

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.407/2002 /kra

Urteil vom 28. September 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly, Karlen,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien

Y. _____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Peter Stein, Florastrasse 44, 8008 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand

Gewerbsmässiger Betrug (Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB); Vorsatz; psychiatrische Begutachtung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 25. Juni 2002.

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich verurteilte Y. _____ am 23. Dezember 1999 wegen gewerbsmässigen Betrugs (Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB) zu 2 Jahren und 9 Monaten Gefängnis.

Y. _____ reichte Berufung ein und liess an der Berufungsverhandlung vom 2. März 2001 durch die Verteidigung beantragen, er sei des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen und zu einer vom Gericht zu bestimmenden, die Dauer von 18 Monaten nicht übersteigenden, bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe zu verurteilen.

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach Y. _____ am 25. Juni 2002 des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schuldig und bestrafte ihn mit 21/4 Jahren Gefängnis.

Y. _____ wird im Wesentlichen vorgeworfen, er habe in den Jahren 1991 bis 1994 für beziehungsweise zusammen mit Z. _____ Anlagemöglichkeiten bei amerikanischen Banken offeriert, welche Letztere überhaupt nicht existierten beziehungsweise nicht in der von ihm beschriebenen Weise tätig waren, und er habe dadurch rund 250 Personen in Deutschland zu Zahlungen verleitet, die dadurch einen Vermögensschaden im Gesamtbetrag von ca. 15 Mio. Franken erlitten hätten.

B.

Y. _____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.

Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

D.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 13. März 2003 die von Y. _____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer wegen gewerbsmässigen Betrugs verurteilt, eventualvorsätzlich begangen ab November 1992.

1.1 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass in der gegebenen Sachverhaltskonstellation die Erfüllung der Tatbestandselemente des Betrugs, begangen mit Eventualvorsatz, ausgeschlossen sei. Insbesondere die beiden Tatbestandselemente des "motivierenden Verhaltens" und des "Irrtums" setzten aktives und gezieltes Handeln voraus und liessen sich eventualvorsätzlich höchstens in den Beteiligungsformen der Mittäterschaft und der Gehilfenschaft, nie aber als alleiniger Täter verwirklichen. Ein Mittäter zum Beschwerdeführer fehle aber. Z._____ sei in dieser Sache nicht verurteilt. Das Verfahren in Deutschland sei anscheinend eingestellt, und in der Schweiz sei nie ein Verfahren gegen Z._____ eröffnet worden. Die Verurteilung eines alleinigen Haupttäters wegen Betrugs unter Annahme der Erfüllung sämtlicher objektiver Tatbestandselemente mittels Eventualvorsatz sei nicht möglich.

Der Beschwerdeführer bringt im Weiteren vor, es könne ihm nicht schon ab November 1992, sondern, wenn schon, erst ab November 1993 Eventualvorsatz vorgeworfen werden. Die im erstinstanzlichen Entscheid aufgelisteten Indizien, auf die im angefochtenen Urteil zustimmend verwiesen werde, reichten zur Begründung des Eventualvorsatzes bereits ab November 1992 nicht aus. Sein Verhalten in der Zeit von November 1992 bis November 1993 sei daher mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestands kein Betrug.

1.2 Der Beschwerdeführer hat in den Berufungsverhandlungen vom 2. März 2001 und vom 25. Juni 2002 erklärt, er sei bereit - "es ist eine Art Kompromiss" - einen Eventualvorsatz ab November 1993 zu anerkennen. Auch die Verteidigung ging in ihrem Plädoyer von einem eventualvorsätzlichen Handeln des Beschwerdeführers (erst) ab November 1993 aus (siehe angefochtenes Urteil S. 14/15).

Der Beschwerdeführer hat im Berufungsverfahren allem Anschein nach nicht auch geltend gemacht, dass Eventualvorsatz allgemein beziehungsweise in seinem Fall für eine Verurteilung wegen Betrugs nicht genüge. Er kann die Frage indessen erstmals im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde aufwerfen; denn es ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz sich damit im Berufungsverfahren, trotz Fehlens einer diesbezüglichen Rüge, von Amtes wegen hätte befassen können (siehe dazu BGE 104 IV 270 E. 3, mit Hinweisen; Schweri, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, 1993, N. 137 f.).

1.3 Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 18 Abs. 2 StGB). Der Vorsatz im Sinne dieser Bestimmung umfasst auch den Eventualvorsatz. Dieser ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 96 IV 99; 125 IV 242 E. 3c S. 251, mit Hinweisen). Soweit das Gesetz - ausdrücklich oder implizit - Vorsatz voraussetzt, reicht Eventualvorsatz aus (BGE 69 IV 75 E. 5; Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I, 2. Aufl. 1996, § 9 N. 99; Jenny Basler Kommentar, StGB I, 2003, Art. 18 N. 43). Anders verhält es sich, wo das Gesetz etwa ein Handeln "wider besseres Wissen" oder eine "wissentliche" Gefährdung voraussetzt; insoweit ist sicheres Wissen erforderlich und genügt blosser Inkaufnahme nicht (BGE 76 IV 243; 123 IV 128 E. 2a; Jenny, a.a.O., Art. 18 N. 57 f.). Das Erfordernis eines solchen direkten Vorsatzes kann sich auch aus Sinn und Zweck eines konkreten Straftatbestands ergeben. Den Tatbestand von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3 StGB beispielsweise, wonach bestraft wird,

wer ein Kind unter 16 Jahren in eine sexuelle Handlung einbezieht, erfüllt nur, wer bewusst die geschlechtliche Handlung vor einem Kind ausführt und will, dass das Kind die Handlung wahrnimmt; die blosser Inkaufnahme der Wahrnehmung genügt nicht (nicht publiziertes Urteil 6S.241/2002 vom 20. September 2002).

Des Betrugs macht sich gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern 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 andern am Vermögen schädigt. Wohl lässt das sog. "motivierende Verhalten", das zur Erfüllung des Betrugstatbestands erforderlich ist, an ein aktives, zielgerichtetes Handeln denken. Der Tatbestand des Betrugs kann indessen auch eventualvorsätzlich erfüllt werden (siehe schon BGE 69 IV 75; 92 IV 65; Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil I, 5. Aufl. 1995, § 15 N. 57; Rehberg/Schmid, Strafrecht III, 7. Aufl. 1997, S. 184; Corboz, Les infractions en droit suisse, Vol. I 2002, art. 146 CP n. 39). Es genügt, wenn der Täter in Kauf nimmt, dass seine unrichtigen Angaben falsch sind, dass der Getäuschte dadurch einem Irrtum erliegt und deshalb eine Vermögensverfügung vornimmt, durch die er sich am Vermögen

schädigt. Es reicht insoweit aus, dass zwischen dem Verhalten des Täters und demjenigen des Geschädigten objektiv ein Motivationszusammenhang besteht und dass der Täter dies subjektiv in Kauf nimmt. Selbst zur Bejahung der beim Betrug - wie bei andern strafbaren Handlungen gegen das Vermögen - erforderlichen Absicht der unrechtmässigen Bereicherung genügt Eventualabsicht (siehe BGE 105 IV 29 E. 3a S. 34 ff., 36; Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 18 StGB N. 20). Sie ist etwa gegeben, wenn der Täter in Kauf nimmt, dass die von ihm angestrebte Bereicherung eine unrechtmässige ist. Der Tatbestand des Betrugs setzt sodann kein aktives Handeln voraus; er kann auch durch Unterdrückung von Tatsachen beziehungsweise durch Schweigen erfüllt werden.

Die Rüge des Beschwerdeführers, Eventualvorsatz reiche nicht aus, ist somit unbegründet. Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

1.4 Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen, ist damit Tatfrage (siehe BGE 125 IV 242 E. 3c S. 252, mit Hinweisen) und kann daher im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden (Art. 273 Abs. 1 lit. b, 277bis BStP). Das gilt grundsätzlich auch, wenn bei Fehlen eines Geständnisses des Täters aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen wird. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich insoweit Tat- und Rechtsfragen teilweise gewissermassen überschneiden. Daher hat der Sachrichter die relevanten tatsächlichen Umstände möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen er auf Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung geschlossen und damit auf Eventualvorsatz erkannt hat. Denn der Sinngehalt der zum Eventualdolus entwickelten Formeln lässt sich nur im Lichte der tatsächlichen Umstände des Falles prüfen, und das Bundesgericht kann daher in einem gewissen Ausmass die richtige Bewertung dieser Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüfen (BGE 125 IV 242 E. 3c S. 252, mit Hinweisen; Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde - Staatsrechtliche Beschwerde - Einheitsbeschwerde? AJP 1992

S. 851 f.). Der Richter, der einzig und allein aus dem Wissen des Täters um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung auf Inkaufnahme schliesst, würdigt dadurch nicht Beweise, sondern lässt den wesentlichen Unterschied zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, die beide dieses Wissen voraussetzen, ausser Acht und verletzt damit Bundesrecht (nicht publiziertes Urteil 6S.533/1990 vom 23. Dezember 1991).

Die Vorinstanz hält in Übereinstimmung mit der 1. Instanz fest, beim Beschwerdeführer habe sich auf Grund eines Gesamtbildes eine Vermutung einstellen müssen, dass die von ihm vermittelten Anlagen beziehungsweise Konti keinen realen Hintergrund hätten respektive fingiert seien. Bis November 1992 hätten sich beim Beschwerdeführer die Indizien, die als eine Fülle von Ungereimtheiten und Unstimmigkeiten auf ein betrügerisches Gebilde hingewiesen hätten, derart summiert und verdichtet, dass die Fortführung der Akquisitionstätigkeit als eine Inkaufnahme des Betrugstatbestands interpretiert werden müsse. Der Beschwerdeführer habe zumindest in Kauf genommen, dass die Gelder, die er von den Anlegern erhalten und grösstenteils an Z._____ übergeben habe, nicht verabredungsgemäss bei tatsächlich existierenden amerikanischen Banken angelegt und damit auch nicht von einer staatlichen Einlageversicherung gedeckt würden (angefochtenes Urteil S. 15). Nach einer Verweisung auf die ausführlichen Erwägungen im erstinstanzlichen Entscheid listet die Vorinstanz ihrerseits eine Vielzahl von Umständen auf, aus denen sie auf Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung bereits ab November 1992 schliesst (angefochtenes Urteil S. 15 - 19), und legt sie

dar, weshalb die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gegenargumente unbehelflich seien (angefochtenes Urteil S. 19 - 21). Dies ist Beweiswürdigung, die im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht kritisiert werden kann. Im Übrigen hat sich das Kassationsgericht des Kantons Zürich im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde damit befasst und erkannt, die Vorinstanz habe willkürfrei darauf schliessen dürfen, dass der Beschwerdeführer spätestens ab November 1992 mit Wissen und Willen beziehungsweise in tatsächlicher Hinsicht eventualvorsätzlich gehandelt habe (Beschluss des Kassationsgerichts vom 13. März 2003, S. 29/30).

Auf die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

2.

2.1 Im Strafverfahren wurde die psychiatrische Begutachtung des Beschwerdeführers angeordnet. Der gerichtlich bestellte Experte kam in seinem Gutachten vom 17. November 1995 zum Ergebnis, dass die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verminderung der Zurechnungsfähigkeit nicht erfüllt seien. Der Beschwerdeführer liess das gerichtliche Gutachten durch zwei privat bestellte Experten, nämlich durch einen Psychiater und eine Psychologin, überprüfen. Der Psychiater äusserte in seinem Bericht vom 1. Juli 1999 in mehrfacher Hinsicht Kritik am gerichtlichen Gutachten. Gemäss den

Ausführungen in der Nichtigkeitsbeschwerde (S. 9 - 11) bemängelte er im Wesentlichen, das Gutachten sei methodisch mangelhaft; es fehle eine empathische Befragung, eine lebendige, plastische Darstellung der Biografie und der Persönlichkeit des Probanden; es fehlten notwendige fremdanamnestiche Abklärungen und eine Vertiefung der testpsychologischen Untersuchung. Die Schlussfolgerungen im Gutachten seien apodiktisch und nicht hinreichend empirisch begründet. Auf Einladung der 1. Instanz nahm der gerichtliche Experte zu dieser Kritik mit Schreiben vom 30. August 1999 Stellung.

Der Beschwerdeführer beantragte im Anschluss an die erstinstanzliche Verhandlung mehrfach die Einholung eines Obergutachtens. Er rügt in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, dass seine Anträge von den kantonalen Instanzen nicht behandelt worden seien. Der Verzicht auf die Einholung einer psychiatrischen Oberexpertise verstosse gegen Art. 13 StGB; durch das private Gegengutachten seien ernsthafte Zweifel an einer zureichenden ersten Begutachtung begründet worden, weshalb gestützt auf Art. 13 StGB zwingend ein Obergutachten hätte eingeholt werden müssen.

2.2 Die Untersuchungs- oder die urteilende Behörde ordnet eine Untersuchung des Beschuldigten an, wenn sie Zweifel an dessen Zurechnungsfähigkeit hat oder wenn zum Entscheid über die Anordnung einer sichernden Massnahme Erhebungen über dessen körperlichen oder geistigen Zustand nötig sind (Art. 13 Abs. 1 StGB). Die Sachverständigen äussern sich über die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten sowie auch darüber, ob und in welcher Form eine Massnahme nach den Artikeln 42 - 44 zweckmässig sei (Art. 13 Abs. 2 StGB). Ein Gutachten ist gestützt auf diese Bestimmung nicht erst anzuordnen, wenn die Behörde tatsächlich Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten hat, sondern bereits, wenn sie diesbezügliche Zweifel haben sollte, wenn mithin ernsthafter Anlass zu Zweifeln besteht (BGE 119 IV 120 E. 2a; 116 IV 273 E. 4a; 106 IV 241 E. 1a, mit Hinweisen).

Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde kann geltend gemacht werden, dass ein ernsthafter Anlass zu Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit zu Unrecht verneint beziehungsweise dass trotz Bejahung solcher Zweifel zu Unrecht kein Gutachten eingeholt worden sei. Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde kann grundsätzlich auch gerügt werden, dass der Gutachter einzelne an ihn gerichtete Fragen - etwa betreffend den Grad der Verminderung der Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit (siehe dazu BGE 119 IV 120 E. 2a in fine und E. 2d) oder die Art der zweckmässigen Massnahme - zu Unrecht nicht beantwortet habe und daher insoweit kein Gutachten im Sinne von Art. 13 StGB vorliege.

Hingegen ist Kritik am Gutachten als solchem, d.h. an den darin enthaltenen Schlussfolgerungen und deren Begründung, sowie Kritik an den von der kantonalen Behörde aus dem Gutachten gezogenen Schlüssen im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. Ob die im Gutachten enthaltenen Ausführungen zur Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit sowie zur Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten überzeugend sind beziehungsweise vom Gericht als überzeugend erachtet werden dürfen oder nicht und ob das Gericht dementsprechend den Schlussfolgerungen des Experten folgen oder aber eine Oberexpertise anordnen soll, sind Fragen der Beweiswürdigung; Kritik daran kann nicht mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, sondern mit der staatsrechtlichen Beschwerde und allenfalls mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts geübt werden (BGE 103 Ia 55 E. 1b; 106 IV 97 E. 2b, 236 E. 2a; Bommer, Basler Kommentar, StGB I, 2003, Art. 13 N. 35).

Eine derartige Kritik am gerichtlichen Gutachten als solchem wird in der vorliegenden Beschwerde (S. 9 - 11) unter sinngemässer Wiedergabe der Ausführungen des privaten Experten vorgetragen. Das ist im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. Im Übrigen hat sich das Kassationsgericht des Kantons Zürich in seinem Beschluss vom 13. März 2003 (S. 17 ff.) mit der vom Beschwerdeführer auch in der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde geäusserten Kritik am gerichtlichen Gutachten ausführlich auseinandergesetzt.

Auf die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

3.

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist abzuweisen, da die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg war.

Der Beschwerdeführer hat somit die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist seine angespannte finanzielle Lage zu berücksichtigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen 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, 28. September 2003

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: