Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.282/2005 /rom

Urteil vom 31. Januar 2007
Kassationshof

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter M. Müller,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Strafzumessung (Art. 63 und 64 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 24. Mai 2005 (SB040030/U/hp).

Sachverhalt:
A.
X._____ wurde in den Anklageschriften vom 19. Juli 2000 (teilweise in Mittäterschaft mit A._____) mehrfacher Betrug (Deliktsbetrag von rund 2,8 Mio. Franken), mehrfache Veruntreuung (Deliktsbetrag von rund 1,37 Mio. Franken), mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung, mehrfache Unterdrückung einer Urkunde und Pfändungsbetrug (Deliktsbetrag Fr. 8'300.–) vorgeworfen.

Das Bezirksgericht Bülach erkannte ihn am 12. Juli 2001 der folgenden Straftaten schuldig:
- des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB zum Nachteil von B._____, C._____, D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____ (Deliktsbetrag Fr. 2'741'450.-),
- der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zum Nachteil der Nachlässe von I._____, J._____, K._____, L._____, M._____ und N._____ (Deliktsbetrag Fr. 1'366'830,35),
- der Unterdrückung einer Urkunde im Sinne von Art. 254 Abs. 1 StGB (Testament M._____).
Im Übrigen sprach es ihn frei. Es bestrafte ihn mit 2 ¼ Jahren Gefängnis.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte im Berufungsverfahren vom 3. Oktober 2002 die bezirksgerichtlichen Schuldsprüche nur teilweise und bestrafte ihn mit 18 Monaten Gefängnis mit bedingtem Vollzug.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hob am 12. Januar 2004 in Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde von A._____ das Urteil des Obergerichts vom 3. Oktober 2002 vollumfänglich auf, d.h. auch zugunsten des Mitangeklagten X._____, und wies die Sache zur Neuentscheidung an das Obergericht zurück.
B.
Bei der Neubeurteilung sprach das Obergericht des Kantons Zürich am 24. Mai 2005 X._____ folgender Straftaten schuldig:
- des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB zum Nachteil von G._____ und H._____,

- der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zum Nach-teil der Nachlässe von I._____, K._____ im Betrag von Fr. 45'079.-, M._____ und zum Nachteil von N._____ im Betrag von Fr. 130'070.-,
- der Unterdrückung einer Urkunde im Sinne von Art. 254 Abs. 1 StGB (Testament M._____).
Ferner trat es auf einen Anklagepunkt nicht ein und sprach ihn im Übrigen frei. Es bestrafte ihn mit 18 Monaten Gefängnis, unter Aufschub des Vollzugs mit einer Probezeit von 2 Jahren.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich trat am 28. Juni 2006 auf eine Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ nicht ein (und wies die Beschwerde von A._____, der vom Obergericht zu einer Zusatzstrafe von 2 ½ Jahren Zuchthaus verurteilt worden war, ab, soweit es darauf eintrat).
C.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts vom 24. Mai 2005 aufzuheben, die Sache zur neuen Festlegung des Strafmasses zurückzuweisen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf eine Stellungnahme bzw. eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das angefochtene Urteil ist vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007 ergangen. Auf das Rechtsmittel dagegen ist noch das bisherige Verfahrensrecht anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG, e contrario), hier somit dasjenige der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP.

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 habe (Art. 269 Abs. 1 BStP), mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch gegolten hat (BGE 129 IV 49 E. 5.3 S. 51 f., mit Hinweisen).
2.
Der Beschwerdeführer ficht die Strafzumessung an. Er macht geltend, seine im Berufungsverfahren vorgetragene Begründung für eine Strafreduktion auf zwölf Monate sei unberücksichtigt geblieben. Das Strafmass des ersten Berufungsurteils vom 3. Oktober 2002 sei infolgedessen unverändert beibehalten worden. Anders als im Urteil vom 3. Oktober 2002 sei er im angefochtenen Urteil auch von der Anklage der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung freigesprochen worden, was eine Reduktion des Strafmasses hätte erwarten lassen. Ferner habe die Vorinstanz im Urteil des Mitangeklagten die Strafe wohl wegen Zeitablaufs von zweidreiviertel auf zweieinhalb Jahre herabgesetzt, während sie bei ihm die gleiche Strafe ausgesprochen habe. Sie habe Art. 64 StGB verletzt, weil sie den langen Zeitablauf seit der Tat nicht strafmildernd berücksichtigt habe. Die Vorinstanz sei auf seine Berufungsbegründung nicht eingegangen, dass zwischen den beiden obergerichtlichen Urteilen beinahe zwei Jahre und acht Monate verstrichen seien, dass die beurteilten Straftaten mehrheitlich neun bis zehn Jahre zurücklägen und dass die auferlegte Probezeit längst abgelaufen wäre, wenn das erste Urteil rechtskräftig geworden wäre. Damit habe die Vorinstanz das rechtliche
Gehör verweigert und ihre Pflicht gemäss Art. 63 StGB verletzt, das Urteil umfassend zu begründen und dabei auf alle Argumente einzugehen.
3.
Bei der Strafzumessung müssen die wesentlichen Tat- und Täterkomponenten beurteilt, das Ausmass qualifizierender Tatumstände gewichtet und die Strafzumessung nachvollziehbar begründet werden. Dabei besitzt die Vorinstanz ein erhebliches Ermessen. Das Bundesgericht greift auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1).
3.1 Auf die Rügen einer Verletzung des Gehörsrechts bzw. der Begründungspflicht ist im Rahmen der Nichtig-

keitsbeschwerde nur insoweit einzutreten, als es sich dabei um bundesrechtliche Begründungsanforderungen im Sinne von Art. 63 StGB handelt. Für Verfassungsverletzungen (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 126 I 97 E. 2b) ist die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten (Art. 269 Abs. 2 BStP).
3.2 Soweit der Beschwerdeführer einen Vergleich mit dem ersten obergerichtlichen Urteil vom 3. Oktober 2002 anstellt und im Wesentlichen in dieser Weise eine Bundesrechtsverletzung darlegen will, ist die Beschwerde unbegründet. Dieses Urteil wurde vollumfänglich aufgehoben und ist deshalb irrelevant.
3.3 Die Vorinstanz nimmt ihre Strafzumessung (angefochtenes Urteil S. 262 ff.) unter Berücksichtigung der Erwägungen des Bezirksgerichts vor (bezirksgerichtliches Urteil S. 166 ff.). Sie hält fest, dass der Schwerpunkt angesichts des überwiegenden Freispruchs von der Anklage des Betrugs nunmehr bei den Veruntreuungstatbeständen liege, wobei der Vertrauensbruch in der vorliegenden Konstellation schwer wiege. Günstiger als die Erstinstanz würdigt sie, dass der Beschwerdeführer sein beträchtliches Vermögen verloren hat und selber durch die Tat unmittelbar betroffen ist. Die von der Erstinstanz erwähnte Uneinsichtigkeit und Nichtkooperation gewichtet sie nicht mehr straferhöhend. Weiter berücksichtigt sie strafmindernd den guten Leumund, eine aufgrund des Alters erhöhte Strafempfindlichkeit sowie die relativ lange Dauer seit der Tatbegehung. Zusammenfassend nimmt sie an, dass angesichts der Freisprüche und des Umstands, dass keine Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung erfolge, eine gegenüber der Erstinstanz reduzierte Strafe angemessen sei und jedenfalls nicht eine erheblich über 18 Monate liegende Strafe in Betracht falle. Da die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs gegeben seien, erscheine eine Strafe von 18 Monaten
Gefängnis als angemessen.
3.4 Es ist trotz der Freisprüche von einer Schadensumme in der Grössenordnung von rund 884'000 Franken auszugehen (angefochtenes Urteil S. 198, 203, 207, 221, 226, 241), wobei der Vertrauensmissbrauch ins Gewicht fällt. Die Strafe ist wegen Real- und Gesetzeskonkurrenz zu schärfen (Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz fällt ein gegenüber dem erstinstanzlichen markant milderes Urteil. Weil nicht eine erheblich über achtzehn - und das heisst nicht über einundzwanzig - Monate liegende Freiheitsstrafe in Betracht kam, setzt sie unter Anwendung der einschlägigen Rechtsprechung (Folgenberücksichtigung; BGE 118 IV 337 E. 2c; 127 IV 97 E. 3) noch eine Strafe von 18 Monaten Gefängnis mit bedingtem Vollzug fest.

Diese Strafzumessung ist nachvollziehbar. Die Vorinstanz berücksichtigt die massgeblichen Strafzumessungskriterien. Die Begründung genügt den erwähnten bundesrechtlichen Anforderungen, auch wenn sie hinsichtlich des Zeitablaufs (nachfolgend E. 3.5) eher knapp ausgefallen ist. Lediglich einer besseren Begründung wegen wird ein Urteil nicht aufgehoben (BGE 117 IV 112 E. 1 S. 115). Der Zeitablauf zwischen den beiden obergerichtlichen Urteilen wurde durch die Aufhebung des ersten Urteils durch das Kassationsgericht des Kantons Zürich und den erheblichen Umfang der Strafsache verursacht. Doch stellt die Vorinstanz richtigerweise eine relativ lange Verfahrensdauer fest.

Hingegen muss die Vorinstanz entgegen der Beschwerde nicht äuf alle Argumenteëingehen. Über Umstände ohne oder von ausgesprochen untergeordneter Bedeutung darf sie mit Stillschweigen hinweggehen (BGE 117 IV 112 E. 1). So musste sie sich mit dem Argument, dass sich der Beschwerdeführer infolge der Neubeurteilung erneut während einer zweijährigen Probezeit wohlverhalten muss (oben E. 2), nicht weiter auseinandersetzen. Mit der Gewährung des bedingten Vollzugs ist von Gesetzes wegen eine Probezeit anzuordnen (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Diese Rechtsfolge führt zu keiner weiteren Strafminderung.
3.5 Wie erwähnt, berücksichtigt die Vorinstanz die relativ lange Dauer seit der Tatbegehung, während welcher sich der Beschwerdeführer klaglos verhielt, leicht strafmindernd (angefochtenes Urteil S. 264).

Wegen Zeitablaufs im Sinne von Art. 64 Abs. 5 StGB ist die Strafe zu mildern, d.h. mindestens zu mindern (BGE 116 IV 11 E. 2e), wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist. Das war nach der bisherigen Rechtsprechung der Fall, wenn die Strafverfolgung der ordentlichen (relativen) Verjährung nahe ist (BGE 132 IV 1 E. 6.1.1; 115 IV 95 E. 3; 102 IV 198 E. 5). Bei Veruntreuung und Betrug beträgt nach der von der Vorinstanz als milderes Recht (vgl. BGE 129 IV 49 E. 5.1) angewendeten und vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellten altrechtlichen Verjährungsordnung die ordentliche Verjährung zehn Jahre (Art. 70 Abs. 3 StGB in der Fassung vom 17. Juni 1994, in Kraft seit dem 1. Januar 1995; AS 1994 2290, 2307). Für die Berechnung ist der Zeitpunkt des Sachurteils und damit das Urteilsdatum des angefochtenen Entscheids vom 24. Mai 2005 massgebend. Eine verhältnismässig lange Zeit im Sinne von Art. 64 StGB war jedenfalls bei den allgemeinen

Verjährungsfristen (BGE 132 IV 1 E. 6.1.1; 92 IV 201 E. Ib) mit dem Ablauf von 9/10 der ordentlichen Verjährungsfrist anzunehmen (Hans Wiprächtiger, Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar, Basel 2003, Art. 64 N. 29 mit Hinweis auf BGE 6S.238/1999 vom 4. Juni 1999, E. 7b). Das
Bundesgericht hat mit Entscheid vom 9. November 2005 diese Rechtsprechung hinsichtlich der neuen Verjährungsordnung geändert, so dass nunmehr der Strafmilderungsgrund zu beachten ist, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen sind (BGE 132 IV 1 E. 6.2.1).

Den Betrug beging der Beschwerdeführer im Januar 1996 und März 1997 (angefochtenes Urteil S. 192, 200 f.). Die Veruntreuung erfolgte im Jahre 1996 (angefochtenes Urteil S. 207, 217, 238) sowie vom November 1996 bis Februar 1998 (angefochtenes Urteil S. 226). Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 64 Abs. 5 StGB waren somit gegeben. Wie erwähnt, muss das Gericht einem Strafmilderungsgrund mindestens strafmindernd Rechnung tragen. Die Vorinstanz berücksichtigt die relativ lange Dauer seit der Tatbegehung strafmindernd. Diese Strafminderung hält sich im Rahmen ihres Strafzumessungsermessens. Die Vorinstanz verletzt im Ergebnis kein Bundesrecht.
4.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, weil es von vornherein aussichtslos erschien (Art. 152 OG). Der Beschwerdeführer trägt die Kosten vor Bundesgericht (Art. 278 Abs. 1 BStP). Seiner finanziellen Lage kann mit einer herabgesetzten Gerichtsgebühr Rechnung getragen werden (Art. 153a Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
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, 31. Januar 2007
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: