Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.89/2005 /hum

Urteil vom 11. Mai 2005
Kassationshof

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Fürsprecher Adrian Blättler,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug,
Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 15. Dezember 2004.

Sachverhalt:
A.
Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte X._____ mit Urteil vom 15. Dezember 2004 in zweiter Instanz des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, der mehrfachen Amtsanmassung im Sinne von Art. 287 StGB, des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB sowie des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu 2 ½ Jahren Zuchthaus, unter Einrechnung von 491 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Von der Anklage des Diebstahls, des Hausfriedensbruchs sowie des versuchten Diebstahls in einzelnen Punkten sprach es ihn frei. Ferner sah es von der Anordnung einer Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ab. Ferner verpflichtete es X._____ gemäss seiner Anerkennung zur Zahlung von Fr. 1'400.– als Schadenersatz an die Geschädigte. Im Mehrbetrag trat es auf das Schadenersatzbegehren nicht ein. Schliesslich beschloss das Gericht über die Einziehung und Verwertung bzw. die Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz beantragt. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.
D.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat mit Zirkulationsbeschluss vom 26. Januar 2006 eine in derselben Sache erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), der Beschwerdeführer habe im Zeitraum vom 9. bis 13. August 2003 in Zürich in drei Alters-/Pflegeheimen mehrere zum Teil pflegebedürftige Heimbewohner unter der täuschenden Angabe, er sei Polizeibeamter und müsse wegen früherer Vorfälle ihren Schmuck und ihr Bargeld kontrollieren, dazu bewegt bzw. zu bewegen versucht, ihm Bargeld und Schmuck zu überlassen. Zudem habe er bei diesen Gelegenheiten Bar- und Sachwerte entwendet bzw. versucht zu entwenden, um das Deliktsgut für sich zu verwenden.
2.
2.1 Die Vorinstanz würdigt die Betrugshandlungen in Übereinstimmung mit der ersten Instanz als gewerbsmässige Tatbegehung. Sie nimmt an, der Beschwerdeführer habe im Zeitraum vom 11. bis 13. August 2003 nebst anderen Delikten insgesamt fünf Betrugsversuche und einen vollendeten Betrug begangen. Er habe sich aber auch schon am 9. August 2003 in einem Altersheim einem Geschädigten gegenüber als Polizeibeamter ausgegeben und in der Folge unbemerkt eine Fotokamera entwendet, welche er gemäss eigenen Aussagen später an der Langstrasse für zirka Fr. 30.– bis Fr. 40.– verkauft habe. Darüber hinaus habe er am 13. August 2003 auch eine Halskette aus Gelbgold und ein Armband deliktisch erlangt, welche er ebenfalls auf der Strasse verkauft habe. Nach seinen Aussagen habe er damit die Schulden, welche er bei einem Türsteher gehabt habe, zumindest zum grössten Teil zurückbezahlt. Mit dem Rest des Geldes habe er Drogen und Alkohol gekauft. Trotz dieser deliktischer Erfolge, welche ihm immerhin eine fast vollumfängliche Schuldentilgung ermöglicht hätten, habe der Beschwerdeführer noch am Abend des gleichen Tages mindestens zwei weitere Betrugsversuche in einem anderen Altersheim begangen, wo er es wiederum in erster Linie auf Bargeld und
Schmuck abgesehen hatte. Daraus ergebe sich, dass die Absicht des Beschwerdeführers sich zweifellos darauf gerichtet habe, einen möglichst hohen deliktischen Erfolg zu erzielen und nicht nur darauf, seine Schulden zu tilgen. Angesichts der zahlreichen Taten, bei denen er immer nach dem gleichen Schema vorgegangen sei, habe er es offensichtlich zumindest auf einen Nebenerwerb abgesehen, der ihm einen namhaften Beitrag an seine Lebenshaltungskosten hätte einbringen sollen. Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass einzig die Verhaftung seinem Treiben ein Ende gesetzt habe. Die Voraussetzungen für die Annahme der Gewerbsmässigkeit seien daher gegeben. Dass fünf von sechs Betrugshandlungen nicht über das Versuchsstadium hinausgegangen seien, stehe der Annahme von gewerbsmässigem Handeln nicht entgegen.
2.2 Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Würdigung der betrügerischen Handlungen als gewerbsmässige Tatbegehung. Weder aus dem Deliktszeitraum von drei Tagen noch aus der Höhe der erzielten Einkünfte könne auf eine deliktische Tätigkeit geschlossen werden, die nach der Art eines Berufes ausgeübt worden sei. Ausserdem erfordere die Qualifizierung der Gewerbsmässigkeit, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen habe. Nach richtiger Auffassung bedeute dies, dass die entsprechende Tat bereits mehrfach zum Erfolg geführt habe und damit vollendet sei. Eine bloss versuchte Tatbegehung genüge nicht. Im vorliegenden Fall habe er nur gerade einen einzigen Betrug vollendet, und zwar am letzten Tag des massgebenden Zeitraumes. In den übrigen fünf Fällen sei es beim Versuch geblieben. Die Qualifizierung des relevanten Sachverhalts als gewerbsmässigen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB verletze daher Bundesrecht.
3.
3.1 Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betruges 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. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.
3.2 Nach der Rechtsprechung liegt der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit im Begriff des berufsmässigen Handelns (BGE 116 IV 319 E. 4). Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausübt. Der Täter muss sich darauf eingerichtet haben, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung bilden, wobei eine gewissermassen "nebenberufliche" deliktische Tätigkeit genügen kann. Erforderlich ist mithin, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und dass aufgrund seiner Taten darauf geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl von unter den entsprechenden Straftatbestand fallenden Taten bereit gewesen (BGE 116 IV 319 E. 3b und 4; 123 IV 113

E. 2c; 119 IV 129 E. 3a).
3.3 Der Beschwerdeführer hat innerhalb von drei Tagen fünf Betrugsversuche und einen vollendeten Betrug begangen, wobei er eine goldene Halskette im Wert von ca. Fr. 800.– und ein goldenes Armband erlangte, welche er in der Folge auf der Strasse für Fr. 300.– bis 400.– verkaufte. Wie der Beschwerdeführer zu Recht einwendet, genügt dies für die Annahme der qualifizierten Tatbegehung im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB nicht. Gewerbsmässigkeit ist nur gegeben, wenn der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat (BGE 116 IV 319 E. 3b; 119 IV 129 E. 3a; Urteil des Kassationshofs 6S.78/2001 vom 6.12.2001 E. 12b). Blosse versuchte Taten erfüllen diese Voraussetzung nicht. Dass der Versuch im vollendeten gewerbsmässigen (Kollektiv-) Delikt aufgeht, wenn der Täter mehrere vollendete und versuchte gleichartige Delikte begeht (BGE 123 IV 113 E. 2d; 105 IV 157 E. 2; 107 IV 172 E. 4), steht dem nicht entgegen.

Im Übrigen sprechen auch der geringe Deliktserlös und die - selbst unter Einbeziehung der bloss versuchten Taten - geringe Anzahl strafbarer Handlungen sowie der kurze Zeitraum der deliktischen Tätigkeit von lediglich drei Tagen gegen die besondere soziale Gefährlichkeit des Beschwerdeführers, welche die Unterstellung der Straftaten unter den Strafrahmen für den qualifizierten Tatbestand rechtfertigt. Namentlich der Deliktsbetrag erscheint sowohl in Bezug auf die Lebenshaltungskosten des Beschwerdeführers (vgl. angefochtenes Urteil S. 21) als auch in Bezug auf seine absolute Höhe als zu niedrig, als dass er als namhafter Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung gewürdigt werden könnte (vgl. BGE 116 IV 319 E. 5 und 117 IV 119 E. 1c). Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer am 9. August 2003 in einem Altersheim eine Fotokamera entwendet und auf der Langstrasse für Fr. 30.– bis 40.– verkauft hat. Dass sich der Beschwerdeführer im Sinne des qualifizierten Tatbestandes darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, ist somit aufgrund der Umstände nicht ersichtlich. Insofern erscheint die deliktische Tätigkeit nicht als berufsmässig.

Insgesamt manifestieren die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Taten nicht jenes Mass an krimineller Energie einerseits und sozialer Gefährlichkeit anderseits, wie sie dem gewerbsmässigen Täter eigen sind. Die rechtliche Würdigung der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten strafbaren Handlungen als gewerbsmässige Tatbegehung verletzt daher Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet.
4.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird damit gegenstandslos; die Entschädigung ist jedoch dem Vertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 11. Mai 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: