Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.98/2007 /hum

Urteil vom 8. Mai 2007
Kassationshof

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

Parteien
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
8090 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
Y._____,
Z._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug (Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer,
vom 29. November 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____, Y._____ und Z._____ wird gewerbsmässiger Anlagebetrug vorgeworfen.
B.
Mit Urteil vom 19. Januar 2005 sprach das Bezirksgericht Zürich die drei Angeklagten frei vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs. Dieser Freispruch wurde auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin am 29. November 2006 vom Obergericht des Kantons Zürich bestätigt.
C.
Dagegen erhebt die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache zur neuerlichen Entscheidung beantragt.
D.
Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Stellungnahme zur Beschwerde. Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach der BStP (Art. 132 Abs. 1 BGG).

Am 1. Januar 2007 ist auch der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches 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 hat (Art. 269 Abs. 1 BStP), mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids noch gegolten hat (BGE 129 IV 49 E. 5.3).
2.
Die Vorinstanz geht von folgendem Sachverhalt aus: Die Beschwerdegegner liessen sich von Anlegern zum Handel mit Optionen ermächtigen (Urteil S. 29). Die Anleger waren darüber im Bild, dass und in welcher Höhe ihnen für den getätigten Optionshandel Kommissionen belastet würden (Urteil S. 33). Ebenso war den Anlegern bewusst, dass diese Transaktionskosten von einem allfälligen Gewinn abgezogen würden. Das Risiko eines Totalverlusts war allen bekannt und dessen Inkaufnahme wurde unterschriftlich bestätigt (Urteil S. 56). Den Beschwerdegegnern wird einzig vorgeworfen, die Anleger nicht über die Häufigkeit der Optionshandelsgeschäfte und die daraus folgenden ruinösen Kommissionskosten informiert zu haben (Urteil S. 33 ff.). Es wird ihnen indes nicht vorgeworfen, die Effektendepots zum blossen Zwecke der Generierung von Kommissionen umgeschichtet (sog. "churning" oder "Kommissionsreiterei"; Urteil S. 11 f.) oder überhöhte Kommissionstarife verrechnet zu haben.
2.1 Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einreden, Bestreitungen und Beweismittel, sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
2.2 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, das Obergericht habe die wirtschaftlichen Zusammenhänge verkannt und über die Relevanz der Gewinnchancen geirrt, liegt nicht eine falsche Anwendung von "Erfahrungssätzen mit normativem Charakter" vor (Beschwerde Ziff. 2). Vielmehr wendet sie sich damit gegen die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Täuschung über Gewinnchancen nicht Bestandteil der Anklage bildet (Urteil S. 47; s.a. S. 23). Die Marktchancen, aber auch das Risiko eines Totalverlusts waren allen Anlegern bekannt. Ebenso unzutreffend sind die Rügen bezüglich der Erkennbarkeit der Kommissionsbelastungen (Ziff. 6) und der Trägheit der Optionsmärkte (Ziff. 7) sowie die Behauptung, die Anleger seien fast ausnahmslos Laien gewesen (Beschwerde S. 5; siehe Urteil S. 54 f.). Unzulässigerweise beanstandet die Beschwerdeführerin schliesslich, dass das Zusammenwirken mehrerer natürlicher und juristischer Personen nicht als arglistig eingestuft wurde (Ziff. 4). Nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz wurden die Geschädigten einzig über die stark kommissionsgenerierende Geschäftspraxis getäuscht (Urteil S. 37, 42), bezüglich des erwähnten Zusammenwirkens erlagen die Anleger keiner Fehlvorstellung. Auf die Beschwerde ist
insoweit nicht einzutreten.

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin macht mit verschiedenen Argumenten eine Verletzung von Art. 146 StGB geltend. Die Vorinstanz habe sich bei einem nicht in allen Fällen gleich gelagerten Serienbetrug mit einer summarischen Beurteilung begnügt. Auf die unterschiedlichen Fähigkeiten der Anleger sei nicht eingegangen worden (Beschwerde Ziff. 1 und 5). Hinsichtlich der Opfermitverantwortung seien zu hohe Anforderungen an die Geschädigten gestellt worden. Bei der Beurteilung der Arglist seien die "Verhaltensregeln für Effektenhändler" der Schweizerischen Bankiervereinigung nicht beachtet worden. Schliesslich sei der Schaden falsch berechnet worden.
3.2
3.2.1 Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugs u.a. schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.
3.2.2 Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Aussage über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende Geschehnisse oder Zustände (BGE 102 IV 84 E. 3; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 146 N. 4). Die Täuschung muss ferner arglistig sein. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt (BGE 128 IV 18 E.

3a m.H.).
3.2.3 Mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist verleiht das Gesetz dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung wesentliche Bedeutung. Abzustellen ist auf die konkrete Schutzbedürftigkeit des Opfers. 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). Wie das Bundesgericht unlängst festhielt, bleibt die zur Straflosigkeit des Täters führende Eigenverantwortung des Opfers die Ausnahme, selbst wenn es sich bei der Betrugsgeschädigten um eine Bank handelt (Entscheid 6S.219/2006 vom 1. Februar 2007, Erw. 3.4; kritisch zur Alleinverantwortung des Opfers auch Gunter Arzt, Basler Kommentar StGB II, Art. 146 Rz. 59). 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).
3.3 Die Vorinstanz kommt in Bezug auf die Täuschung zum Schluss, dass die Anleger lediglich einer Fehlvorstellung über die enorme Kostenträchtigkeit der angewandten Geschäftspraxis erlagen (Urteil S. 33 - 36, 42). Zur Opfermitverantwortung erwägt sie (Urteil S. 54), dass die Geschädigten um die anfallenden Kommissionen, deren Höhe und deren Geschäftsbezogenheit wussten. Den regelmässig zugestellten Abrechnungen seien die Anzahl der getätigten Transaktionen und die Kommissionen zu entnehmen und die sukzessive Verringerung der Guthaben durch die repetitiven Kommissionsbelastungen deshalb erkennbar gewesen. Die vielfach akademisch gebildeten oder geschäftserfahrenen Geschädigten seien nicht als besonders schutzwürdig zu betrachten.
3.4 Angesichts der Erkennbarkeit der schädigenden Kommissionsbelastungen erscheint bereits zweifelhaft, ob überhaupt eine strafrechtlich relevante Täuschung vorliegt. Dies kann jedoch offen bleiben, zumal es jedenfalls an deren Arglistigkeit fehlt. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie im völligen Untätigbleiben der Anleger eine Vernachlässigung elementarster Vorsichtsmassnahmen erblickte. Im Wissen um die Möglichkeit eines Totalverlusts ihrer Einlage haben diese die erkennbar ruinöse Akkumulation der Kommissionen tatenlos verfolgt. Dieses Untätigbleiben trotz der anhand von Abrechnungen ausgewiesenen massiven Belastungen erscheint im Vergleich zur mangelhaften Information der Beschwerdegegner zu ihrer Geschäftspraxis als vordergründige Schadensursache. Mit ihrer fortgesetzten Duldung der vermögensschädigenden Optionshandelskosten brachten die Anleger letztlich ihre Billigung der von den Beschwerdegegnern betriebenen Kommissionspraxis zum Ausdruck und verdienen insoweit keinen strafrechtlichen Schutz, zumal es an deren besonderer Schutzwürdigkeit fehlt. In diesem Zusammenhang musste sich die Vorinstanz gerade wegen der in Bezug auf die Qualifikation der Anleger pauschalisierenden Anklageschrift auf eine summarische
Beurteilung beschränken und durfte nicht zulasten der Beschwerdegegner eine besondere Schutzwürdigkeit der Anleger annehmen (Urteil S. 38 und 54). Die Vorinstanz hat die Anforderungen an die Anleger somit nicht überspannt und durfte arglistiges Vorgehen der Beschwerdegegner verneinen, ohne Bundesrecht zu verletzen. Angesichts der überwiegenden Eigenverantwortung der Anleger für die eingetretenen Vermögensschäden braucht weder auf die Bedeutung der Verhaltensregeln der Bankiervereinigung noch auf die angeblich falsche Schadensberechnung eingegangen zu werden.
4.
Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Unterliegt der öffentliche Ankläger des Kantons, so werden keine Kosten auferlegt (Art. 278 Abs. 2 BStP). Den obsiegenden Beschwerdegegnern werden mangels Aufwendungen keine Entschädigungen zugesprochen (Art. 278 Abs. 3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Mai 2007
Im Namen des Kassationshofs
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: