

Basel-Stadt

Gerichte

Geschäftsnummer:

SB.2016.27 (AG.2017.803)

Instanz:

Appellationsgericht

Entscheiddatum:

09.11.2017

Erstpublikationsdatum:

02.02.2018

Aktualisierungsdatum:

02.02.2018

Titel:

Betrug (Beschwerde beim BG hängig)

Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

SB.2016.27

URTEIL

vom 9. November 2017

Mitwirkende

lic. iur. Christian Hoenen (Vorsitz), Dr. Marie-Louise Stamm,

Prof. Dr. Ramon Mabillard und Gerichtsschreiber Dr. Urs Thönen

Beteiligte

A\_\_\_\_, geb. [...] Berufungskläger

[...] Beschuldigter

vertreten durch [...], Advokat,

[...]

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-Stadt Berufungsbeklagte

Binnerstrasse 21, 4001 Basel

Geschädigte

B\_\_\_\_

C\_\_\_\_

beide vertreten durch [...], Advokat,

[...]

Gegenstand

## Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen

vom 9. November 2015

betreffend Betrug

Mit Urteil des Strafgerichts (Einzelgericht) vom 9. November 2015 wurde A\_\_\_\_\_ (Berufungskläger) des Betrugs schuldig erklärt und zu 7 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, unter Einrechnung von 81 Tagen Untersuchungshaft. Das Strafgericht hielt es für erwiesen, dass der Berufungskläger ein unter der Zwangsverwaltung des Betreibungsamts stehendes Einfamilienhaus, über das er nicht mehr habe verfügen dürfen, vermietet habe, sich von den Mietern dafür zum Voraus die Jahresmiete im Barbetrag von CHF 18'000.- habe aushändigen lassen und ihnen erst im Nachhinein - knapp eine Woche nach Mietantritt - mitgeteilt habe, dass der Liegenschaft die Zwangsversteigerung drohe. Bei den Mietern handelt es sich um B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ (Geschädigte).

Weiter behaftete das Strafgericht den Berufungskläger bei der Anerkennung der Schadenersatzforderung von CHF 10'285.71 zugunsten der Geschädigten und ihrer Genugtuungsforderung von CHF 500.-. Bezüglich des Anspruchs der Geschädigten auf Parteientschädigung wurde der Berufungskläger auf der teilweisen Anerkennung von CHF 1'000.- behaftet und zur Zahlung einer Mehrforderung von CHF 2'217.30 verurteilt. Zudem zog das Strafgericht den beim Berufungskläger beschlagnahmten Betrag von CHF 11'200.- ein und sprach diesen den Geschädigten zu.

Gegen dieses Urteil des Strafgerichts richtet sich die am 15. März 2016 angemeldete und am 9. Juni 2016 begründete Berufung, mit der der Berufungskläger einen kostenlosen Freispruch vom Vorwurf des Betrugs, eventuell ein Absehen von Strafe gemäss Art. 53 StGB, subeventualiter das Ausfällen einer bedingten Geldstrafe (statt einer unbedingten Freiheitsstrafe) sowie die Abweisung der Parteientschädigung beantragt, soweit diese den anerkannten Betrag von CHF 1'000.- übersteigt. Im Wesentlichen macht er geltend, er habe damals an die Möglichkeit geglaubt, die Zwangsversteigerung abzuwenden, etwa mit einem Verkauf des Hauses. Er habe die Mietzinse - statt mit einer Kautions - mit einer langfristigen Vorauszahlung sichern wollen. Er habe die Mieterschaft bereits vor Abschluss des Mietvertrags mündlich und danach am 7. März 2015 auch schriftlich auf die mögliche Zwangsverwertung des Mietobjekts hingewiesen.

Die Geschädigten haben mit Stellungnahme vom 22. Juli 2016 den Rückzug ihrer Strafanzeige, das Desinteresse an der Strafuntersuchung und den Erhalt der Summe von CHF 11'200.- bestätigt. Die Staatsanwaltschaft beantragt mit Vernehmlassung vom 9. August 2016 die Bestätigung des Strafurteils.

An der heutigen Berufungshandlung ist der Berufungskläger befragt worden, und sein Verteidiger ist zum Vortrag gelangt. Die Tatsachen und Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

### Erwägungen

1.

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Zuständig für die Behandlung von Berufungen gegen Urteile des Einzel- bzw. Dreiergerichts in Strafsachen ist gemäss § 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetzes in der seit 1. Juli 2016 geltenden Fassung (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Urteils, weshalb er zur Erhebung der Berufung legitimiert ist (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die nach Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO form- und fristgerecht angemeldete und erklärte Berufung ist einzutreten.

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Das Berufungsgericht verfügt, wenn das angefochtene Urteil nicht ausschliesslich Übertretungen betrifft, über volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 398 Abs. 2 bis 4 StPO). Soweit das Gericht auf die Berufung eintritt, fällt es ein neues, den erstinstanzlichen Entscheid ersetzendes Urteil (vgl. Art. 408 StPO; BGE 141 IV 244 E. 1.3.3 S. 248; BGER 6B\_70/2015 vom 20. April 2016 E. 1.4.2, je mit Hinweisen).

1.3 Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil (von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen) nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 und 2 StPO). Unbestritten, da bereits vor erster Instanz anerkannt, ist die Schadenersatzforderung der beiden Geschädigten über CHF 10'285.71, ihre Genugtuungsforderung über CHF 500.- sowie eine Parteientschädigung von CHF 1'000.- geblieben. Ebenfalls nicht beanstandet wird das Honorar des amtlichen Verteidigers für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 7'780.- (zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer). Insoweit ist das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen.

2.

2.1 Die Vorinstanz hat den Tatbestand des Betrugs objektiv und subjektiv als erfüllt angesehen. Der Berufungskläger habe den beiden Geschädigten die drohende Zwangsverwertung seines Einfamilienhauses und damit ein Essentiale Negotii verschwiegen im Wissen darum, dass das Paar den Mietvertrag bei Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse nicht abgeschlossen hätte. Er habe mit seinem eloquenten Auftreten ihr Vertrauen erschlichen, indem er angegeben habe, er und seine Frau planten einen längeren Auslandsaufenthalt in Australien. Für die Vertragsabwicklung habe er sodann D\_\_\_\_\_ als ahnungslose Hilfskraft vorgeschoben, habe Zeitdruck aufgesetzt und das Paar zum Vertragsabschluss gedrängt. In der irrigen Ansicht, rechtsgültig Mieter der Liegenschaft geworden zu sein, habe das Paar ihm dann den Jahresmietzins von CHF 18'000.- ausgehändigt und sich entsprechend geschädigt. Der Berufungskläger habe vorsätzlich und in der Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern, gehandelt.

2.2 Die Verteidigung bestreitet, dass der Berufungskläger mit Betrugsabsicht gehandelt habe. Er sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass er trotz drohender Zwangsverwertung das Haus vermieten dürfe und der Mietvertrag dann im Fall der Zwangsverwertung von der neuen Eigentümerschaft respektiert werden müsse. Der Berufungskläger will auch bereits vor

Vertragsabschluss die Mieter auf die drohende Zwangsverwertung hingewiesen haben. Im Übrigen habe er im April 2013 Einsprache gegen den Einzug von Miet- und Pachtzinsen durch das Betreibungsamt erhoben, und dieses Verfahren sei im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages noch hängig gewesen. Es seien auch Rechnungen für Wasser, Abwasser und Gebäudeversicherung an ihn und seine Ehefrau ausgestellt und von ihnen bezahlt worden. Hätte eine Zwangsverwaltung bestanden, hätte sich das Betreibungsamt um die laufenden Kosten kümmern müssen. Er sei daher davon ausgegangen, dass der Mieterschaft selbst im Fall einer Zwangsverwertung kein Schaden entstehen könne.

2.3 Der Sachverhalt, der dem Berufungskläger vorgeworfen wird, ist mit den erhobenen Urkunden erstellt. In den Akten ist belegt, dass im Internet ein Mietinserat geschaltet wurde (Akten S. 360). Der Berufungskläger liess durch sein Unternehmen, die [...] AG, mit den Geschädigten am 23. Februar 2015 einen Mietvertrag über eine Mindestdauer von zwei Jahren abschliessen (Akten S. 364). Gleichentags quittierte er persönlich den Erhalt einer Jahresmiete von CHF 18'000.- (Akten S. 367). Am 7. März 2015 legte er den Mietern eine "Mitteilung" zur Unterzeichnung vor, wonach das Reiheneinfamilienhaus versteigert werden könne und die Mieter eventuell "einen neuen Hausbesitzer erhalten" würden (Akten S. 368). Die Geschädigte B\_\_\_\_ wurde am 7. Mai 2015, der Berufungskläger am 8. Mai 2015 und am 9. Juni 2015, seine Ehefrau am 25. Mai 2015 und die Mitarbeiterin D\_\_\_\_ am 4. Juni 2015 einvernommen. Die Belastungen der Geschädigten sind glaubwürdig und in den wesentlichen Punkten mit den erhobenen Belegen objektiviert. Es kann auf die überzeugende Beweiswürdigung im vorinstanzlichen Urteil (S. 7 bis 11) verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.4 Des Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) macht sich strafbar, 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.

Der Berufungskläger hat die Geschädigten getäuscht, indem er vorgab, er dürfe das Einfamilienhaus vermieten. Er verschwieg, dass das Haus unter der Zwangsverwaltung des Betreibungsamts stand und die Versteigerung drohte. Nicht wissend, dass das Mietangebot mit rechtlichen und wirtschaftlichen Mängeln behaftet war, liessen sich die Geschädigten auf das Mietverhältnis ein und bezahlten dem Berufungskläger sogleich vertragsgemäss einen Jahresmietzins von CHF 18'000.-.

2.5 Nach der Rechtsprechung ist die Vorspiegelung des Leistungswillens grundsätzlich arglistig im Sinne von Art. 146 StGB, weil sie eine innere Tatsache betrifft, die vom Vertragspartner ihrem Wesen nach nicht direkt überprüft werden kann (BGE 118 IV 359 E. 2 S. 361, 142 IV 153 E. 2.2.2 S. 155 f.; AGE SB.2016.65 vom 12. September 2017 E. 4.1.2, je mit Hinweisen).

Dem Berufungskläger stand die Verfügungsmacht über die Liegenschaft nicht mehr zu, nachdem diese mit der Stellung des Verwertungsbegehrens in die Zwangsverwaltung des Betreibungsamts übergegangen war. Die Befugnis zur Neuvermietung lag beim Betreibungsamt (Art. 101 i.V.m. Art. 17 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken, VZG, SR 281.42). Der Berufungskläger wusste, dass das Verwertungsbegehren gestellt worden war und dass die Liegenschaft bald versteigert würde (Mitteilung des Betreibungsamts vom 28. Oktober 2014, Akten S. 436). Mit dem Versprechen, die Liegenschaft während der Dauer von mindestens zwei Jahren zu vermieten, hat er den Geschädigten einen - nicht vorhandenen - Leistungswillen vorgespiegelt und daher arglistig gehandelt.

Im Mietvertrag (Akten S. 364 f.) findet sich kein Hinweis, dass der Berufungskläger die neuen Mieter vor Vertragsabschluss über die drohende Zwangsverwertung der Liegenschaft orientiert hätte. In dem nach Vertragsabschluss übergebenen Schreiben vom 7. März 2015 (Akten S. 368) werden dann die Versteigerung und deren Folgen thematisiert, wofür aber kein Anlass bestanden hätte, wäre das alles schon zuvor besprochen worden. Es trifft denn auch entgegen den Behauptungen im Schreiben vom 7. März 2015 nicht zu, dass der Berufungskläger im Zusammenhang mit dem in Aussicht genommenen Mietvertrag beim Betreibungsamt oder der Gläubigerin sich konkret erkundigt hätte (vgl. dazu Verhandlungsprotokoll Strafgericht, Akten S. 658).

Die Mieter haben sodann bestritten, dass vor der Vertragsunterzeichnung je von einer Zwangsverwertung die Rede gewesen sei; und entsprechend schildern sie auch, wie sie alle Hebel in Bewegung gesetzt haben, um die vermeintlich einmalige Chance zu nutzen, diese Liegenschaft zu mieten. Sie waren sogar bereit, einen Jahresmietzins im Voraus zu leisten (vgl. dazu die Aussagen von B\_\_\_\_, Akten S. 383 ff.), für den sie ein Darlehen hatten aufnehmen müssen. Es ist auszuschliessen, dass die Geschädigten diese Mühen auf sich genommen hätten, wenn sie die tatsächliche Lage gekannt hätten. Es fehlen auch vertragliche Hinweise wie eine Rückzahlungsklausel, die darauf hinweisen würden, dass das Problem der Zwangsversteigerung im Februar 2015 besprochen worden wäre. Es widerspricht überdies jeder Lebenserfahrung, dass eine Mietpartei mit einem schulpflichtigen Kind einen Ortswechsel vornimmt, wenn die neue Bleibe auf derart unsicherer Grundlage beruht.

Es kann nicht als leichtsinnig bezeichnet werden, wenn Mietinteressenten sich auf die Angaben in der Mietausschreibung und im schriftlichen Mietvertrag verlassen, ohne beim Grundbuchamt anzufragen, ob die Liegenschaft allenfalls demnächst versteigert werde. Dazu besteht bei der Miete von Wohnräumen in der Regel kein Anlass. Insoweit tragen die Geschädigten keine Opferverantwortung.

Arglistig handelte der Berufungskläger weiter, indem er den Geschädigten mit der erlogenen Geschichte einer bevorstehenden Abreise nach Australien Druck aufsetzte bzw. ein eigentliches Lügengebäude errichtete. Im Falle einer Versteigerung der Liegenschaft hätten die Geschädigten eine Doppelzahlung an den Käufer leisten müssen. Sofern der Mietvertrag nicht schon wegen der fehlenden Verfügungsmacht des Berufungsklägers ungültig erklärt worden und der Käufer vertraglich ungebunden gewesen wäre, hätte der Mietvertrag jedenfalls mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten termingemäss aufgelöst werden können (Kündigung wegen Eigenbedarf gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 266c des Obligationenrechts, OR, SR 220; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, S. 418, § 44 N 64). Insoweit stimmen nicht einmal die Angaben, die der Berufungskläger nach Mietantritt nachgeschoben hat. Darin führt er vorbehaltlos aus, im Falle einer Versteigerung müssten die Mieter mit denselben Konditionen übernommen werden; die einzige Änderung wäre, dass sie den Mietzins an einen neuen Inhaber bezahlen müssten (Mitteilung vom 7. März 2015, Akten S. 368).

Somit hat der Berufungskläger die Mieterschaft vor Abschluss des Mietvertrages und vor Übergabe des Jahresmietzinses über CHF 18'000.- arglistig darüber getäuscht, dass er die vertragliche Gegenleistung nicht erbringen kann und wird.

2.6 Die Mieter waren dadurch geschädigt, dass der Berufungskläger die entsprechende Gegenleistung nicht mehr erbringen konnte bzw. dass sie eine Doppelzahlung hätten leisten müssen. Der Berufungskläger hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Verfügungsmacht mehr über die Liegenschaft. Spätestens nach der Versteigerung hätte er die Leistung, für die er bereits Miete bezogen hatte, auch tatsächlich nicht mehr erbringen können, wogegen den Geschädigten für die weitere Nutzung Verbindlichkeiten gegenüber

dem Käufer erwachsen wären. Selbst wenn das Mietverhältnis - aufgrund widerrechtlich geschaffener Tatsachen - als gegeben hingenommen worden wäre, müsste von einem deutlichen Minderwert ausgegangen werden. Die tatsächliche Leistung entspricht nicht einer gewöhnlichen Miete, wie sie bei Vertragsabschluss vorgespiegelt worden war (vgl. BGE 117 IV 139 E. 3a S. 143, 111 IV 55 E. 3 S. 59; BGer 6B\_1160/2014 vom 19. August 2015 E. 7.8.1).

2.7 Mit Berufungsurteil SB.2015.3 vom 4. März 2016 wurde der Berufungskläger von einer anderen Anklage wegen Betrugs im Zusammenhang mit der Vermietung von Immobilien freigesprochen. Im Unterschied zu damals geht der Vorwurf im vorliegenden Fall dahin, dass der Berufungskläger sich in einem Zeitpunkt, in welchem das Zwangsverwertungsbegehren gegen ihn angekündigt war, den Mietvertrag mit ahnungslosen Mietern abgeschlossen hat und diese durch geschickte Argumentation dazu gedrängt hat, ihm vorweg den gesamten Jahreszins auszuhändigen. Diesen hat er dann umgehend verbraucht.

Die Schädigungsabsicht hat der Berufungskläger denn auch nach Vertragsabschluss weiter bestätigt, indem er im Schreiben vom 7. März 2015 die Mieter darauf hinwies, dass sie den Mietzins im Fall der Versteigerung einfach dem neuen Eigentümer zahlen müssten (ohne zu erwähnen, dass er verpflichtet wäre, den bereits erhaltenen Teil weiterzuleiten, so wie dies dann im Vertrag vom 25. Juni 2015 vorgesehen ist). Noch im April 2015 versuchte der Berufungskläger weitere Zahlungen für das zweite Mietjahr (Monate Februar, März, April 2016) zu ergattern, obwohl dann die Zwangsverwertung längst durchgeführt gewesen wäre. Aufschlussreich ist denn auch seine Äusserung in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Akten S. 657), wo er erklärt, im Januar / Februar 2015 habe er keine Hypothekarzins mehr bezahlt. Er führte aus: "Wir konnten gar nicht mehr bezahlen, weil da die Verwertung schon war, meine ich, oder die Hypothek gekündigt war." In dieser Situation zog er den Mietzins für ein ganzes Jahr ein und verbrauchte ihn umgehend.

2.8 Die subjektive Absicht der Täuschung und Bereicherung ist dadurch nachgewiesen, dass der Berufungskläger die CHF 18'000.- mit Vertragsabschluss entgegengenommen hat, obwohl er zu jenem Zeitpunkt bereits wusste, dass das Haus versteigert wird; er will dies den Mietern sogar mitgeteilt haben. Entsprechend wusste er, dass jedenfalls er keine Jahresmiete zugut hat, geschweige denn zwei zusätzliche Monatsmieten für das Jahr 2016 (vgl. dazu die Mahnung vom 28. April 2015, Akten S. 488). Der Berufungskläger hat die CHF 18'000.- denn auch umgehend für eigene Bedürfnisse verbraucht (vgl. dazu seine Aussagen vor dem Zwangsmassnahmengericht, Akten S. 176). Er hat sie nicht etwa beim Betreibungsamt abgeliefert oder für den neuen Eigentümer bereitgehalten. Damit ist die Schädigungsabsicht bzw. die Bereicherungsabsicht klar erstellt: Bereichert ist er dadurch, dass er sofort über die CHF 18'000.- verfügen konnte, ohne zur Gegenleistung in der Lage oder willens zu sein. Insofern ist denn auch das Schreiben vom 7. März 2015 aufschlussreich: Dort wird festgehalten, dass die "einzige Änderung" wäre, dass der Mietzins an einen "neuen Inhaber" bezahlt werden müsse. Der Berufungskläger erklärt sich dann bereit, den Mietern "bei Fragen oder Problemen zur Verfügung zu stehen und sie zu unterstützen." Bezeichnenderweise wird aber nicht erwähnt, was mit den erhaltenen Mietzinsen geschehen soll. Es steht fest, dass der Berufungskläger nie ins Auge gefasst hat - weder vor, während oder nach Vertragsabschluss - den Mietern das Risiko einer Doppelzahlung zu ersparen bzw. den neuen Eigentümer zu entschädigen.

2.9 Der Berufungskläger bringt noch vor, er habe im April 2013 Einsprache gegen die Verfügung des Betreibungsamtes erhoben, womit dieses die Miet- und Pachtzinse habe einziehen wollen. Diese Einsprache sei noch hängig. Wie dem Schreiben des Betreibungsamtes vom 18. September 2015 (Akten S. 623) zu entnehmen ist, betraf das Verfahren 2013 die Betreuung des Baurechtsgebers auf Grundpfandverwertung und hatte mit dem vorliegenden Betreibungsverfahren der Bank keinen Zusammenhang.

Was schliesslich den Einwand betrifft, es seien Rechnungen für Wasser/Abwasser an ihn gestellt worden, welche er bezahlt habe, so ist ebenfalls auf die Antwort des Betreibungsamtes vom 18. September 2015 zu verweisen (Akten S. 624). Demgemäss sind Forderungen für Wasser und Abwasser für die Jahre 2014 und 2015 im Lastenverzeichnis angemeldet. Diese Forderungen sind aus dem Erlös der Versteigerung zu bezahlen.

2.10 Zusammenfassend wusste der in der Immobilienbranche seit vielen Jahren tätige Beschwerdeführer, dass er über das Haus nicht verfügen und dieses daher nicht vermieten durfte. Er wusste auch, dass die versprochene Mietdauer durch die baldige Zwangsversteigerung gefährdet war. Trotzdem vermietete er die Liegenschaft für eine Dauer von zwei Jahren und beanspruchte die Vorauszahlung eines Jahreszinses. Dabei bediente er sich - eingeständenermassen - eines "Flunkers", nämlich der unwahren Behauptung, dass er demnächst nach Australien abreisen werde (Protokoll Berufungsverhandlung S. 7). Der Betrugstatbestand ist somit objektiv und subjektiv erfüllt.

### 3.

3.1 Die Verteidigung beantragt im Falle eines Schuldspruchs das Absehen von Strafe nach Art. 53 StGB, da der Berufungskläger sich mit den Geschädigten in der Vereinbarung vom 25. Juni 2015 geeinigt habe und diese ihr Desinteresse an der Strafverfolgung erklärt hätten.

3.2 Ein Absehen von Strafe nach Art. 53 StGB ist möglich, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, wenn die Voraussetzungen für die bedingte Strafe gemäss Art. 42 StGB erfüllt (lit. a) und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind (lit. b).

Der Regelung von Art. 53 StGB liegt der Gedanke zu Grunde, dass selbst bei voller Wiedergutmachung das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung nicht zwingend entfallen muss. Zu beurteilen bleibt, ob die Ausfällung einer bedingten Strafe unter spezial- oder generalpräventiven Gesichtspunkten noch notwendig erscheint (vgl. BGE 135 IV 27 E. 2.3 S. 30, 135 IV 12 E. 3.4.3 S. 22).

3.3 Vorliegend fehlt zunächst das Erfordernis des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 53 lit. a StGB, da die notwendigen Bewährungsaussichten nicht gegeben sind (hiernach E. 4.4). Schon deshalb kann von der Strafe nicht abgesehen werden.

Zur weiteren Voraussetzung nach Art. 53 lit. b StGB ist zu bemerken, dass die Bemühungen des Berufungsklägers um Wiedergutmachung anerkannt werden, wenn auch ein Teil der Parteikosten der Geschädigten weiterhin bestritten wird. In der vorliegenden Konstellation hat die Öffentlichkeit aber ein hohes Interesse an der Strafverfolgung. Richtig ist zwar, dass mit dem vorliegenden Betrug Individualgüter (das Vermögen) verletzt wurden. Allerdings hat der Berufungskläger in seinem beruflichen Umfeld - im professionellen Vermieten und Untervermieten von Wohnungen und Häusern - delinquent, und dies auf raffinierte und hartnäckige Weise. Er sieht die Problematik seines Verhaltens bis heute nicht ein und verlangt entsprechend auch einen Freispruch. Voraussetzung einer Strafbefreiung nach Art. 53 StGB ist indessen, dass die beschuldigte Person die Normverletzung anerkennt (BGE 137 I 16 E. 2.3 S. 20). Der Berufungskläger ist einschlägig vorbestraft (vgl. dazu das Urteil des Appellationsgerichts AS.2010.58 vom 21. September 2011). Zwar wurde ein weiteres Urteil des Strafgerichts vom 28. August 2014 vom Appellationsgericht am 4. März 2016 aufgehoben, in dem es um Transaktionen im Immobilienbereich geht (Abschlüsse von Untermietverträgen und Einkassieren des entsprechenden Zinses,

obschon er noch keinen Hauptmietvertrag besass). In diesem Urteil wurde dem Berufungskläger aber (straflose) Fahrlässigkeit attestiert, so dass sein dortiges Geschäftsgebaren zwar nicht strafbar, aber auch nicht lupenrein war. Insgesamt besteht ein hohes öffentliches Interesse, dass derartige Praktiken im Immobiliensektor rechtlich beurteilt und gegebenenfalls geahndet werden. Ein Absehen von Strafe ist daher nicht gerechtfertigt.

4.

4.1 Nach Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten bemessen, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Abs. 2). Ausgangspunkt für die Bemessung der Strafe bildet vorliegend der Strafrahmen für Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB, der Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe vorsieht.

4.2 Grundsätzlich kann für die Strafzumessungsfaktoren auf die Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil (S. 12 f., Art. 82 Abs. 4 StPO) verwiesen werden. Der Berufungskläger ist raffiniert und skrupellos vorgegangen, indem er die Mietinteressenten unter Zeitdruck gesetzt und eine längere Landesabwesenheit vorgetäuscht hat, und dies alles, um rasch und noch vor der Zwangsversteigerung in den Besitz eines höheren Bargeldbetrages zu kommen. Der Deliktsbetrag von CHF 18'000.- ist - verglichen mit anderen Betrugsfällen - nicht allzu hoch, verglichen mit der Art dieses Geschäftes (Wohnraummiete) aber doch beträchtlich. Einsicht in die Verwerflichkeit des Handelns liegt nicht vor, und dies, obwohl der Berufungskläger im Zusammenhang mit seinem beruflichen Handeln schon mehrfach mit der Strafjustiz zu tun hatte. Auch das damals vor dem Berufungsgericht hängige Strafverfahren, welches später zwar mit einem Freispruch endete, aber riskante, unorthodoxe Geschäftspraktiken zum Inhalt hatte, liess nicht grössere Vorsicht aufkommen. Der Berufungskläger ist nach wie vor der Ansicht, dass sein Gebaren keine strafrechtlichen Implikationen habe. Die zivilrechtliche Einigung mit dem Geschädigten ist mit der Vorinstanz strafmildernd zu berücksichtigen, auch wenn sie unter Druck der Untersuchungshaft erfolgt ist. Insgesamt liegt ein mittlerer Grad des Verschuldens vor. Bei diesen konkreten Umständen ist eine Freiheitsstrafe von 7 Monaten angemessen.

4.3 Das Ausfällen einer Geldstrafe ist aus den von der Vorinstanz genannten Gründen nicht mehr zweckmässig: Weder diene die Vorstrafe vom 21. September 2011 in Form einer Geldstrafe als Warnung, noch wäre eine nochmalige Geldstrafe angesichts der prekären finanziellen Situation des Berufungsklägers einbringlich. Im vorliegenden Fall stehen die Kriterien der Zweckmässigkeit der Strafe und ihrer präventiven Effizienz der Anordnung einer Geldstrafe entgegen (BGE 134 IV 97 E. 4.1 S. 85; BGR 6B\_849/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 1.3.3, 6B\_1246/2015 vom 9. März 2016 E. 1.2.2).

4.4 Der Berufungskläger beantragt weiter die Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Er ist einschlägig vorbestraft; mit Urteil des Appellationsgerichts vom 21. September 2011 wurde er wegen mehrfacher Veruntreuung, versuchtem Betrug und weiteren Delikten zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt. Dem vorliegenden Verfahren liegen Taten vom Februar 2015 zugrunde. Da der Berufungskläger vor Ablauf von fünf Jahren seit dieser letzten Verurteilung erneut straffällig wurde, erlaubt das Gesetz den Strafaufschub nur dann, wenn "besonders günstige Umstände" vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

Massgeblich für den Beginn dieser Fünfjahresfrist ist die Eröffnung des vollstreckbaren Urteils, mit dem die Vorstrafe ausgesprochen wurde (ständige Rechtsprechung, BGR 6B\_934/2015 vom 5. April 2016 E. 5.3.2, 6B\_522/2010 vom 23. September 2010 E. 3, 6S.506/2001 vom 25. Februar 2002, mit Hinweisen auf BGE 120 IV 172 E. 2a, 104 IV 58 E. 2, 90 IV 241 sowie auf BGR 6P.43/2000 bzw. 6S.192/2000 vom 26. April 2000 E. 2a; anders bloss ein Obiter Dictum in BGR 6B\_62/2009 vom 20. Mai 2009 E. 1.2). Entgegen den Ausführungen in Teilen der Lehre (Schneider/Garré, in: Basler Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2013, Art. 42 N 96) handelt es sich beim Fristbeginn mit dem vollstreckbaren Urteil - hier ein Appellationsurteil - nicht um eine "grundlose" Benachteiligung gegenüber anderen Verurteilten, die ein erstinstanzliches Urteil akzeptieren: Der massgebliche Unterschied liegt gerade im Umstand, dass die erstinstanzliche Verurteilung mit deren Anfechtung beseitigt wird. Wer gegen eine Verurteilung Appellation oder Berufung einlegt, ist gerade kein Verurteilter, sondern gilt nach der strafrechtlichen Unschuldsvermutung weiterhin als unschuldig (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 StPO). Die Gewissheit über Freispruch oder Verurteilung und die entsprechende Warnwirkung treten erst ein, wenn das vollstreckbare Urteil der Appellations- bzw. Berufungsinstanz gesprochen wird, welches das vorinstanzliche Urteil ersetzt und gegebenenfalls im Strafregister eingetragen wird.

Der Berufungskläger wurde am 21. September 2011 rechtskräftig verurteilt und wusste ab diesem Datum mit Bestimmtheit, dass sein Verhalten Straftatbestände erfüllt. Vor diesem Zeitpunkt hätte er allenfalls noch darauf spekulieren können, dass sein Verhalten nicht strafbar ist, wie er dies auch im jetzigen Verfahren tut. Diesen Umstand muss er sich als Warnung dienen lassen. Mit den gesteigerten Bewährungsanforderungen ("besonders günstige Umstände" gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB) geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Warnwirkung während fünf Jahren intensiv ist und ein erneutes Delinquieren innert dieser Frist eine gewisse Unbelehrbarkeit signalisiert. Das Datum des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils ist also nicht relevant: Solange das Urteil nicht eröffnet ist, welches später rechtskräftig wird, ist der Beschuldigte noch nicht definitiv gewarnt.

Dem Berufungskläger können vorliegend die vorausgesetzten "besonders günstigen Umstände" nach Art. 42 Abs. 2 StGB nicht attestiert werden. Zwar befand er sich knapp drei Monate in Untersuchungshaft, hat sich auf eine aussergerichtliche Vereinbarung mit den Geschädigten eingelassen und ist seither strafrechtlich nicht mehr aufgefallen. Dies ist anerkennend zu vermerken. Allerdings haben sich weder die Verhältnisse des Berufungsklägers noch seine Einstellung in einer Weise geändert, die er erwarten liesse, dass er in Zukunft von derartigen Delikten dezidiert Abstand nehmen würde. In der Berufungshandlung hat er mit wortreichen und teilweise widersprüchlichen Erklärungen sein Handeln zu rechtfertigen versucht, was mit Blick auf Einsicht und Bewährung nicht günstig gewertet werden kann. In wirtschaftlicher Hinsicht gab der heute 57-jährige Berufungskläger in der Berufungsverhandlung an, er lebe nach einem Konkurs von der IV-Rente seine Ehefrau, er sei ausgesteuert und beruflich sei es schwierig. Diese prekären Umstände wirken sich für die Bewährungsaussichten im Bereich der Vermögensdelikte, die aus wirtschaftlicher Motivation begangen werden, nicht besonders günstig aus. Bei diesen Bewährungsaussichten ist der unbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe anzuordnen.

5.

5.1 Der Berufungskläger hat folgende Zivilforderungen der Geschädigten anerkannt:

Schadenersatz

CHF

10'285.71

Genugtuung

CHF

500.00

teilweise Parteientschädigung

CHF

1'000.00

Mit seiner Zustimmung ist der beschlagnahmte Betrag von CHF 11'200.- den Geschädigten bereits überwiesen worden (Anordnung des Strafgerichtspräsidenten vom 23. November 2015, Akten S. 721). Der Berufungskläger widersetzt sich - über den anerkannten Betrag von CHF 1'000.- hinaus, der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Geschädigten im Umfang von CHF 2'217.30.

5.2 Die Geschädigten haben mit Eingabe vom 4. November 2015 unter anderem eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 3'217.30 geltend gemacht. Diese Forderung beruht auf der detaillierten Honorarnote ihres Anwalts und ist damit genügend belegt. Der Berufungskläger beruft sich zu Unrecht auf die Vereinbarung vom 25. Juni 2015. Dieser Vereinbarung lässt sich kein Verzicht der Geschädigten auf ihre Parteientschädigung entnehmen: Unter dem Titel des Schadenersatzes wird ein "Beitrag" an die Anwaltskosten von CHF 1'000.- vereinbart (Ziff. 1). Der Saldo soll ausgeglichen werden, sobald der definitive Schadenersatzbetrag feststeht (Ziff. 2). Entsprechend haben die Geschädigten ihre Zivilforderungen zu einem späteren Zeitpunkt - mit Eingabe vom 4. November 2015 (Akten S. 627) - geltend gemacht. Eine Haftungsbeschränkung bezüglich der Parteientschädigung ist somit nicht vereinbart worden. Auch aus der Desinteresseerklärung der Geschädigten in Ziff. 3 der Vereinbarung ergeben sich diesbezüglich keine Einschränkungen: Diese wird nämlich ausdrücklich auf die "Strafanzeige", die "Strafuntersuchung" und die "Bestrafung" des Berufungsklägers bezogen. Ein Verzicht auf die Parteientschädigung, soweit sie den vereinbarten Beitrag übersteigt, kann darin nicht gesehen werden. Der Berufungskläger ist demnach zur Zahlung von CHF 2'217.30 zugunsten der Geschädigten zu verurteilen.

6.

Die Berufung ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist der erstinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen und hat der im Berufungsverfahren unterliegende Berufungskläger auch die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten mit einer Urteilsgebühr von CHF 900.- zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die amtliche Verteidigung ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der mit der Honorarnote geltend gemachte Zeitaufwand von 9,9 Stunden (ohne Hauptverhandlung) erscheint angemessen. Für die Hauptverhandlung werden 3,5 Stunden dazugezählt. Praxisgemäss wird dieser Aufwand von insgesamt 13,4 Stunden zum Ansatz von CHF 200.- entschädigt, so dass ein Honorar von CHF 2'680.- auszurichten ist. Hinzu kommen ein Auslagenersatz im beantragten Umfang von CHF 45.- und 8 % Mehrwertsteuer. Der Berufungskläger ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO verpflichtet, dem Gericht die der amtlichen Verteidigung entrichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Dreiergericht):

://: Es wird festgestellt, dass folgende Punkte des Urteils des Einzelgerichts in Strafsachen vom 9. November 2015 mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen sind:

- Behaftung auf der Anerkennung von Schadenersatz von CHF 10'285.71, Genugtuung von CHF 500.- und eines Teils der Parteientschädigung von CHF 1'000.- zugunsten der Geschädigten B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_

- Einziehung der beschlagnahmten CHF 11'200.- und Zusprechung an die Geschädigten in Anrechnung an die Zivilforderung

- Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren

A\_\_\_\_\_ wird des Betrugs schuldig erklärt und verurteilt zu 7 Monaten Freiheitsstrafe, unter Einrechnung der Untersuchungshaft vom 8. Mai bis 27. Juli 2015 (81 Tage),

in Anwendung von Art. 146 Abs. 1 und 51 des Strafgesetzbuches.

A\_\_\_\_\_ wird zur Zahlung der Mehrforderung (Parteientschädigung) von CHF 2'217.30 zugunsten von B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ verurteilt.

Der Berufungskläger trägt die Kosten von CHF 2'071.10 und eine Urteilsgebühr von CHF 3'000.- für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 900.- (inkl. Kanzleiauslagen, zuzüglich allfällige übrige Auslagen).

Dem amtlichen Verteidiger, [...], werden für die zweite Instanz ein Honorar von CHF 2'680.- und ein Auslagenersatz von CHF 45.-, zuzüglich 8 % MWST von insgesamt CHF 218.-, aus der Gerichtskasse zugesprochen. Art. 135 Abs. 4 der Strafprozessordnung bleibt vorbehalten.

Mitteilung an:

- Berufungskläger

- Staatsanwaltschaft Basel-Stadt

- Geschädigte (E. 5 und Dispositiv)
- Strafgericht
- Strafregister-Informationssystem VOSTRA
- Justiz- und Sicherheitsdepartement, Abteilung Strafvollzug

#### APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Präsident Der Gerichtsschreiber

lic. iur. Christian Hoenen Dr. Urs Thönen

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Die amtliche Verteidigung kann gegen einen Entscheid betreffend ihre Entschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss Art. 135 Abs. 3 lit. b der Strafprozessordnung (StPO) innert 10 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde beim Bundesstrafgericht (Viale Stefano Francini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona) erheben (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B\_360/2014 vom 30. Oktober 2014).