Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.467/2002 /pai

Urteil vom 26. September 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiberin Giovannone.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Nideröst, Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 26. September 2002.

Sachverhalt:
A.
Die Anklage wirft X._____ im Wesentlichen vor, im Zeitraum von Oktober 1994 bis Ende 1998 mehrfach Gegenstände (vor allem solche für die Wohnungseinrichtung wie Teppiche, Vorhänge, Bettwäsche, aber auch einen Flügel) erworben zu haben, obschon er von Anfang an nicht gewillt gewesen sei, jeweils den Kaufpreis zu bezahlen und hierzu angesichts seiner Finanzmisere auch nicht in der Lage gewesen wäre. Zudem soll X._____ Ende 1997 und im Jahre 1998 unter falschem Namen bzw. mit falschen Adressangaben verschiedene Verträge mit der Swisscom abgeschlossen haben mit dem Willen, die anfallenden Telefonrechnungen nicht zu bezahlen bzw. im Bewusstsein, sie nicht bezahlen zu können. Sodann habe er anfangs Oktober 1996 einen Konzertflügel samt Klavierbank im Wert von insgesamt Fr. 56'000.– weiterverkauft, obwohl dieses Instrument gemäss Kaufvertrag im Eigentum der Verkäuferin verblieben sei und im Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen gewesen sei. Weiter wird X._____ vorgeworfen, zusammen mit einer Mittäterin und zwei Mittätern in der Nacht vom 25. auf den 26. Dezember 1998 aus dem Keller eines Restaurants ca. 44 Flaschen französischen Rotwein im Wert von Fr. 2'000.– entwendet zu haben. Überdies enthält die Anklageschrift den Vorwurf mehrerer SVG-Delikte.
B.
Das Bezirksgericht Pfäffikon/ZH sprach den einschlägig vorbestraften X._____ am 1. März 2001 des gewerbsmässigen Betrugs, des mehrfachen Diebstahls, der Veruntreuung, der mehrfachen Urkundenfälschung, des Hausfriedensbruchs, der Zechprellerei, des mehrfachen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern sowie des mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis schuldig und bestrafte ihn mit 2 ½ Jahren Zuchthaus sowie einer Busse von Fr. 200.–. In einzelnen Betrugsanklagepunkten wurde X._____ mangels arglistigen Vorgehens für nicht schuldig befunden und entsprechend frei gesprochen.

Gegen dieses Urteil erklärte X._____ Berufung. Am 26. September 2002 sprach die II. Strafkammer des

Obergerichts des Kantons Zürich X._____ des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB, des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB sowie des mehrfachen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 SVG schuldig. Es sprach ihn vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs hinsichtlich mehrerer Anklagepunkte und von demjenigen der Zechprellerei frei. Auf die Anklage betreffend mehrfaches Fahren ohne Führerausweis trat das Obergericht nicht ein. Die Strafe wurde auf Grund der dem Beschwerdeführer vom Gutachter attestierten leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil reduziert und auf 2 Jahre Zuchthaus festgesetzt.

Gegen das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. September 2002 reichte X._____ sowohl kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wie auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ein.

Am 22. Juli 2003 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ ab, soweit es darauf eintrat.

C.

In seiner eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt X._____, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und die Sache sei an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückzuweisen; ferner sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Die Staatsanwaltschaft ist nicht zur Vernehmlassung aufgefordert worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Beschwerdeführer ficht das vorinstanzliche Urteil an, soweit er damit wegen gewerbsmässigen Betrugs und mehrfachen einfachen Betrugs schuldig gesprochen wird. Er rügt diesbezüglich allein, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Tatbestandselement der Arglist angenommen und die Mitverantwortung der Geschädigten verneint.

1.1 Der Tatbestand des Betrugs setzt objektiv voraus, dass (1) der Täter eine Täuschungshandlung vorgenommen hat, (2) diese arglistig ist, (3) der Täter durch die Täuschung einen Irrtum beim Verfügungsberechtigten hervorgerufen hat, (4) auf Grund dieses Irrtums der Getäuschte eine Vermögensverfügung vorgenommen hat und (5) dass dadurch das Vermögen, über welches er verfügt, geschädigt wurde (Art. 146 StGB).

1.2 Die Täuschungshandlung muss somit arglistig sein. Wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen bzw. den Irrtum durch ein Minimum an zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt (BGE 122 IV 197 E. 3d, 246 E. 3a S. 248). Arglist ist insbesondere gegeben, wenn der Täter zur Täuschung eines anderen ein ganzes Lügengebäude errichtet (BGE 119 IV 28 E. 3c) oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient (BGE 122 IV 197 E. 3d), aber auch, wenn er bloss falsche Angaben macht, deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, oder wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass jener die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Verhältnisses unterlassen werde (BGE 125 IV 124 E. 3a; 122 IV 246 E. 3a; 120 IV 186 E. 1a).

1.3 Diese Rechtsprechung ist (auch) im Zusammenhang mit der früheren Praxis zu sehen, wonach bei besonderen Machenschaften oder einem Lügengebäude in jedem Fall Betrug angenommen wurde, so dass es auf eine Überprüfung nicht ankam (BGE 119 IV 28 E. 3a). Sie wurde in einem Falle relativiert, indem eine Bank ohne Unterlagen und Rückfragen zwei Kredite eröffnet hatte: Die Bank hatte die Kredite gewährt zum Kauf von Wohnungen unter Umgehung von Vorschriften über den Grundeigentumserwerb durch Personen im Ausland und hatte bei der Kreditvergabe die elementarsten Vorsichtsmassnahmen missachtet; bei dieser Sachlage war die Arglist auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung zu verneinen. Hätte die Bank nämlich die grundlegendste Sorgfalt beachtet, wäre ihr kein Schaden entstanden (BGE 119 IV 28 E. 3a bis c).

1.4 Bei der Beurteilung der Arglist sind somit auch Gesichtspunkte der Opfermitverantwortung einzubeziehen. Es sind die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit

der Täter diese kennt und ausnützt. Das gilt insbesondere bei geistesschwachen, unerfahrenen oder auf Grund des Alters oder einer (körperlichen oder geistigen) Krankheit beeinträchtigten Opfern, ferner bei solchen, die sich in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder in einer Notlage befinden und deshalb kaum im Stande sind, dem Täter zu misstrauen. Auf der anderen Seite sind die besonderen Fachkenntnisse und Geschäftserfahrung des Opfers in Rechnung zu stellen, wie sie etwa im Rahmen von Kreditvergaben der Banken beigemessen werden.
1.5 Entscheidend ist indes nicht, ob der Betroffene alles vorgekehrt hat, um den Irrtum zu vermeiden. 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 S. 172). Arglist kann deshalb auch bei einfachen falschen Aussagen gegeben sein, wenn eine weitere Überprüfung nicht handelsüblich ist, etwa weil sie sich im Alltag als unverhältnismässig erweist und die konkreten Verhältnisse eine nähere Abklärung nicht nahe legen oder gar aufdrängen und dem Opfer diesbezüglich der Vorwurf der Leichtfertigkeit nicht gemacht werden kann (vgl. Ursula Cassani, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, ZStrR 117/1999, 152 S. 158 und 163). Mit einer engeren Auslegung des Betrugstatbestandes würden die sozialadäquate Geschäftsausübung und damit der Regelfall des Geschäftsalltages betrugsrechtlich nicht geschützt (Urteil 6S.291/2001 vom 15. Mai 2001 E. 2c; in diesem Sinn auch Guido Jenny, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBJV 136/2000 S. 656; Gunther Arzt, Drei leichtsinnige Opfer
vor Bundesgericht, recht 2000 S. 114 f.; vgl. auch Gunther Arzt, Basler Kommentar, Band II, Art. 146 N. 60 und 71).
2.
Die kantonalen Instanzen führen aus, bei einer Täuschung über den Leistungswillen, der eine innere Tatsache darstelle, handle es sich regelmässig um eine einfache Lüge, die nicht überprüfbar sei. Die Vortäuschung des Erfüllungswillens sei aber nicht in jedem Fall arglistig, da sich dieser unter Umständen indirekt durch Nachforschung über die Erfüllungsfähigkeit überprüfen lasse. Wenn eine Überprüfung der Angaben des Täters möglich sei, müssten bei der Beurteilung der Opfermitverantwortung folgende Gesichtspunkte eine Rolle spielen: Es seien zunächst die für das Opfer auf dem Spiel stehenden Interessen zu berücksichtigen. Gehe es um einen höheren Geldbetrag, müsse vom Opfer ein erhöhtes Mass an Vorsicht gefordert werden. Es käme auch darauf an, ob die Überprüfung für das Opfer schwer oder leicht sei. Das könne davon abhängen, wie viel Zeit ihm dafür zur Verfügung stehe. Bei einem Vertrag unter Abwesenden habe der Vertragspartner in der Regel Zeit für Abklärungen. Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden stehe er demgegenüber unter dem Druck eines spontanen Entscheides. Von Belang sei auch, ob Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Angaben des Täters unwahr seien. Massgeblich seien immer die konkreten Umstände des Einzelfalls
(Urteil des Bezirksgerichts S. 22 f.).

Auch die spezifischen Eigenschaften der verschiedenen Vertragsarten seien von Bedeutung. Beim Kauf werde grundsätzlich Zug um Zug erfüllt. Der Verkäufer könne also Barzahlung verlangen. Wenn ein Käufer nicht bar oder mit Kreditkarte bezahlen könne, solle dies dem Verkäufer ein Signal sein, dass der Kunde nicht erfüllungswillig oder -fähig sei. Mit dieser Begründung verneinen die kantonalen Instanzen die Arglist bezüglich aller Kaufverträge, welche der Beschwerdeführer (ohne Zahlungswillen) abgeschlossen hat. Beim Werkvertrag oder beim entgeltlichen Auftrag sei hingegen nach der gesetzlichen Norm der Unternehmer bzw. der Auftragnehmer vorleistungspflichtig. Es wäre völlig atypisch, davon auszugehen, dass etwa ein Handwerker nach Fertigstellung seines Werks sofort in bar einkassiere, geschweige denn vor Ort Vorauszahlung verlange. Der Beschwerdeführer habe somit in diesen Fällen davon ausgehen können, dass die Geschädigten ihrer Vorleistungspflicht nachkämen, und die Geschädigten hätten keinen Grund gehabt, Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse einzuholen. In Fällen der Vorleistungspflicht, in welchen keine Anhaltspunkte für einen fehlenden Zahlungswillen sprächen, müsse bereits das alleinige Vortäuschen des Erfüllungswillen
als arglistig gelten (Urteil des Obergerichts S. 11 f. mit Verweis auf das Urteil des Bezirksgerichts S. 24 - 26).
3.
Der Beschwerdeführer macht zum einen geltend, die Anklage habe ihm Betrug bzw. Zechprellerei zum Nachteil des Hotels A._____ vorgeworfen, dessen Rechnung er nicht bezahlt habe. Die kantonalen Instanzen hätten ihn von beiden Vorwürfen freigesprochen. Im Hinblick auf den Betrugstatbestand hätten sie die Arglist gestützt auf BGE 125 IV 124 verneint, weil der Hotelier die ihm zumutbaren Vorsichtsmassnahmen nicht

getroffen habe. Aus den gleichen Gründen, die sie zu diesem Freispruch bewogen, hätten ihn die kantonalen Instanzen vom Betrug zum Nachteil der übrigen Geschädigten freisprechen müssen. Diese treffe die gleiche Opferverantwortung wie den Hotelier. Die Vorleistungspflicht sei ihnen gemeinsam, und der Hotelier habe mit ihm - nicht anders als die übrigen Geschädigten - freiwillig Lieferung gegen Rechnung vereinbart.
Zum andern wendet sich der Beschwerdeführer gegen das Abstellen auf den Vertragstyp: Die gesetzliche Vorleistungspflicht des Unternehmers bzw. des Auftragnehmers sei dispositiver Natur, die Geschädigten hätten davon abweichen können. Die Annahme, Vorleistung sei in den betroffenen Branchen geschäftsüblich, sei unbewiesen. Ausserdem sei er im relevanten Zeitraum hoch verschuldet gewesen, was im Betreibungsregister einen eindrücklichen Niederschlag gefunden habe. Es wäre deshalb für die Geschädigten relativ einfach gewesen, bei einer Überprüfung seines Zahlungswillens die völlige Zahlungsunfähigkeit zu erkennen.
3.1 Der Freispruch des Beschwerdeführers vom Vorwurf des Betrugs bzw. der Zechprellerei zum Nachteil des Hotels A._____ ist nicht Gegenstand der bundesgerichtlichen Überprüfung. Die Frage, ob das Urteil, soweit es angefochten ist, Bundesrecht entspricht, beurteilt sich - unabhängig von diesem Freispruch - nach den Kriterien, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelt hat (siehe oben E. 1.1 - 1.5).
3.2 Es kann offen bleiben, ob die von den kantonalen Instanzen getroffene Unterscheidung zwischen Kaufverträgen einerseits und Werkverträgen sowie Aufträgen anderseits vor Art. 146 StGB standhält. Soweit die kantonalen Instanzen den Beschwerdeführer für die Kaufverträge, welche er ohne Zahlungswillen abgeschlossen hatte, vom Betrug freisprechen, ist ihr Urteil nicht Gegenstand der Überprüfung durch den Kassationshof. Auch wenn nicht von der Unterscheidung nach Vertragstyp ausgegangen wird, ist bei den Fällen, in denen die Vorinstanz eine Opfermitverantwortung verneint und damit die Arglist bejaht, keine Verletzung von Bundesrecht ersichtlich:
3.3 Nach dem Sachverhalt gemäss Anklage, den die Vorinstanz für erstellt erachtet (Urteil des Obergerichts S. 8), gab der Beschwerdeführer in den hier zu beurteilenden Fällen jeweils ohne Zahlungsabsicht Arbeiten in Auftrag: die Anfertigung von Inneneinrichtungsgegenständen nach Mass (insbesondere Vorhänge, aber zum Beispiel auch eine nach Mass gebaute Duschentür und eine Badewannenfaltwand), die Aufpolsterung eines Fauteuils, die Lieferung und Montage von Zubehör zu einem Swimmingpool sowie Malerarbeiten am Swimmingpool, diverse sanitäre Kleinreparaturen und Montagen sowie Gartenarbeiten. Dabei ging er jeweils nach dem gleichen Muster vor: Er fuhr teuer gekleidet in seinem Porsche vor, trat redegewandt und sachkundig auf und gaukelte so eine gewisse Kreditwürdigkeit vor. Mit Vorbedacht nützte er die im alltäglichen Geschäftsverkehr übliche Usanz aus, wonach der Vertragspartner den Erfüllungswillen stillschweigend voraussetzt, zumal er diesen bei Verträgen, die unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen unter Anwesenden zustande kommen, vernünftigerweise gar nicht überprüfen kann und als Dienstleister usanzgemäss seine Leistung vorweg erbringt (Anklage S. 8 und S. 9 ff.).
3.4 Dieser Sachverhalt ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde für den Kassationshof verbindlich (Art. 277bis Abs. 1 zweiter Satz BStP). Die Frage, ob ein Verhalten üblich ist, beschlägt den Sachverhalt (vgl. Urteil 4C.110/2003 vom 8. Juli 2003 E. 3.5 mit Hinweis auf BGE 113 II 25 E. 1a). Der Einwand des Beschwerdeführers gegen die diesbezügliche Feststellung ist unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
3.5 Es ist demnach davon auszugehen, dass die Vorleistung bei Verträgen, wie sie hier zu beurteilen sind, üblich ist. Zu Recht berücksichtigen die kantonalen Instanzen auch, dass die Zahlungsfähigkeit vernünftigerweise nicht überprüft werden kann, wenn ein Vertrag unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen unter Anwesenden zustande kommt. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer nicht über die finanziellen Mittel verfügen könnte, um die bestellten Arbeiten zu bezahlen, gab es für die Geschädigten keine. Vielmehr hatte es der Beschwerdeführer darauf angelegt, die Vertragspartner mit seinem Auftreten in teuren Kleidern und einem teuren Wagen über seine Zahlungsfähigkeit zu täuschen. Bei den in Auftrag gegebenen Arbeiten handelte es sich zudem überwiegend um die Anfertigung oder Montage von Zubehör bzw. um massangefertigte Inneneinrichtung zur Liegenschaft, die der Beschwerdeführer bewohnte. Dabei schlossen die Geschädigten offensichtlich auch von der Liegenschaft und ihrer Einrichtung auf die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers (Urteil des Bezirksgerichts S. 31, S. 38, S. 39). Die Geschädigten mussten unter diesen Umständen keine über das Geschäftsübliche hinausgehende besondere Vorsicht beachten. Sie hätten zwar
vorsichtiger sein können, Leichtfertigkeit ist ihnen aber nicht vorwerfbar. Beim Betrugstatbestand wird im Übrigen nicht verlangt, dass dem Mitmenschen grundsätzlich mit Misstrauen begegnet werde (Urteil 6S.291/2001 vom 15. Mai 2001 E. 2d).
4.

Ein arglistiges Verhalten nimmt die Vorinstanz auch bei den inkriminierten Handlungen zum Nachteil der Swisscom an. Sie führt aus, der Beschwerdeführer habe durch die Angaben von falschen Namen und Adressen die Swisscom bewusst davon abzuhalten versucht, seine Bonität zu überprüfen. Zu Recht habe das Bezirksgericht sehr einlässlich ausgeführt, dass eine Arglist nicht unter dem Aspekt der Opfermitverantwortung verneint werden könne (Urteil des Bezirksgerichts S. 51). Mit der eingeschriebenen Zustellung der SIM-Karten bzw. der Verträge an den Besteller sei die Swisscom ihren Vorsichtspflichten ausreichend nachgekommen; weitergehende Abklärungen bezüglich der tatsächlichen Existenz bzw. der Identität der Besteller seien als unzumutbar anzusehen (Urteil des Obergerichts S. 18).

Die Post stellt die SIM-Karten inklusive Dokumente per Einschreiben an die vom Kunden angegebene Adresse zu. Damit darf die Swisscom davon ausgehen, dass die Post die eingeschriebene Sendung auch wirklich an den Adressaten aushändigt und sie auf diese Weise Gewissheit erlangen kann, dass der Neukunde existiert, und zwar an der von ihm angegebenen Adresse. Dem Beschwerdeführer gelang es zwar in der Folge trotzdem, die nicht an ihn adressierten SIM-Karten erhältlich zu machen, doch zeigt nicht zuletzt der vom Beschwerdeführer betriebene organisatorische Aufwand, dass die Schutzvorkehren der Swisscom an sich genügten. So hatte er sich bei der Swisscom erkundigt, ob die Lieferung schon unterwegs sei. Danach begab er sich an die von ihm angegebene Wohnadressen, wartete den Postboten ab und täuschte diesen, indem er ihm - eine Lügengeschichte auftischend oder auch Briefkasten falsch beschriftend - vorschwindelte, er sei der auf der Sendung genannte Adressat der SIM-Karten (Urteil des Obergerichts S. 18 mit Hinweis auf das Urteil des Bezirksgerichts S. 51/52). Allein schon diese Vorkehren lassen das Vorgehen des Beschwerdeführers als arglistig erscheinen; zudem hat die Swisscom die ihr zumutbaren Vorsichtsmassnahmen getroffen. Die
Vorinstanz spricht somit den Beschwerdeführer auch in diesem Punkt zu Recht des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig.
5.
Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen. Dies gilt auch für das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege, da seine Rechtsbegehren als von Anfang an aussichtslos zu bezeichnen sind (Art. 152 Abs. 1 OG).
6.
Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten vor Bundesgericht zu tragen. Seinen 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 Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. September 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: