, dem Staat als Ersatz für den nicht mehr vorhandenen, unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil Fr. 100'000.– zu bezahlen, wobei sich die Ersatzforderung in dem Umfange ermässigen sollte, als der Beurteilte seine Schadenersatzpflicht gegenüber den Geschädigten erfüllt hat. Zudem verurteilte es ihn zur Leistung von Schadenersatz an die Geschädigten. Die von den Untersuchungsbehörden beschlagnahmten Gelder zog es unter Vorbehalt der Verwendung nach Art. 60 StGB zu Gunsten des Staates ein.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine von X._____ gegen dieses Urteil erhobene Berufung am 7. Juni 1996 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil in allen Teilen. Eine hiegegen vom Beurteilten erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 29. September 1997 gut. Es hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurück, welches am 30. November 1999 eine zweite Berufungsverhandlung durchführte. Mit Urteil vom 13. November 2000 erklärte es X._____ wiederum des gewerbsmässigen Betruges und der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und setzte die Strafe neu auf 18 Monate Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von vier Jahren, sowie auf Fr. 10'000.– Busse fest. Gegen diesen Entscheid führte X._____ nochmals kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 25. Februar 2002 wegen Verletzung des Konzentrationsgrundsatzes gemäss § 183 Abs. 1 StPO/ZH erneut guthiess.

Mit Urteil vom 22. November 2002 erklärte das Obergericht des Kantons Zürich X._____ ein drittes Mal des gewerbsmässigen Betruges und der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn nunmehr

zu 16 Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von drei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 10'000.–. In einzelnen Punkten sprach es ihn von der Anklage des Betruges frei. Die Ersatzforderung zugunsten des Staates reduzierte es auf Fr. 50'000.–. Hinsichtlich der Nebenpunkte bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und er sei von Schuld und Strafe freizusprechen bzw. die Sache sei zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
C.
Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.
D.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat mit Beschluss vom 25. Juni 2003 eine in der selben Sache eingereichte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Vorinstanz stellt folgenden, für den Kassationshof verbindlichen Sachverhalt fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP):

Der Beschwerdeführer gründete am 3. Februar 1986 zusammen mit zwei weiteren Personen die Vermögensverwaltungsgesellschaft Y._____AG. Im Sommer 1987 kam er aufgrund eines Zeitungsinserates in Kontakt mit zwei deutschen Geschäftsleuten, mit denen er in der Folge ein Programm für Vermögensanlagen unter der Bezeichnung "Goldene Rendite" (GR-Programm) entwickelte. Dieses Programm erlaubte Einlagen ab DM 10'000.– mit einer minimalen Laufzeit von einem Jahr und versprach den Anlegern zunächst eine sukzessiv steigende Festrendite von 15% bis 18%, später eine fixe Festrendite von 16% bzw. 15%. Der Beschwerdeführer bot das GR-Programm im Herbst 1987 zunächst über die Y._____AG, danach über die am 7. Dezember 1987 gegründete Z._____AG an. Die Y._____AG liess er, nachdem das GR-Programm angelaufen war, in Konkurs gehen und übertrug deren Vermögenswerte auf die neu gegründete Gesellschaft.

Zur Kundenaquirierung setzte der Beschwerdeführer von ihm instruierte Vermittler ein. Diese verwendeten verschiedene, mit Einverständnis des Beschwerdeführers erstellte Werbeunterlagen, welche allesamt falsche Angaben enthielten. Von Oktober 1987 bis Dezember 1990 beteiligten sich mehr als 130 deutsche Kunden in über 160 Verträgen am GR-Programm. Dabei flossen der Z._____AG gesamthaft ca. Fr. 3,1 Millionen zu. Von diesem Betrag investierte der Beschwerdeführer lediglich ca. Fr. 1,3 Millionen direkt oder indirekt in den Wertschriftenhandel, wobei er praktisch einen Totalverlust erlitt. Einen Betrag von rund Fr. 658'000.– verwendete der Beschwerdeführer nicht für Belange des GR-Programms, sondern namentlich etwa für Leistungen an Treuhandkunden und andere Drittpersonen, die nicht im Zusammenhang mit dem Anlageprogramm standen. Ein - grösstenteils aus Anlagegeldern stammender - Betrag von insgesamt rund Fr. 843'000.– floss auf Privatkonten des Beschwerdeführers. Hievon investierte er ca. Fr. 284'000.– in seinen eigenen privaten Wertschriftenhandel. Schliesslich verwendete der Beschwerdeführer Fr. 1,2 Millionen für Rendite- und Kapital(teil)rückzahlungen sowie für Agiozahlungen und Provisionen für die Vermittler.

Während der gesamten Laufzeit des GR-Programms leitete der Beschwerdeführer weder Belege noch irgendwelche Unterlagen an die mit der Buchführung betraute Unternehmung weiter, so dass das Programm nie in der Buchhaltung der Z._____AG aufschien. Die Buchhaltung wurde daher für die Jahre 1987/88, 1989 und 1990 unvollständig und damit unrichtig geführt. Damit veranlasste der Beschwerdeführer die Kontrollstelle zur Erstellung inhaltlich unrichtiger Jahresabschlüsse.
2.
Die Vorinstanz begründet den Schuldspruch des gewerbsmässigen Betruges damit, dass der Beschwerdeführer an die Interessenten in wesentlichen Punkten nicht der Wahrheit entsprechende Werbeunterlagen abgegeben bzw. durch die Vermittler habe abgeben lassen, wodurch sich jene zu einer Anlage hätten motivieren lassen. In den Werbematerialien habe der Beschwerdeführer vorgespiegelt, es handle sich beim GR-Programm um ein risikoloses, durchkalkuliertes und finanziell abgesichertes Investitionsprogramm. Namentlich sei darin

wahrheitswidrig behauptet worden, Renditeauszahlungen und Rückzahlungen der Kundeneinlagen seien durch Wertpapiere gesichert, die Renditen würden nur aus realisierten Gewinnen bzw. Reserven ausbezahlt, es würden laufend Reserven gebildet, es bestünden Rücklagen in Form von Edelmetallbeständen (Gold-, Silber- und Platinbarren) sowie Diamanten und das Risiko für etwaige Verluste würde durch die Z._____AG und den Beschwerdeführer persönlich getragen.
3.
3.1 Der Beschwerdeführer macht zunächst eine Verletzung des verfassungsmässigen Grundsatzes "in dubio pro reo" geltend, weil die Vorinstanz davon abgesehen habe, das bei den Vermittlern liegende Werbematerial beizuziehen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist der staatsrechtlichen Beschwerde vorbehalten (Art. 269 Abs. 2 BStP). Auf die Beschwerde kann daher in diesem Punkt nicht eingetreten werden. Dasselbe gilt, soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht.
3.2
3.2.1 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Geschädigten seien nicht aufgrund des Werbematerials, sondern ausschliesslich durch die Überzeugungsarbeit der Vermittler zu ihren Anlagen motiviert worden. Er selbst habe nie arglistig Anleger für sein Renditeprogramm geworben. Es fehle daher am Kausal- und Motivationszusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Entschluss der Geschädigten zur Anlage in das GR-Programm.
3.2.2 Die Frage, ob das Werbematerial für den Anlageentscheid der Geschädigten kausal war, beschlägt eine Tatfrage (BGE 122 IV 17 E. 2c/aa S. 23 mit Hinweisen; 101 IV 149 E. 2b). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheides richten, sind im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde indessen nicht zulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an den von der kantonalen Behörde festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Insoweit kann auf die Beschwerde ebenfalls nicht eingetreten werden.

Im Übrigen legt die Vorinstanz einlässlich dar, dass die Geschädigten aufgrund des vom Beschwerdeführer zu verantwortenden Werbematerials zu den Investitionen bewegt worden sind. Nach ihren Feststellungen waren die Werbeunterlagen für den Anlageentscheid der Geschädigten zumindest mitbegründend. Inwieweit das Verhalten der einzelnen Vermittler ebenfalls als strafbar erscheint, ist ohne Einfluss auf die Frage der Strafbarkeit des Beschwerdeführers. Es kann hier ohne weiteres auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Art. 36a Abs. 3 OG).
3.3 Nicht zu beanstanden ist sodann, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der angeklagten Handlungen entsprechend der Anklageschrift 15 Einzelfälle detailliert geprüft und für die übrigen gleich gelagerten Fälle angenommen hat, der Tatbestand sei aufgrund derselben Vorgehensweise des Beschwerdeführers ebenfalls erfüllt.

Nach der Rechtsprechung spricht bei Serienbetrügen, wo die Fälle in tatsächlicher Hinsicht gleich gelagert sind und sich bezüglich Opfergesichtspunkten nicht wesentlich unterscheiden, nichts dagegen, in allgemeiner Weise für alle Einzelhandlungen gemeinsam zu prüfen, ob die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Wohl muss der Richter anschliessend auch die Einzelfälle prüfen. Dabei genügt es aber, wenn eine ausführliche fallbezogene Erörterung der einzelnen Merkmale nur in denjenigen Fällen erfolgt, die in deutlicher Weise vom üblichen Handlungsmuster abweichen (vgl. BGE 119 IV 284 E. 5a). Wo die Vorgehensweise bei den Einzelfällen nicht nur ähnlich oder gleich gelagert, sondern identisch ist, entfällt somit die Notwendigkeit einer Prüfung der einzelnen Betrugshandlungen, sofern der Tatbestand schon aufgrund des Handlungsmusters für alle Opfer erfüllt ist. Dies ist bei den hier in Frage stehenden Anlagebetrügen der Fall.

Von daher wendet sich der Beschwerdeführer zu Unrecht gegen den Schuldspruch hinsichtlich des Geschädigten A._____, der nicht unter den 15 speziell hervorgehobenen Musterfällen aufgeführt ist, anhand denen die Vorinstanz die Vorgehensweise des Beschwerdeführers beurteilt hat. Die Betrugshandlungen zum Nachteil von A._____ unterscheiden sich von jenen nicht. Der Beschwerdeführer räumt denn auch selbst ein, der Vermittler, der den Geschädigten A._____ geworben habe, habe diesem das Werbematerial ebenfalls ausge-

händigt. Die Annahme der Vorinstanz, der Geschädigte A._____ habe sich ebenso wie die anderen Anleger von den in den Werbeunterlagen enthaltenen falschen Versprechungen resp. den darauf basierenden Erklärungen der Vermittler zur Investition motivieren lassen, ist daher nicht zu beanstanden. Dass der Vermittler den Geschädigten A._____ ein zusätzliches Dokument unterzeichnen liess, ändert daran nichts, da es sich dabei, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, nicht um Werbematerial handelt, das für den Anlageentscheid relevant gewesen sein könnte. Der Beschwerdeführer bringt nichts weiter vor, was diesen Fall vom üblichen Handlungsmuster unterscheiden würde. Dass der Vermittler im Strafverfahren, das gegen ihn
selbst geführt wurde, freigesprochen worden ist, führt zu keinem anderen Ergebnis, da eine allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vermittler für die Frage, ob sich der Beschwerdeführer selbst strafbar gemacht hat, ohne Bedeutung ist.
4.
Unbegründet ist die Beschwerde sodann, soweit der Beschwerdeführer den Schuldspruch der Falschbeurkundung rügt. Er macht in diesem Punkt geltend, in der Anklageschrift sei nirgends dargetan, weshalb das GR-Programm überhaupt in den Büchern der Z._____AG hätte aufscheinen müssen. Er habe daher keine Falschbeurkundung begangen, wenn er der Auffassung seines Treuhänders vertraut habe, er müsse das GR-Programm nicht in der Buchhaltung der Z._____AG aufführen.

Die Vorinstanz erachtet indes nicht für nachgewiesen, dass der die Kontrollstelle führende Treuhänder sich gegenüber dem Beschwerdeführer in dieser Richtung geäussert hat. Der Beschwerdeführer wendet sich somit in dieser Hinsicht in unzulässiger Weise gegen die verbindlichen tatsächlichen Feststellungen (Art. 277bis Abs. 1 BStP), so dass auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann.

Im Übrigen bedarf keiner weiteren Erörterungen, dass die Buchführung durch die Zurückhaltung der Belege über das GR-Programm unvollständig und daher unrichtig war. Der Schuldspruch der Falschbeurkundung verletzt daher kein Bundesrecht (vgl. BGE 129 IV 130 E. 2.2 mit Hinweisen).
5.
5.1 Im Eventualstandpunkt wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Strafzumessung. Die Vorinstanz habe nicht ausreichend zu seinen Gunsten gewürdigt, dass er anfänglich nicht mit der Möglichkeit eines Verlustes gerechnet habe und dass die Werbung und Entgegennahme der Kundengelder nicht von Anbeginn an strafrechtlich relevant gewesen sei, sondern erst von demjenigen Zeitpunkt an, als er erkannt habe, dass die Anleger möglicherweise zu Verlust kommen könnten. Er habe das GR-Programm denn auch lediglich deshalb weitergeführt, um den Anlegern wieder zu ihrem Geld zu verhelfen.
5.2 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 Sachgericht steht bei der Strafzumessung ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift in dieses auf Nichtigkeitsbeschwerde nur ein, wenn das kantonale Gericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wenn es wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. falsch gewichtet hat oder wenn die Strafe in einem Masse unverhältnismässig streng oder mild erscheint, dass eine Überschreitung des Ermessens vorliegt (BGE 124 IV 285 E. 4a S. 295 mit Hinweis).
5.3 Die Vorinstanz erörtert in ihrem Urteil die wesentlichen schuldrelevanten Komponenten und würdigt sie zutreffend. Dass sie dabei von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausginge oder wesentliche Aspekte nicht berücksichtigte, ist nicht ersichtlich. So wertet die Vorinstanz das Verschulden - namentlich angesichts der über mehrere Jahre hinweg andauernden strafbaren Tätigkeit und des hohen Deliktsbetrages - zu Recht als schwer. Auf der anderen Seite wirft sie dem Beschwerdeführer im Gegensatz zur ersten Instanz - insbesondere wegen seines ansonsten guten Leumunds - keine tiefgreifende illegale Gesinnung vor und nimmt auch nicht eine absolute Uneinsichtigkeit an. Dem Umstand, dass nach der Auffassung der Vorinstanz die Anlagen nicht schon vom Zeitpunkt des Anlaufens des GR-Programms an betrügerisch erlangt wurden, kommt kein besonderes Gewicht zu, zumal die ersten Verträge im Oktober/November 1987 abgeschlossen worden waren und die Vorinstanz eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bereits ab April 1988 annimmt.

Insgesamt sind die Erwägungen im angefochtenen Urteil ohne weiteres nachvollziehbar und leuchtet das Strafmass ein. Jedenfalls erscheint die ausgesprochene Strafe nicht als ausgesprochen streng. Im Übrigen kann der

Kassationshof in Fällen, in denen sich die ausgesprochene Strafe offensichtlich im Rahmen des Ermessens hält, das angefochtene Urteil auch bestätigen, wenn es in den Erwägungen zum Strafmass einzelne Unklarheiten und Unvollkommenheiten enthält.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.
6.
Zu Unrecht beanstandet der Beschwerdeführer zuletzt, die Vorinstanz habe den Strafmilderungsgrund der langen Dauer gemäss Art. 64 Abs. 5 StGB nicht hinreichend berücksichtigt.

Ist seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen und hat sich der Täter während dieser Zeit wohlverhalten, kann der Richter die Strafe mildern (Art. 64 Abs. 5 StGB). Eine lange Zeit in diesem Sinne ist verstrichen, wenn die Strafverfolgung der ordentlichen Verjährung gemäss Art. 70 StGB nahe ist (BGE 102 IV 198 E. 5). Bei Verletzung des Beschleunigungsgebots gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK kommen neben der Berücksichtigung bei der Strafzumessung auch das Schuldigsprechen des Täters unter gleichzeitigem Verzicht auf die Strafe oder in extremen Fällen gar die Verfahrenseinstellung in Betracht (BGE 117 IV 124 E. 4d). Diese Bestimmung setzt zum einen nicht das Erfüllen der Kriterien von Art. 64 Abs. 5 StGB voraus und stellt zum anderen über die Strafmilderung hinausgehende Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Namentlich verlangt das Beschleunigungsgebot nicht einen Zeitablauf nahe der Verjährung. Die beiden Bestimmungen knüpfen mithin nicht an dieselben Voraussetzungen an und sind nicht austauschbar. Sind die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt, sind beide anzuwenden (Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 64 N 31).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nimmt die Vorinstanz nicht an, der Milderungsgrund gemäss Art. 64 Abs. 5 StGB könne bis zum ersten obergerichtlichen Urteil vom 7. Juni 1996 nicht gelten. Vielmehr gelangt sie zum Schluss, dass bis zu diesem Datum keine Verletzung des Beschleunigungsgebotes gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliege. Die Dauer des Verfahrens nach diesem Zeitpunkt erachtet sie für verschiedene Abschnitte als zu lange, was zur Anerkennung einer Strafmilderung nach freiem Ermessen führte. Innerhalb des dadurch nach unten erweiterten Strafrahmens berücksichtigt die Vorinstanz die seit den letzten angeklagten Taten verstrichene Dauer von mehr als 11 Jahren und das Wohlverhalten des Beschwerdeführers in dieser Zeit im Sinne von Art. 64 Abs. 5 StGB als stark strafmindernd. Inwiefern die Vorinstanz dabei Bundesrecht verletzt haben soll, ist nicht ersichtlich.

Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt unbegründet.
7.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. November 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: