

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

6B\_290/2016

Urteil vom 15. August 2016

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Gerichtsschreiber M. Widmer.

Verfahrensbeteiligte  
X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg, Postfach 1638, 1701 Freiburg,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Gewerbsmässiger Betrug; ambulante Massnahme,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, Strafappellationshof, vom 3. Februar 2016.

Sachverhalt:

A.  
Das Strafgericht des Sensebezirks verurteilte X. \_\_\_\_\_ am 9. Juni 2015 wegen teilweise versuchten gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Urkundenfälschung und Übertretung des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (SR 745.1). Es auferlegte ihm eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten und eine Busse von Fr. 100.--. Vom Vorwurf der Nötigung sprach es ihn frei.

Die dagegen gerichtete Berufung von X. \_\_\_\_\_ wies das Kantonsgericht des Kantons Freiburg am 3. Februar 2016 ab.

B.  
X. \_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, er sei nicht des teilweise versuchten gewerbsmässigen Betrugs schuldig zu sprechen, sondern lediglich des teilweise versuchten einfachen Betrugs. Die Freiheitsstrafe sei auf 12 Monate zu reduzieren und zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufzuschieben. Eventuell sei eine psychiatrische Behandlung während des Strafvollzugs anzuordnen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer bestreitet, gewerbsmässig gehandelt zu haben. Er habe die Delikte in zwei zeitlich eng begrenzten Phasen begangen, nämlich um die Jahreswende 2013/2014 und dann von Mitte Juni bis Anfang Juli 2014. Er habe am 20. Dezember 2013 seine jetzige Ehefrau A. \_\_\_\_\_ geheiratet. Nach der Heirat habe er ihr ein Auto finanzieren wollen. Mit den Delikten im Juni und Anfang Juli 2014 habe er ihr ein gewichtiges Geburtstagsgeschenk machen wollen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müsse für die Annahme der Gewerbsmässigkeit das Bestreben erkennbar sein, aus der deliktischen Tätigkeit mit einer gewissen Regelmässigkeit Einkünfte zu

erzielen, die geeignet sind, einen namhaften Teil der Lebenskosten zu decken. Eine solche Regelmässigkeit könne bei den zur Diskussion stehenden Delikten nicht angenommen werden. Er habe diese für zwei ganz spezifische Anschaffungen für seine Frau begangen, also nicht regelmässig und auch nicht zur Deckung seiner Lebenskosten.

1.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt der Ansatzpunkt für die Definition der Gewerbmässigkeit im berufsmässigen Handeln. 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 der Art eines Berufes ausübt (BGE 129 IV 253 E. 2.1 S. 254; 123 IV 113 E. 2c S. 116; 116 IV 319 E. 4 S. 330 ff.). Wesentlich für die Annahme der Gewerbmässigkeit ist, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben (BGE 119 IV 129 E. 3a S. 132 f.; 116 IV 319 E. 4c S. 332; vgl. auch BGE 123 IV 113 E. 2c S. 116).

1.3.

1.3.1. Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe der B. \_\_\_\_\_ AG vorgespiegelt, ein Fahrzeug im Wert von Fr. 25'000.-- erwerben und seinen alten Wagen reparieren lassen zu wollen. Der Verkäufer habe ihm zur Bezahlung von Fr. 29'818.65 einen Einzahlungsschein übergeben, mit welchem der Beschwerdeführer bei einer Poststelle am 10. Januar 2014 einen Betrag von Fr. 51.20 einzahlte. Er scannte und kopierte anschliessend die abgestempelte Quittung so, dass diese den Betrag von Fr. 29'818.65 auswies. Das gefälschte Dokument sandte er gleichentags per E-Mail an die B. \_\_\_\_\_ AG, welche ihm in der Folge das Fahrzeug aushändigte.

Am 10. Juni 2014 habe sich der Beschwerdeführer im Verkaufslokal der C. \_\_\_\_\_ AG zwei goldene Colliers im Wert von Fr. 7'100.-- zeigen lassen. Er habe vorgegeben, diese kaufen zu wollen und einen Einzahlungsschein verlangt, weil der Kaufpreis die Limite seiner Kreditkarte übersteige. Er habe bei einer Poststelle Fr. 100.-- eingezahlt, die Quittung in einem Copyshop auf Fr. 7'100.-- abgeändert und wenig später im Geschäft vorgewiesen, worauf ihm der Schmuck ausgehändigt worden sei. Diesen habe er noch am selben Tag für Fr. 2'300.-- weiterverkauft.

Auf gleiche Weise habe der Beschwerdeführer am 17. Juni 2014 bei der D. \_\_\_\_\_ SA Fr. 1'180.-- ertragen, am 27. Juni 2014 bei der E. \_\_\_\_\_ AG Fr. 12'150.-- sowie am 5. Juli 2014 bei der F. \_\_\_\_\_ Fr. 3'100.--.

Am 30. Dezember 2013 habe der Beschwerdeführer bei der G. \_\_\_\_\_ AG einen Kreditantrag über Fr. 70'000.-- gestellt. Er habe wahrheitswidrig angegeben, dass keine Beteiligungen gegen ihn bestehen, und mittels gefälschten Lohnabrechnungen behauptet, er erziele ein monatliches Einkommen von Fr. 6'850.--. Unter Beilage derselben gefälschten Lohnabrechnungen habe der Beschwerdeführer im Januar 2014 bei der H. \_\_\_\_\_ Sàrl einen Kredit über Fr. 80'000.-- beantragt.

1.3.2. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer habe gewerbmässig gehandelt. Er habe vom 10. Januar bis 5. Juli 2014 deliktische Nettoeinkünfte von Fr. 4'838.-- erzielt, sich Waren im Gesamtwert von Fr. 49'430.-- angeeignet und versucht, Kredite von Fr. 150'000.-- zu erschleichen. Wesentlich sei, dass sich der Beschwerdeführer, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden müsse, darauf eingerichtet habe, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Finanzierung seines Lebensunterhalts darstellten. An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 9. Juni 2015 habe er zu Protokoll gegeben, dass er seiner Frau etwas Schönes zum Geburtstag habe schenken wollen, selber aber nicht genügend Geld zur Verfügung gehabt habe. Bei der polizeilichen Einvernahme vom 13. Januar 2014 habe er zugegeben, es sei ihm bewusst gewesen, dass seine finanzielle Situation den Kauf eines Autos nicht zugelassen hätte. Er habe seine Finanzen nicht im Griff. Wenn er etwas habe, sei es in kürzester Zeit weg. Daraus werde ersichtlich, dass er einen Lebensstil pflege, den er sich finanziell nicht leisten könne. Durch seine deliktischen Handlungen habe er Einkünfte erzielt, mit denen er diesen finanziert habe.

1.4. Der Beschwerdeführer betrog am 10. Januar 2014 die B. \_\_\_\_\_ AG, am 10. Juni 2014 die C. \_\_\_\_\_ AG, am 17. Juni 2014 die D. \_\_\_\_\_ SA, am 27. Juni 2014 die E. \_\_\_\_\_ AG und am 5. Juli 2014 die F. \_\_\_\_\_. Zudem versuchte er am 30. Dezember 2013 einen Betrug zum Nachteil der G. \_\_\_\_\_ AG und im Januar 2014 zum Schaden der H. \_\_\_\_\_ Sàrl. Der Beschwerdeführer nahm in einem Zeitraum von sechs Monaten fünf vollendete und zwei versuchte Betrugshandlungen zum Nachteil von sieben verschiedenen Unternehmen vor. Dabei erzielte er einen Deliktsbetrag von Fr. 54'268.--. Zudem versuchte er, Kredite über Fr. 150'000.-- zu

erlangen. Der Beschwerdeführer richtete sich somit darauf ein, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen. Die Gewerbsmässigkeit seines Handelns ergibt sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwandte, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb des Zeitraums von sechs Monaten sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften von insgesamt Fr. 204'268.--.

1.5. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie die Gewerbsmässigkeit der Betrugshandlungen bejaht.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe den Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme abgelehnt. Sie erwäge, seine Persönlichkeitsstörung sei nicht schwer. Dies sei für ihn nicht verständlich. Die Vorinstanz räume selber ein, die Beurteilung von Persönlichkeitsstörungen sei schwierig. Es sei aber doch offensichtlich, dass seine kriminelle Laufbahn eine Folge seiner Persönlichkeitsstörung sei. Spezielle Problemstellungen, wie etwa der Wunsch seiner Frau nach einem Auto oder sein Wunsch, ihr ein teures Geburtstagsgeschenk zu machen, führten zu einem eigentlich manischen Schub. Er verliere dann die Kontrolle über sich und beachte bei seinen Geldausgaben die nötigen Schranken nicht mehr. Das sei für ihn ein schwerwiegender Tatbestand, der unbedingt psychiatrisch angegangen werden sollte. Es sei richtig, dass ihm vor einigen Jahren das nötige Verständnis dafür noch gefehlt habe. Jetzt sehe er aber klar, dass eine entsprechende Behandlung unbedingt nötig sei, damit er sich selber vor dem Begehen weiterer Delikte schützen könne. Weil er sich kurz nach dem Strafantritt einen komplizierten Beinbruch mit Spätfolgen zugezogen habe und eine zweite Operation nötig sei, werde er in der Strafanstalt

nicht beschäftigt. Ähnlich wie ein Untersuchungsgefangener könne er keiner Arbeit nachgehen. Dieser Zustand werde noch ungefähr ein halbes Jahr andauern. Eine Psychotherapie werde abgelehnt mit der Begründung, eine solche sei gerichtlich nicht angeordnet worden. So werde er aber aus seinen psychischen Problemen nie herauskommen, um nach seiner Entlassung ein deliktfreies Leben führen zu können. Der Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme könne ganz entscheidend mithelfen, einen Rückfall in die Delinquenz zu vermeiden. Falls diesem Antrag nicht stattgegeben werden könne, wäre eine Psychotherapie während des Strafvollzugs gerichtlich anzuordnen.

2.2. Die Vorinstanz stellt fest, seit 2001 seien verschiedene Gutachten über den psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers erstellt worden. Am 5. September 2011 habe Dr. I. \_\_\_\_\_ eine kombinierte Persönlichkeitsstörung diagnostiziert. Diese Diagnose sei bereits am 28. September 2001 vom psychiatrischen Zentrum Wetzikon und am 13. November 2009 vom Forensisch-Psychiatrischen Dienst der Universität Bern gestellt worden. Allerdings weise Dr. I. \_\_\_\_\_ darauf hin, die Ausprägung sei mässig, weshalb keine schwere psychische Störung vorliege. Die Anordnung einer Massnahme sei somit ausgeschlossen. Zwar habe der Beschwerdeführer vom 21. Juni 1999 bis Sommer 2015 trotz mehreren Verurteilungen und mehrjähriger ambulanter Therapie bei verschiedenen Psychiatern immer wieder delinquent und eine Vielzahl von Vermögensdelikten sowie Urkundenfälschungen begangen. Daraus könne aber nicht auf eine geistige Abnormität im rechtlichen Sinne geschlossen werden.

2.3.

2.3.1. Gemäss Art. 56 Abs. 1 StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der Art. 59-61, 63 oder 64 StGB erfüllt sind.

Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn er ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 59 Abs. 1 StGB).

Wenn der Täter psychisch schwer gestört ist, kann das Gericht anordnen, dass er nicht stationär, sondern ambulant behandelt wird, wenn er eine mit Strafe bedrohte Tat verübt, die mit seinem Zustand in Zusammenhang steht und wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 63 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe, einer durch Widerruf vollziehbar erklärten Freiheitsstrafe sowie einer durch Rückversetzung vollziehbar

gewordenen Reststrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Es kann für die Dauer der Behandlung Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen (Art. 63 Abs. 2 StGB).

2.3.2. Das Gericht stützt sich bei seiner Entscheidung über die Anordnung einer stationären oder einer ambulanten Massnahme zur Behandlung psychischer Störungen nach Art. 59 und 63 StGB auf eine sachverständige Begutachtung, die sich über die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, die Art und die Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme äussert (Art. 56 Abs. 3 StGB).

Zieht das Gericht mangels eigener Fachkenntnis einen Experten bei, ist es bei der Würdigung des Gutachtens grundsätzlich frei. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung entscheiden die Strafbehörden frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung darüber, ob sie eine Tatsache für erwiesen halten (vgl. Art. 10 Abs. 2 StPO). Das Gericht darf aber in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe vom eingeholten Gutachten abrücken und muss Abweichungen begründen. Umgekehrt kann das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (Art. 9 BV; BGE 141 IV 369 E. 6.1 S. 372 f. mit Hinweisen).

2.3.3. Nach der Rechtsprechung zu Art. 59 Abs. 1 StGB genügt für eine schwere psychische Störung nicht jede geistige Anomalie im sehr weiten medizinischen Sinne. Einzig psychopathologische Zustände von einer gewissen Ausprägung oder relativ schwerwiegende Arten und Formen geistiger Erkrankungen im medizinischen Sinne vermögen diesen Anforderungen zu genügen und können als geistige Abnormität im rechtlichen Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB qualifiziert werden (vgl. Urteile 6B\_926/2013 vom 6. März 2014 E. 3.2; 6B\_967/2010 vom 22. März 2011 E. 6.3; 6B\_681/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.3; je mit Hinweisen).

Die ambulante Behandlung stellt nichts anderes als eine besondere Art des Vollzugs einer stationären Massnahme dar (Urteil 6B\_440/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 5.3 mit Hinweisen). Der Begriff der schweren psychischen Störung gemäss Art. 63 Abs. 1 StGB deckt sich mit jenem von Art. 59 Abs. 1 StGB (vgl. MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 63 StGB; MICHEL DUPUIS ET AL., Petit commentaire du Code pénal, 2. Aufl. 2012, N. 3 zu Art. 63 StGB; TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 63 StGB; MARKUS HUG, in: Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 63 StGB).

## 2.4.

2.4.1. Die Vorinstanz stützt sich auf drei psychiatrische Gutachten vom 28. September 2001, 13. November 2009 sowie 5. September 2011 und stellt fest, die psychische Störung des Beschwerdeführers sei nur mässig ausgeprägt, weshalb keine schwere psychische Störung vorliege, die eine stationäre therapeutische Massnahme rechtfertigen könne. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur.

2.4.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser ist offensichtlich unrichtig oder beruht auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; vgl. zum Willkürbegriff: BGE 141 IV 305 E. 1.2 S. 308 f.; 138 I 305 E. 4.3 S. 319; je mit Hinweisen). Die Willkür rüge muss in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253, 369 E. 6.3 S. 375; je mit Hinweisen).

2.4.3. Was der Beschwerdeführer gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz einwendet, erschöpft sich weitgehend in einer appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil, auf welche das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung nicht eintritt. Der Beschwerdeführer beschränkt sich im Wesentlichen darauf, seine eigene Sichtweise aufzuzeigen. Er legt nicht dar, weshalb die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts schlechterdings unhaltbar ist.

2.4.4. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz von den psychiatrischen Gutachten abgewichen sein soll. Dr. I. \_\_\_\_\_ befindet im aktuellsten Gutachten vom 5. September 2011, die psychische Störung des Beschwerdeführers sei mässig ausgeprägt. Wenn die Vorinstanz gestützt hierauf eine schwere psychische Störung verneint, verfällt

sie jedenfalls nicht in Willkür.

2.5. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie auf die Anordnung einer therapeutischen Massnahme verzichtet. Die Frage nach einem allfälligen Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung stellt sich somit nicht. Gleiches gilt für die eventualiter beantragte psychiatrische Behandlung während des Strafvollzugs.

3.

Die beantragte Reduktion der Freiheitsstrafe begründet der Beschwerdeführer einzig damit, dass er lediglich wegen teilweise versuchten einfachen Betrugs zu verurteilen sei. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, darauf einzugehen.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Kosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, weil die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario). Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Freiburg, Strafappellationshof, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. August 2016

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: M. Widmer