Urteilskopf

135 IV 76

10. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. und Mitb. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_466/2008 vom 15. Dezember 2008

Regeste (de):
Art. 146 Abs. 1 StGB; Anlagebetrug.

Die aggressive mündliche Vermittlung von Aktienoptionen unter Verschleierung der von den Kunden tatsächlich erhobenen Kommissionen durch Telefonverkäufer, welche von den vermittelten Geschäften weitgehend nichts verstanden und über die Kommissionsstruktur selber im Irrtum waren, erfüllt den Tatbestand des Betruges. Dass die Opfer nachträglich aufgrund korrekt erstellter Abrechnungen die Höhe der Kommissionen hätten erkennen können, schliesst Arglist nicht aus (E. 5.3).

Regeste (fr):
Art. 146 al. 1 CP; escroquerie au placement.

Le placement d'options sur des actions - par un démarchage oral agressif des clients, auxquels sont dissimulées les commissions effectivement prélevées - effectué par l'intermédiaire de télévendeurs ne comprenant pour l'essentiel rien aux produits placés et eux-mêmes dans l'erreur quant à la structure des commissions, constitue une escroquerie. Le fait que les victimes aient pu a posteriori, sur la base de décomptes correctement établis, se rendre compte du montant des commissions n'exclut pas l'astuce (consid. 5.3).

Regesto (it):
Art. 146 cpv. 1 CP; truffa in investimento.

L'intermediazione di contratti a opzione con dissimulazione delle commissioni effettivamente fatturate ai clienti, attraverso sollecitazioni orali aggressive di venditori telefonici che in larga misura nulla hanno capito delle transazioni proposte e sono essi stessi in errore circa la struttura della commissione, adempie la fattispecie penale di truffa. La successiva possibilità delle vittime di rendersi conto dell'entità delle commissioni sulla base di conteggi correttamente stabiliti non esclude l'astuzia (consid. 5.3).

Sachverhalt ab Seite 76

Das Bezirksgericht Zürich erklärte mit Urteil vom 1. September 2005 schuldig: 1. X. des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1 StGB, des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 i.V. mit Art. 3 lit. a UWG sowie des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 273 Abs. 1 StGB; 2. Y. des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB, der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1

StGB, des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 i.V. mit Art. 3 lit. a UWG sowie des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 273 Abs. 1 StGB; 3. Z. des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB sowie der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1 StGB und verurteilte:
1. X. zu zwei Jahren, elf Monaten und 23 Tagen Zuchthaus, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Bezirksamts Brugg vom 25. Mai 1999; 2. Y. zu drei Jahren Zuchthaus;
3. Z. zu einem Jahr, elf Monaten und 23 Tagen Zuchthaus, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Amtsgerichtes Düsseldorf vom 13. Oktober 1999 sowie zum Strafbescheid des Untersuchungsamtes Altstetten vom 3. März 2004. Von der Ausfällung einer Ersatzforderung sah es ab. Mit Nachtragsurteil vom 2. März 2006 zum Urteil und den Beschlüssen vom 1. September 2005 entschied das Bezirksgericht Zürich über die geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Geschädigten. Auf Appellation der Beurteilten sowie zwei der Geschädigten hin sprach das Obergericht des Kantons Zürich X., Y. und Z. mit Urteil vom 19. Dezember 2007 von der Anklage des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB (evtl. der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB) sowie der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1 StGB frei. Die gegen X. und Y. ausgesprochenen Schuldsprüche wegen Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 i.V. mit Art. 3 lit. a UWG sowie wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 273 Abs. 1 StGB bestätigte es und verurteilte X. zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 100.- (unbedingt) und Y. zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 100.-, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von zwei Jahren. Das Schadenersatzbegehren der Geschädigten B. AG verwies es vollumfänglich auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses. Auf die Zivilforderungen der übrigen Geschädigten trat es nicht ein.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde an das Bundesgericht, mit der sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und es seien X., Y. und Z. des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 sowie der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen und entsprechend dem bezirksgerichtlichen Urteil zu bestrafen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Vernehmlassung verzichtet. Y. und Z. beantragen in ihren Vernehmlassungen, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. X. hat sich innert der ihm mit Eröffnung im Bundesblatt mitgeteilten Frist nicht vernehmen lassen. Mit Verfügungen vom 24. September und vom 14. Oktober 2008 hat die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts Y. und Z. die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 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. Angriffsmittel beim Betrug ist die Täuschung des Opfers. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Zukünftige Ereignisse sind, soweit sie jedenfalls ungewiss sind, keine Tatsachen. Wer Äusserungen oder Prognosen über künftige Vorgänge macht, täuscht somit nicht, auch wenn sie unwahr sind, d.h. nicht seiner wirklichen Überzeugung entsprechen. Prognosen können aber in Bezug auf die vom Täter zugrunde gelegten gegenwärtigen Verhältnisse (Prognosegrundlage) eine Täuschung darstellen. Massgebend ist, ob die Äusserung ihrem objektiven Sinngehalt nach einen Tatsachenkern enthält. Äusserungen

oder Prognosen über künftige Vorgänge können zu einer Täuschung führen, wenn sie innere Tatsachen wiedergeben. Die Zukunftserwartung kann mithin als gegenwärtige innere Tatsache täuschungsrelevant sein (vgl. BGE 119 IV 210 E. 3b mit Hinweis; STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. I, 6. Aufl. 2003, § 15 N. 7 ff.; GUNTHER ARZT, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2007, N. 32 ff. zu Art. 146 StGB; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/PERRON, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, N. 9 f. zu § 263 dStGB).

5.2 Die Erfüllung des Tatbestandes erfordert eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Ob die Täuschung arglistig ist, hängt indes nicht davon ab, ob sie gelingt. Aus dem Umstand, dass das Opfer der Täuschung nicht erliegt, lässt sich nicht ableiten, diese sei notwendigerweise nicht arglistig. Wesentlich ist, ob die Täuschung in einer hypothetischen Prüfung unter Einbezug der dem Opfer nach Wissen des Täters zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten als nicht oder nur erschwert durchschaubar erscheint (URSULA CASSANI, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, ZStrR 117/1999 S. 164; WILLI WISMER, Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug, 1988, S. 117). Der Tatbestand des Betruges fusst auf dem Gedanken, dass nicht jegliches täuschende Verhalten im Geschäftsverkehr strafrechtliche Folgen nach sich ziehen soll. Dem Merkmal der Arglist kommt mithin die Funktion zu, legitimes Gewinnstreben durch Ausnutzung von Informationsvorsprüngen von der strafrechtlich relevanten verbotenen Täuschung abzugrenzen und den Betrugstatbestand insoweit einzuschränken (vgl. zum geschichtlichen Hintergrund der Grenzziehung ARZT, a.a.O., N. 1 ff., 13 zu Art. 146 StGB; KLAUS TIEDEMANN, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. VI, 11. Aufl. 2005, N. 34 ff. vor § 263 dStGB; MANFRED ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, Berlin 1986, S. 31 ff., 214 f.). Dies geschieht einerseits durch das Erfordernis einer qualifizierten Täuschungshandlung. Aus Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel muss sich eine erhöhte Gefährlichkeit ergeben (betrügerische Machenschaften, Lügengebäude). Einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben genügen demnach nicht. Andererseits erfolgt die Eingrenzung über die Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Danach ist

ausgehend vom Charakter des Betrugs als Beziehungsdelikt, bei welchem der Täter auf die Vorstellung des Opfers einwirkt und dieses veranlasst, sich selbst durch die Vornahme einer Vermögensverfügung zugunsten des Täters oder eines Dritten zu schädigen, zu prüfen, ob das Opfer den Irrtum bei Inanspruchnahme der ihm

zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten hätte vermeiden können. Diesen Gedanken hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung schon früh in die Formel gefasst, dass den Strafrichter nicht anrufen soll, wer allzu leichtgläubig auf ein Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können (BGE 72 IV 126 E. 1), bzw. wer den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können (BGE 99 IV 75 E. 4 a.E.). Ein Täter, der nicht die mangelnden Geisteskräfte, sondern den offensichtlichen Leichtsinn des Opfers zur Irreführung missbraucht, erscheine nicht strafwürdiger als derjenige, der durch eine einfache Lüge zum Ziele gelangt (BGE 99 IV 75 E. 4 a.E.; vgl. BOMMER/VENETZ, Die Anfänge der bundesgerichtlichen Praxis zum Arglistmerkmal beim Betrug, in: Gericht und Kodifikation, Luminati/Linder [Hrsg.], 2007, S. 170 ff.). In diesem Sinne hat das Bundesgericht erkannt, bei der Beantwortung der Frage, ob Arglist gegeben sei, sei auch der Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung zu berücksichtigen (BGE 120 IV 186 E. 1a). Bei der Berücksichtigung der Opfermitverantwortung ist allerdings nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Das Mass der vom Opfer erwarteten Aufmerksamkeit richtet sich vielmehr nach einem individuellen Massstab. Es kommt mithin auf die Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall an. Namentlich ist auf geistesschwache, unerfahrene oder auf Grund von Alter oder Krankheit beeinträchtigte Opfer oder auf solche, die sich in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder in einer Notlage befinden, und deshalb kaum im Stande sind, dem Täter zu misstrauen, Rücksicht zu nehmen. Der Leichtsinn oder die Einfalt des Opfers mögen dem Täter bei solchen Opfern die Tat erleichtern, auf der anderen Seite handelt dieser hier aber besonders verwerflich, weil er das ihm entgegengebrachte - wenn auch allenfalls blinde - Vertrauen missbraucht (TIEDEMANN, a.a.O., N. 38 vor § 263 dStGB). Auf der anderen

Seite sind die allfällige besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers in Rechnung zu stellen, wie sie etwa im Rahmen von Kreditvergaben Banken beigemessen wird (vgl. BGE 119 IV 28 E. 3f). Auch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täuschungsopfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen ihm zur Verfügung stehenden Vorkehren trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt (BGE 128 IV 18 E. 3a; BGE 126 IV 165 E. 2a; BGE 122 IV 146 E. 3a mit Hinweisen). Die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opferverantwortung kann daher nur in Ausnahmefällen bejaht werden (Urteile des Bundesgerichts 6S.168/2006 vom 6. November 2006 E. 1.2 und 6S.167/2006 vom 1. Februar 2007 E. 3.4, beide zit. bei JÜRG-BEAT ACKERMANN, Wirtschaftsstrafrechts-Report 2005-2007, Aktuelle Rechtsprechung, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2007, S. 829 ff.). Arglist wird nach all dem - soweit das Opfer sich mithin nicht in leichtfertiger Weise seiner Selbstschutzmöglichkeiten begibt - in ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet (BGE 119 IV 28 E. 3c) oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe (manoeuvres frauduleuses; mise en scène; BGE 133 IV 256 E. 4.4.3; BGE 132 IV 20 E. 5.4 mit Hinweisen) bedient. Ein Lügengebäude liegt vor, wenn mehrere Lügen derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich selbst ein kritisches Opfer täuschen lässt (BGE 119 IV 28 E. 3c). Als besondere Machenschaften (machinations) gelten Erfindungen und Vorkehren sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe geeignet sind, das Opfer irrezuführen. Es sind eigentliche Inszenierungen, die durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität gekennzeichnet sind (BGE 122 IV 197 E. 3d). Arglist wird aber auch schon bei einfachen falschen Angaben bejaht, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe

möglich oder nicht zumutbar ist, und wenn der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieses die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BGE 128 IV 18 E. 3a; BGE 126 IV 165 E. 2a; BGE 125 IV 124 E. 3; BGE 122 IV 246 E. 3a). Der Gesichtspunkt der Überprüfbarkeit der falschen Angaben erlangt nach der neueren Rechtsprechung auch bei einem Lügengebäude oder bei betrügerischen Machenschaften Bedeutung (BGE 126 IV 165 E. 2a). Auch in diesen Fällen ist das Täuschungsopfer somit zu einem Mindestmass an Aufmerksamkeit verpflichtet und scheidet Arglist aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat.

5.3 Die Geschäftstätigkeit der Beschwerdegegner bestand in der Vermittlung von Optionen an eine Vielzahl von Kunden. Das Optionsgeschäft ist ein bedingtes Termingeschäft, dem ein starkes spekulatives Element eigen ist. Gewinn und Verlustchancen hängen von der Höhe der zu leistenden Prämie und der Kommission ab (vgl. im Einzelnen Urteil des Bundesgerichts 6P.133/2005 vom 7. Juni 2006 E. 15.4.1 mit Hinweisen). Im zu beurteilenden Fall steht fest, dass die akquirierten Gelder über Executing Broker und Brokergesellschaften tatsächlich in Optionsgeschäfte investiert worden sind. Den Beschwerdegegnern wird vorgeworfen, sie hätten die von ihren Mitarbeitern angeworbenen Kunden durch die aufsässige und auf Zermürbung angelegte Strategie unter Beschönigung der Verlustrisiken und Vertuschung der tatsächlich erhobenen massiven Kommissionen so lange bearbeitet, bis sie sich zu einer ersten und anschliessend zu weiteren Investitionen entschlossen hätten. Dieses Vorgehen wertet die Vorinstanz zu Recht grundsätzlich als arglistige Täuschung. Sie erachtet indes den Tatbestand des Betruges in Bezug auf die elf als Zeugen einvernommenen Geschädigten nicht als erfüllt. Diese seien nicht schutzwürdig, weil sie aufgrund der ihnen zugestellten Abrechnungen und Transaktionsbestätigungen hätten erkennen müssen, dass ihnen viel höhere Kommissionen belastet worden sind, als ihnen von den Verkäufern vorgegaukelt worden sei. Diese Auffassung verletzt Bundesrecht. Es mag zutreffen, dass sich im Rahmen von spekulativen Geschäften die Frage stellt, ob eine besondere Schutzwürdigkeit des Opfers besteht, wenn der Täter den Leichtsinn oder die Risikofreudigkeit

des Opfers oder seine Gewinnsucht oder Habgier ausnützt. Skrupelloses deliktisches Ausnützen der allfälligen Leichtgläubigkeit und des fehlenden Fachwissens anderer Personen lässt sich indes nicht unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit der Anleger rechtfertigen (vgl. SARA CIMAROLLI, Anlagebetrug, 2000, S. 186 f.). Wie die Vorinstanz zu Recht feststellt, verlieren Investoren, die sich bewusst auf Spekulationsgeschäfte einlassen, den strafrechtlichen Schutz nicht, sofern ihnen jedenfalls das Ausmass der mit der Investition verbundenen Risiken aufgrund der raffinierten Täuschungen mittels falscher Werbeunterlagen und wahrheitswidriger mündlicher Angaben verborgen bleibt. Ausserdem führt nicht jedes erheblich naive Verhalten des Opfers zur Verneinung der Arglist und zur Straflosigkeit des Täters. Denn das Strafrecht schützt, wie das Bundesgericht in einem Betrugsfall im Rahmen eines Schneeballsystems festgehalten hat, auch unerfahrene, vertrauensselige oder von Gewinnaussichten motivierte Personen vor betrügerischen Machenschaften (Urteil des Bundesgerichts 6P.172/2000 vom 14. Mai 2001 E. 8; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6S.168/2006 vom 6. November 2006 E. 1.2). Das Strafrecht darf diese nicht der Gefahr aussetzen, von skrupellosen Geschäftemachern straflos hereingelegt zu werden (Urteil des Bundesgerichts 6S.168/2006 vom 6. November 2006 E. 1.2). Arglist ist im zu beurteilenden Fall zunächst uneingeschränkt für die Phase der durch die Mitarbeiter des sog. "Opening" angebahnten Erstkontakte zu den Kunden bis hin zum ersten Geschäftsabschluss zu bejahen. Die Arglist der Täuschung über die Kommissionsstruktur ergibt sich hier zwanglos aus der Tatsache, dass die Telefonverkäufer dieser Abteilung, die im Übrigen von den vermittelten Optionsgeschäften

weitgehend nichts verstanden, über die Höhe der tatsächlich erhobenen Kommissionen nicht im Bilde waren und fälschlicherweise selbst glaubten, den Kunden würde lediglich eine Beteiligung am erzielten Gewinn und allenfalls zusätzlich eine einmalige Gebühr belastet. Die Angaben waren für die kontaktierten Personen daher gar nicht überprüfbar. Zutreffend leitet die erste Instanz aus diesem Umstand ab, die Beschwerdegegner hätten gar nie eine seriöse Beratung und Information der potentiellen Anleger beabsichtigt. Die Arglist ergibt sich hier darüberhinaus auch schon aus der durchtriebenen betrügerischen Inszenierung einer angeblich seriösen Handelstätigkeit mit derivativen Finanzinstrumenten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.133/2005 vom 7. Juni 2006).

BGE 135 IV 76 S. 84

Nach Auffassung der Vorinstanz hätte den Geschädigten spätestens nach den ihnen zugesandten Vertragsunterlagen bewusst sein müssen, dass gewisse Kommissionen erhoben werden könnten. In welcher Höhe diese allenfalls anfallen würden, wird aus den Unterlagen aber nicht ersichtlich. Insbesondere blieb den Kunden die Beziehung zwischen Optionsprämie und Kommission und deren Einfluss auf die Gewinnerwartung nach wie vor verborgen. Insofern nimmt die Vorinstanz zu Recht an, die Verträge hätten zur Erhellung der Kommissionsstruktur nur wenig beigetragen. Ausserdem fällt hier ins Gewicht, dass der Unterzeichnung der Verträge intensive telefonische Kontakte vorausgegangen sind, bei welchen die Kunden von den Telefonverkäufern im eigentlichen Sinne bearbeitet wurden. Die Entscheidung zur Eingehung des finanziellen Engagements in die Optionsgeschäfte beruht hier dementsprechend in erster Linie auf den Beteuerungen der Telefonverkäufer anlässlich der aggressiv geführten mündlichen Akquisitionsgespräche, in welchen - wie im Übrigen auch in den Bestätigungsschreiben - im Wesentlichen nur von einer Gewinnbeteiligung der E. AG bzw. F. AG die Rede war. Die Geschädigten haben auf diese Zusicherungen der Vermittler vertraut. Angesichts der Komplexität des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten durften sie dies auch, waren sie doch als Laien auf das Fachwissen und die Informationsbereitschaft der Berater angewiesen (vgl. CIMAROLLI, a.a.O., S. 184). Aufgrund dieses Umstands treffen den Anlageberater und -vermittler namentlich im Bereich der Vermittlung von hoch spekulativen und damit risikobehafteten Terminoptionsgeschäften zivilrechtlich denn auch umfassende Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten (BGE 124 III 155 E. 3a). So wurde etwa dem Geschädigten G. auf Nachfrage versichert, dass er keine solch hohen Kommissionen zu erwarten haben werde, wie er es früher schon einmal habe erleben müssen. Andere Geschädigte haben die Verträge nicht verstanden (Geschädigte I., J. und K.) und haben sich deshalb ganz auf die Berater verlassen (Geschädigter L.) bzw. haben keine Fragen gestellt, weil ja schon alles besprochen worden sei, und sich deshalb auf die Absprache verlassen (Geschädigter A.). Die Kunden befanden sich somit in einem fortdauernden Irrtum über die Belastung durch die Kommissionen und sahen sich nicht veranlasst, den Angaben der Verkäufer zu misstrauen, zumal diese von ihnen formulierte Bedenken jeweils wortreich zerstreuten. Sie

BGE 135 IV 76 S. 85

mussten nach alldem in den schriftlichen Verträgen nicht mit Bestimmungen über die Kommissionen rechnen, die von den in den Telefongesprächen abgegebenen Zusicherungen abwichen, sondern durften davon ausgehen, dass sie mit den mündlichen Vereinbarungen übereinstimmten (vgl. zur zivilrechtlichen Fragestellung INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 24 zu Art. 24 OR; KARL OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde, in: Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, 1955, S. 268 f.). Insofern kann der von der Vorinstanz an die Adresse der Geschädigten gerichtete Vorwurf, sie hätten, indem sie die Dokumente unterzeichneten, ohne sie zuvor gelesen zu haben, sorgfaltswidrig gehandelt, nicht dazu führen, dass Arglist verneint wird. Entgegen der Auffassung

der Vorinstanz lässt sich aus dem Umstand, dass die Geschädigten nach Erhalt der Abrechnungen, welche die Kommissionen auswiesen, untätig blieben und nicht reagierten, auch nicht ableiten, dass ihnen schon beim ersten Geschäft gleichgültig war, ob Kommissionen in dieser Höhe tatsächlich anfallen würden oder nicht (vgl. ACKERMANN, a.a.O., S. 830). In Wirklichkeit hätte die genaue Prüfung der den Kunden zugestellten Abrechnungen den Irrtum gar nicht verhindert, sondern lediglich nachträglich beseitigt, so dass auch aus diesem Grund jedenfalls bis zum ersten Abschluss des Geschäfts eine arglistige Täuschung nicht verneint werden kann. Arglist ist aber auch für die weitere Betreuung der akquirierten Kunden durch die Mitarbeiter der Abteilung "Loading" zu bejahen. Hier trifft zwar zu, dass den Geschädigten jeweils Depotauszüge, Abrechnungen und Transaktionsbelege über die bereits getätigten Geschäfte zugingen, welche die erhobenen Kosten korrekt auswiesen. Doch gilt auch für diese Phase, dass die Kunden in erster Linie den mündlichen Angaben der neuen Berater vertrauten, die sie, wie die Vorinstanz selbst ausführt, mit allen erdenklichen Mitteln unter Druck setzten, um ihnen den Wunsch, aus den Geschäften auszusteigen, auszureden, sie weiter an sich zu binden und sie zum Abschluss weiterer Geschäfte zu bewegen. Abgesehen davon, wurden die Geschädigten, die sich direkt an ihre Betreuer wandten und nachfragten, jeweils mit Beschönigungen oder mit falschen Angaben abgewimmelt. Täuschungsopfer, die Anstrengungen unternehmen, um die ihnen gegenüber gemachten falschen Angaben zu überprüfen, werden aber ihrer Mitverantwortung gerecht und dürfen den Strafrechtsschutz, wenn sie dabei erneut Täuschungen erliegen,

nicht verlieren. Insgesamt tritt hier der Gesichtspunkt der Mitverantwortung der Opfer angesichts der von den Beschwerdegegnern mit enormem Aufwand betriebenen betrügerischen Inszenierung in den Hintergrund (vgl. auch ARZT, a.a.O., N. 64 zu Art. 146 StGB; ferner Urteil des Bundesgerichts 6S.116/2004 vom 7. Juli 2004 E. 2.4.2 a.E.). Denn die Strafbarkeit wird durch das Verhalten des Täuschenden begründet und nicht durch jenes des Getäuschten, der im Alltag seinem Geschäftspartner nicht wie einem mutmasslichen Betrüger gegenübertreten muss (Urteil des Bundesgerichts 6S.168/2006 vom 6. November 2006 E. 2.3).
Anders als in dem vom Bundesgericht in einem früheren Entscheid beurteilten Fall liegt hier somit im Untätigbleiben der Anleger keine Vernachlässigung elementarster Vorsichtsmassnahmen und lässt sich aus der Duldung der vermögensschädigenden Optionshandelskosten nicht ableiten, die Geschädigten hätten die von den Beschwerdegegnern betriebene Kommissionspraxis gebilligt (Urteil des Bundesgerichts 6S.98/2007 vom 8. Mai 2007 E. 3.4). Allerdings erscheint für diese Phase, in welcher die Geschädigten trotz der Möglichkeit, die um ein Vielfaches höhere Belastung durch die Kommissionen als irrtümlich angenommen zu erkennen, weiterhin Geschäfte tätigten, das Tatbestandsmerkmal der Arglist und damit der Schuldvorwurf in einem anderen Licht, was im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden muss (Urteil des Bundesgerichts 6P.133/2005 vom 7. Juni 2005 E. 15.4.3, 15.4.5 und 17.4.2). Der Freispruch der Beschwerdegegner von der Anklage des gewerbsmässigen Betruges aus Gründen der Opfermitverantwortung verletzt somit Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich insofern als begründet.