Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.168/2006 /rom

Urteil vom 6. November 2006
Kassationshof

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Christian Flückiger,

gegen

Generalprokurator des Kantons Bern, Postfach 7475, 3001 Bern.

Gegenstand
Betrug, Arglist, Opfermitverantwortung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 3. Strafkammer, vom 7. Dezember 2005.

Sachverhalt:
A.
Die international tätige "Nigeria-Connection" suchte Personen, die helfen sollten, Flucht- oder Erbschaftsgeld aus einem afrikanischen Staat zu transferieren und auf einer Bank zu deponieren. Personen, die auf solche Schreiben antworteten, wurden über eine gewisse Zeit bearbeitet, was auch zu einer emotionalen Bindung führen konnte. Sie wurden um Geld angegangen, damit die bei einer angeblichen Sicherheitsfirma deponierten Gelder ausgelöst und anschliessend gereinigt werden könnten. Für diese Hilfe wurden ihnen hohe Geldbeträge versprochen. Dieser vor allem von Nigerianern angewandte Trick ist in Polizeikreisen als "Wash-Wash-Betrug" bekannt.

Im zu beurteilenden Fall wurde der italienische Staatsangehörige A._____ Ende Mai 2001 von einer angeblich in Sierra Leone wohnhaften Frau kontaktiert und um Hilfe beim Transport von Wertgegenständen (Diamanten und 25 Millionen USD) in die Schweiz angegangen. Sie gab an, ihr Ehemann, ein ehemaliger Generaldirektor einer Bank in Sierra Leone, sei von Aktivisten gefangen genommen und ermordet worden. Er habe sie kurz vor seinem Tod noch über die Vermögenswerte benachrichtigen und zur Flucht an die Elfenbeinküste auffordern können. Sie wolle die Vermögenswerte an eine Sicherheitsfirma in der Schweiz senden. Wenn er dort den Koffer auslöse, erhalte er für seine Hilfe 20% des Geldes. Im Juni 2001 wurde ihm mitgeteilt, das Geld sei in die Schweiz gesandt worden. Mit einem Fax der angeblichen Sicherheitsfirma wurde er aufgefordert, die Fracht gegen Bezahlung von 11'630 USD auszulösen. Mit elektronischer Post wurden ihm weitere Dokumente zugesandt (Letter of Authority, Solemn Declaration of Funds Origine, Assistance 2000 mit Deposit Report, Flüchtlingsausweis des "Haut Commissariat des Nations Unies pour Réfugiés" der Elfenbeinküste). Nachdem sich A._____ mit einem Vertreter der angeblichen Sicherheitsfirma telefonisch in Verbindung
gesetzt hatte, reiste er in die Schweiz und traf in Bern mit mehreren Personen zusammen. Diese führten ein Rollenspiel auf, in dem ein "Rechtsanwalt Hodler" die Interessen von A._____ wahrzunehmen vorgab. Es wurden Dokumente verifiziert. Auf einer Bank wurde das von A._____ in italienischer Währung (Lire) mitgebrachte Geld in USD gewechselt. Dieser übergab anschliessend die verlangte Summe von 11'630 USD. Während er sich in Begleitung mehrerer Personen in einem Restaurant aufhielt, wurde ein Koffer mit dem Stempelgeld präpariert, d.h. es wurde auf zuvor von A._____ übergebenen Geldscheinen ein Stempel angebracht. Der Koffer wurde A._____ gezeigt. Dieser wusste nicht, dass es sein eigenes Geld war. Damit wurde ihm vorgespielt, dass die behaupteten Gelder existierten und dass zuerst die Stempel entfernt werden müssten, bevor es auf eine Bank gebracht werden könne. Es wurde ihm gezeigt, dass das Geld "gereinigt", d.h. der Stempel

entfernt werden konnte. Zwei dieser gereinigten Geldscheine wurden am Bahnhof gewechselt, um ihm zu beweisen, dass das Geld echt war. Schliesslich wurde er aufgefordert, eine bestimmte Person anzurufen, welche die Stempel entfernen könne. Diese verlangte für die Reinigung des gesamten Geldes
100'000 GPD. A._____ realisierte, dass er getäuscht worden war, und benachrichtigte die Polizei. Es handelte sich bei ihm um einen Landwirt, der in finanziellen Schwierigkeiten steckte und annahm, mit dem versprochenen Gewinn die Chance seines Lebens zu erhalten und seinen Betrieb retten zu können.
B.
Das Obergericht des Kantons Bern verurteilte im Appellationsverfahren am 7. Dezember 2005 (u.a.) X._____ wegen vollendeten Betrugs (Auslösen des Koffers) und versuchten Betrugs (Reinigen des Geldes) zu 4 Monaten Gefängnis (bedingt bei einer Probezeit von 2 Jahren), zu 4 Jahren Landesverweisung (bedingt mit einer Probezeit von 2 Jahren) und zur Bezahlung einer Ersatzforderung gemäss Art. 59 Ziff. 2 StGB in der Höhe von Fr. 5'000.- an den Kanton Bern.
C.
X._____ erhebt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und dieses anzuweisen, ihn freizusprechen, sowie ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Er macht geltend, es sei eine Opfermitverantwortung zu bejahen, was Arglist und damit eine Strafbarkeit wegen Betrugs ausschliesse.

Das Obergericht verzichtet auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB ist wegen Betrugs strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt.
1.1 Der Tatbestand des Betrugs setzt voraus, dass die Täuschung arglistig ist. Das Bundesgericht hat dieses Erfordernis bereits früh dahin ausgelegt, dass falsche Angaben, die der Getäuschte ohne besondere Mühe überprüfen kann, nicht genügen (BGE 72 IV 12). Damit wird verlangt, dass jeder die Augen offen halte, wo es ihm zugemutet werden kann. Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch die Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können, soll nicht den Strafrichter anrufen. Einen Freibrief, auf die Gutgläubigkeit und Unvorsichtigkeit des Gegners zu spekulieren, gibt diese Rechtsprechung nicht (BGE 72 IV 126 E. 1).

An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht seither festgehalten. Der Opfermitverantwortung kommt zwar wesentliche Bedeutung zu (BGE 126 IV 165 E. 2a). Mögliche Opfer sollen nämlich in kriminalpolitischer Zielsetzung dazu angehalten werden, ein Minimum an Vorsicht walten zu lassen. Dies darf aber nicht dazu führen, die Arglist einer Täuschung leichthin zu verneinen (BGE 128 IV 18 E. 3a). Es ist nicht vorausgesetzt, dass das Täuschungsopfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehren trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat (BGE 126 IV 165 E. 2a und 2e; 128 IV 18 E. 3a). Bei dieser Beurteilung ist nicht in rein objektiver Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit der Täter diese kennt und ausnützt (BGE 126 IV 165 E. 2a; 120 IV 186 E. 1a).
1.2 Eine Bejahung der Opferverantwortung führt zur Verneinung der Arglist und damit zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden. Damit wird dem Getäuschten die Verantwortung zugeschoben, weil er die zumutbaren elementaren Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen hat. Diese Rechtsfolge kann nur in Ausnahmefällen eintreten. Das Strafrecht schützt alle Menschen und darf auch "Dumme und Schwache" nicht schutzlos lassen (Gunther Arzt, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 146 StGB N. 51). Nach der erwähnten Rechtsprechung kann es nicht in Betracht fallen, diese Menschen der Gefahr auszusetzen, von skrupellosen Geschäftemachern straflos hereingelegt zu werden. Wie das Bundesgericht ausführte, wäre es eine sonderbare Rechtsordnung, wenn sie gerade diejenigen, die infolge verminderter Geistesgaben in vermehrtem Masse der Gefahr ausgesetzt sind, sich zu irren, nicht strafrechtlich gegen betrügerische Hervorrufung und Ausnützung von Irrtümern schützen würde (BGE 119 IV 210 E. 3c). Der Richter hat deshalb auch die Schutzbedürftigkeit des Getäuschten zu erörtern (BGE 119 IV 284 E. 5a).
1.3 Entsprechend hat das Bundesgericht Arglist bejaht, weil das Opfer geistig beeinträchtigt war, obwohl die Täuschung für einen verständigen Dritten offensichtlich gewesen wäre (BGE 120 IV 186

E. 1a mit Hinweis auf BGE 119 IV 210), oder weil der Täter eine in der Opfersituation begründete Unterlegenheit hemmungslos ausgenützt hatte (BGE 120 IV 186). Der Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung kann nur dort zur Verneinung der Arglist führen, wo eine derartige Unterlegenheit des Opfers nicht besteht (BGE 120 IV 186), wie dies bei einer Bank der Fall war, die grundlegendste Sorgfaltsmassnahmen missachtet hatte (BGE 119 IV 28 E. 3 f.). Damit wurde der besonderen Fachkenntnis und Geschäftserfahrung, wie sie im Rahmen von Kreditvergaben Banken beigemessen wird, Rechnung getragen (BGE 126 IV 165 E. 2a S. 172). Hingegen wurde die Arglist im Falle eines Beteiligten des von Deutschland aus gelenkten European Kings Club bejaht, der in der Schweiz so genannte "Letters" (Anteilscheine) vertrieben und den Käufern eine Rendite von 71 % garantiert sowie eine hundertprozentige Sicherheit von Anlage und Rendite versprochen hatte. Dabei hielt das Bundesgericht fest, das Strafrecht schütze auch unerfahrene, vertrauensselige oder von Gewinnaussichten
motivierte Personen vor betrügerischen Machenschaften (BGE 6P.172/2000 und 6S.776/2000 vom 14 Mai 2001 E. 8). Unter Hinweis auf diese Rechtsprechung führte das Bundesgericht in einem weiteren Fall, in dem Privatpersonen ohne besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung Geldbeträge angelegt hatten, aus, es möge zutreffen, dass die Opfer leichtgläubig auf die grosssprecherischen Angaben im Prospekt vertraut hätten und sich von den überzogenen Gewinnmargen hätten blenden lassen. Doch könne dies angesichts der ausgeklügelten Vorgehensweise nicht dazu führen, dass ihnen der strafrechtliche Schutz versagt werde. Der Gedanke der Opfermitverantwortung habe nicht in jedem Fall, in welchem sich das Handeln der Opfer durch ein erhebliches Mass an Naivität auszeichne, zur Folge, dass der Täter straflos ausgehe (BGE 6S.116/2004 vom 7. Juli 2004 E. 2.4.2).

2.
2.1
Im zu beurteilenden Fall geht die Vorinstanz unbestritten und zu Recht von besonderen Machenschaften aus. Als besondere Machenschaften (machinations) gelten Erfindungen und Vorkehrungen sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe (manoeuvres frauduleuses) geeignet sind, das Opfer irrezuführen oder es in seinem Irrtum zu bestärken. Diesen Sachverhalt erfüllt insbesondere das Vorlegen rechtswidrig erlangter oder gefälschter Urkunden und Belege. Machenschaften sind eigentliche Inszenierungen (mise en scène); sie bestehen aus einem ganzen System von Lügen und setzen damit gegenüber einer Summierung von Lügen (Lügengebäude) höhere Anforderungen an die Vorbereitung, Durchführung und Wirkung der Täuschungshandlung. Sie kennzeichnen sich durch intensive, planmässige und systematische Vorkehren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität (BGE 122 IV 197 E. 3d; 126 IV 165 E. 2a).

Der Gedanke der Opfermitverantwortung ist aber auch in diesem Falle zu prüfen, so dass nicht unbesehen der konkreten Umstände eine Arglist bejaht werden darf (BGE 122 IV 197 E. 3d). Ist nämlich die Überprüfbarkeit der einzelnen Erfindungen und Vorkehrungen zu bejahen oder sind die Inszenierungen ohne weiteres zu durchschauen, scheidet Arglist aus. Ob aber die Machenschaften zu durchschauen waren, ist nach dem Gesagten nicht in rein objektiver Betrachtungsweise zu beurteilen, sondern nach den konkreten Umständen und der Schutzbedürftigkeit des Opfers.
2.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, dem Beschwerdegegner seien 20 % der 25 Millionen USD (nämlich 5 Millionen USD) und damit das 430-fache der investierten 11'630 USD in Aussicht gestellt worden. Wer auf ein derartiges Versprechen ohne nennenswerte Gegenleistung vertraue, werde strafrechtlich nicht geschützt. Die Vorinstanz stütze sich zu Unrecht auf die bundesgerichtlichen Entscheide 6P.172/2000 und 6S. 116/2004 (oben E. 1.3), nach deren Sachverhalt eine Rendite von 71 % bzw. 18 % versprochen worden sei.

Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, dass dieses Versprechen unverhältnismässig erscheint. Diese Tatsache kann aber schon deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil sich sonst der Täuschende bereits mit unverhältnismässigen Gewinnversprechen der Strafbarkeit entziehen könnte. Selbst Unmögliches kann als Tatsache vorgespiegelt werden (BGE 119 IV 210 E. 3b). Doch liegt es auf der Hand, dass diese Geschichte bei nüchterner Betrachtung absurd erscheint, so dass der Täter "bei gehöriger Sorgfalt des Opfers" eigentlich nicht zum Ziel kommen sollte (vgl. Gunther Arzt, a.a.O. Art. 146 N. 58).
2.3 Es ist daran zu erinnern, dass das Strafrecht keine Verschuldenskompensation kennt. Die Opfermitverantwortung im Sinne der Selbstverantwortung der getäuschten Person bildet lediglich insoweit das Gegenstück zur Arglist, als die Täuschungshandlung in einer Weise qualifiziert sein muss, dass sie geeignet erscheint, den zumutbaren Selbstschutz des Opfers zu überwinden (oben E. 1). Arglist muss im Hinblick auf das individuelle Opfer geprüft werden und erweist sich als ein

relatives Tatbestandskriterium, weil selbst Urteilsunfähige betrogen werden können (vgl. BGE 119 IV 210 E. 3c). Je grösser der Täuschungsaufwand erscheint, desto stärker wird die Opfermitverantwortung in den Hintergrund treten. 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.

Wie die Vorinstanz darlegt, kamen dem Beschwerdegegner durchaus und mehrfach Zweifel an der Sache auf. Diese wurden indessen durch die aufwändige Inszenierung immer wieder zerstreut. Nach diesen vorinstanzlichen Ausführungen hat der Beschwerdegegner das seiner Auffassung nach Notwendige unternommen, um sich der Sache zu vergewissern. Er wollte in der Schweiz mit den Verantwortlichen sprechen und mehr über das Geschäft erfahren. Hier befand er sich auf fremdem Boden und sah sich einer Mehrheit von Personen gegenüber, darunter dem "Rechtsanwalt Hodler". Wie die Vorinstanz feststellt, ist es verständlich, dass er sich angesichts der geltend gemachten Sicherheitsaspekte - laut der inszenierten Geschichte fürchteten die betroffenen Afrikaner um ihr Leben und ihr Vermögen - mit den "einsilbigen" Antworten zur Identität der Geschäftspartner zufrieden gab und an Ort keine weiteren Abklärungen zur Existenz der Firma tätigte. Die Abklärungen hätten sich nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht unbedingt als erfolgreich und jedenfalls nicht als einfach erwiesen (angefochtenes Urteil S. 119). Nachdem er mit den Herren gesprochen und diese einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen hatten, war er von der Seriosität des Geschäfts überzeugt
und übergab sein Geld (angefochtenes Urteil S. 85).

Der Beschwerdegegner hat somit versucht, sich durch die Einreise in die Schweiz und durch Rückfragen Klarheit zu verschaffen. Er hat zwar nicht die grösstmögliche Sorgfalt walten lassen und nicht alle erdenklichen Vorkehren getroffen. Er hat aber die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen beachtet. Dabei liess er sich von der Inszenierung in die Irre führen und sich in seinem Irrtum bestärken. Dass er durch sein finanzielles Interesse motiviert und sein Selbstschutz durch seine Wunschvorstellungen geschwächt war, ist nicht zu verkennen, führt aber nicht zu einer anderen Beurteilung.
2.4 Der Beschwerdeführer kritisiert die Erwägung der Vorinstanz, es habe den Opfern kaum entgehen können, dass die Vermögenstransaktionen gegen Devisen-, Zoll- oder andere Bestimmungen verstossen könnten, und es sei für die Angeschuldigten voraussehbar gewesen, dass genau dieser Umstand die Opfer davon abhalten würde, sich bei offiziellen Stellen zu erkundigen (angefochtenes Urteil S. 111). Er macht geltend, er werde bestraft, weil die Opfer die Begehung einer rechtswidrigen Tat beabsichtigten. Wäre die Transaktion legal, würde Arglist wegen zumutbarer Überprüfung verneint (Beschwerde S. 6).

Diese mit der Sprachlogik operierende Argumentation trifft den Sinn der Erwägung nicht. Die Inszenierung war auf ein Unterlassen und Verunmöglichen der Überprüfung angelegt, und der Beschwerdeführer wurde nicht infolge rechtswidriger Absichten der Opfer bestraft.
2.5 Der Beschwerdeführer gesteht der Vorinstanz zwar zu, dass nicht bereits auf die erste Kontaktaufnahme zwischen Täter und Opfer abgestellt werden müsse. Er wendet aber ein, dass dies der Fall sein müsse, wenn das Lügengebäude bereits durch die bei der ersten Kontaktaufnahme verbreiteten Lügen aufgedeckt werden könne.

Nach der Rechtsprechung scheidet Arglist aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt, als Ganzes, wie auch die falschen Angaben für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (BGE 119 IV 28 E. 3c; 126 IV 165 E. 2a). Diese Überlegungen zum so genannten Lügengebäude lassen sich auch für die Beurteilung der besonderen Machenschaften heranziehen (oben E. 2.1).

Dem Beschwerdegegner war von der ihm unbekannten Frau beim ersten Telefongespräch eine nur schwer überprüfbare Schauergeschichte aufgetischt worden. In der Folge wurden ihm Dokumente zugestellt, die diese Geschichte belegen sollten. Gleichzeitig erblickte er in diesem Angebot eine Chance, um aus seinen eigenen finanziellen Schwierigkeiten herauszukommen. Er reiste nach Bern, um mehr Informationen zu erhalten, da er der Sache nicht ganz traute. Nach den Gesprächen war er aber von der Seriosität des Geschäfts überzeugt und übergab die Auslösesumme. Hierauf traten bei ihm erneut Zweifel auf. Es gelang der Gruppe jedoch, diese Zweifel anlässlich des Vorzeigens des präparierten Koffers wieder auszuräumen. Somit war der Beschwerdegegner trotz seiner wiederholt aufkommenden Zweifel nicht in der Lage, eine Lüge aufzudecken, die zur Aufdeckung des ganzen Schwindels hätte führen können. Vielmehr gelang es den verschiedenen Akteuren mit ihrem

Rollenspiel, in dem "Rechtsanwalt Hodler" die Interessen des Beschwerdegegners zu vertreten vorgab, die Ernsthaftigkeit des Geschäfts für den Beschwerdegegner überzeugend darzustellen. Nachdem er sich auf die Sache eingelassen hatte, vermochte er sich der Suggestivkraft und Übermacht der Akteure sowie
der in sich schlüssigen Inszenierung nicht mehr zu entziehen. Er durchschaute den ganzen Schwindel erst aufgrund der Umstände, unter denen von ihm noch zusätzliches Geld gefordert wurde. Der wohl entscheidende Punkt liegt somit darin, dass er sich überhaupt auf die Geschichte eingelassen hatte. Diese Naivität hinderte ihn, bereits anfänglich den Schwindel zu durchschauen.
2.6 Ohne diese Naivität des Beschwerdegegners hätte die Gruppe auch nicht teilweise zum Ziel gelangen können. Diese Tatsache lässt sich angesichts der mit grossem Aufwand inszenierten Täuschungshandlungen nicht in einer Weise gewichten, dass das täuschende Verhalten in seiner Qualität hinter den vom Getäuschten selber zu verantwortenden Anteil zurücktreten könnte, so dass diesem die alleinige Verantwortung für das Hereinfallen auf die Inszenierung zugeschoben werden könnte. In objektiver Betrachtungsweise erfüllen die Täuschungshandlungen ohne weiteres das Merkmal der Arglist. Die Beurteilung im Hinblick auf den Beschwerdegegner und unter Einbezug seiner Opfermitverantwortung führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Vorinstanz qualifiziert das Vorgehen sowohl hinsichtlich der vollendeten wie der versuchten Tatbegehung zu Recht als arglistig (zum Betrugsversuch BGE 128 IV 18).
3.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, weil das Rechtsbegehren aussichtslos erschien (Art. 152 OG). Der Beschwerdeführer trägt die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Seiner finanziellen Lage kann mit einer herabgesetzten Gerichtsgebühr Rechnung getragen werden (Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde 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, dem Generalprokurator des Kantons Bern und dem Obergericht des Kantons Bern, 3. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. November 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: