

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SA140001-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Af-
folter und Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Mondgenast

Urteil vom 23. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Betrug etc. und Rückversetzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom
13. August 2014 (DG140113)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. April 2014 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 37)

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB,
 - der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie
 - der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2012 ausgefallten Freiheitsstrafe rückversetzt.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrestes bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 51 Monaten als Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichtes Zürich vom 6. Februar 2012 ausgefallten Strafe, wovon 352 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
4. Die mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 6. Februar 2012 angeordnete ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB wird aufgehoben.
5. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 5. Juli 2013 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 30. Juli 2012 angeordnete Sperre folgender Konten des Beschuldigten wird nach Eintritt der

Rechtskraft aufgehoben und die Saldi werden zur Deckung der Verfahrenskosten und im darüber hinaus gehenden Betrag zur Deckung der Kosten der amtlichen Verteidigung verwendet.

Folgende Banken werden angewiesen, den Saldo der jeweils angegebenen Bankverbindung an die Kasse des Bezirksgerichts Zürich zu überweisen:

- St. Galler Kantonalbank, IBAN 1, lautend auf B._____ GmbH, Fr. 21.97 (Stand 30.07.2012)
 - Thurgauer Kantonalbank, IBAN 1, lautend auf B._____ GmbH, Fr. 12'225.41 (Stand 30.07.2012)
8. Die Kontosperrung betreffend das Konto IBAN 2, bei der St. Galler Kantonalbank, lautend auf A._____, wird aufgehoben.
 9. Die anlässlich der Hausdurchsuchung am C._____ -Strasse ... in ... D._____ von der Polizei sichergestellten 5 Mobiltelefone der folgenden Marken (2 Nokia, 2 HTC, 1 Samsung) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils gutscheinend durch die Lagerbehörde verwertet. Ein allfälliger Ertrag wird eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft zur Deckung der Verfahrenskosten und im darüber hinaus gehenden Betrag zur Deckung der Kosten der amtlichen Verteidigung verwendet.
 10. Die übrigen anlässlich der Hausdurchsuchung am C._____ -Strasse ... in ... D._____ sichergestellten Gegenstände (Geschäftsakten etc.) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.
 11. Die anlässlich der Hausdurchsuchung an der E._____ -Strasse ... in ... F._____ sichergestellten Gegenstände (diverse Ordner mit Unterlagen) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.
 12. Die anlässlich der Hausdurchsuchung im oberen G._____ ... in ... Winterthur sichergestellten Gegenstände (diverse Akten) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.

13. Die sich bei den Akten befindende Festplatte der Kantonspolizei Zürich wird als Beweismittel bei den Akten belassen.
14. Der Beschuldigte wird solidarisch mit allfälligen Mittätern verpflichtet, der Privatklägerschaft folgende Beträge zu bezahlen:
- H._____ AG, Fr. 25'289.55, mit Zins zu 5% seit dem 01.11.2010
 - I._____ AG, Fr. 21'666.40, mit Zins zu 5% seit dem 07.01.2011
 - J._____ AG, Fr. 23'017.05 mit Zins zu 5% seit dem 06.02.2011
 - K._____ AG, Fr. 25'999.90 mit Zins zu 5% seit dem 01.07.2011
 - L._____ AG in Liquidation, Fr. 27'000.00 mit Zins zu 5% seit dem 01.09.2011
 - M._____, Fr. 31'877.35 mit Zins zu 5% seit 01.12.2011
 - N._____, Fr. 28'905.40 mit Zins zu 5% seit 31.12.2011
 - O._____ GmbH, Fr. 16'416.00
 - P._____ AG, Fr. 20'926.10 mit Zins zu 5% seit 31.01.2012
 - Q._____ AG, Fr. 10'000.00
 - R._____ AG, Fr. 20'340.85 mit Zins zu 5% seit 02.03.2012
 - S._____ AG, Fr. 53'692.29 mit Zins zu 5% seit 28.03.2012
 - T._____ AG, Fr. 265'447.28 mit Zins zu 5% seit 01.07.2012
 - U._____ AG, Fr. 1'613.95 mit Zins zu 5% seit 22.10.2010
 - V._____ GmbH, Fr. 16'901.00 mit Zins zu 5% seit dem 05.05.2011
 - W._____ Genossenschaft, Fr. 16'964.30 mit Zins zu 5% seit dem 19.07.2011
 - BA._____ AG, Fr. 14'321.60 mit Zins zu 5% seit 01.01.2013
 - BB._____ AG, Fr. 4'917.25 mit Zins zu 5% seit dem 13.04.2012
 - BC._____, Fr. 6'724.00 mit Zins zu 5% seit dem 16.06.2012
 - BD._____ AG, Fr. 2'540.45

Im Mehrbetrag werden die Zivilansprüche auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.

15. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, welche nicht durch die beschlagnahmten Gelder gemäss Ziff. 7 und 8 gedeckt sind, werden dem Beschuldigten auferlegt.

16. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

- Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. 2'000.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. 70.00 Auslagen Untersuchung
Fr. 8'000.00 amtliche Verteidigung (Akontozahlung)
Fr. 21'355.30 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

17. Der amtliche Verteidiger wird mit CHF 21'355.30 (inkl. MwSt.) entschädigt.

18. Die verbleibenden Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung für die Kosten der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 65)

1. Das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und zur ordnungsgemässen und vereinbarten Durchführung des abgekürzten Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei sei der vom Beschuldigten zugestimmte Urteilsvorschlag zum Urteil zu erheben:

Eventualiter sei im Berufungsverfahren folgendes Urteil in Nachachtung der Vereinbarungen im abgekürzten Verfahren auszufällen:

2. Herr A._____ sei gemäss Anklageschrift und Urteilsvorschlag
 - des gewerbsmässigen Betrugses im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB,

- der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie
- der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB

schuldig zu sprechen.

3. Herr A. _____ sei gemäss Anklageschrift und Urteilsvorschlag mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes Zürich vom 6. Februar 2012, und unter Anrechnung der erstandenen Haft (d.h. sowohl Untersuchungs- als auch Haft im vorzeitigen Strafvollzug) zu bestrafen.
 4. Die mit Urteil des Obergerichtes vom 6. Februar 2012 angeordnete ambulante Massnahme i.S. von Art. 63 StGB sei aufzuheben.
 5. Die Ziff. 5. bis und mit 18. des vorinstanzlichen Urteils seien zu übernehmen.
 6. (19.) Die Kosten des Berufungsverfahrens, inkl. die damit verbundenen Aufwendungen aus amtlicher Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 69 und 90, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Eventualiter: Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren gemäss dem ursprünglichen Urteilsvorschlag.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil der 9. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 13. August 2014 wurde der Beschuldigte im abgekürzten Verfahren des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB, der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen. Sodann wurde der Beschuldigte in den Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2012 ausgefallenen Freiheitsstrafe rückversetzt und unter Einbezug dieses Strafrestes mit einer Freiheitsstrafe von 51 Monaten als Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichtes Zürich vom 6. Februar 2012 ausgefallenen Strafe bestraft, wovon 352 Tage durch Untersuchungshaft erstanden waren. Sodann wurden noch weitere, vorliegend nicht interessierende Nebenfolgen des Urteils (Beschlagnahmungen, Zivilansprüche etc.) geregelt (Urk. 63 S. 7 ff.).

2. Mit Eingabe vom 25. August 2014 meldete der Beschuldigte innert Frist Berufung an (Urk. 61) und reichte am 10. September 2014 die Berufungserklärung ein (Urk. 65). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Stellungnahme zur Frage der Zulässigkeit der Berufung und auf Anschlussberufung (Urk. 75, 76). Ein Privatkläger verzichtete ebenfalls auf Anschlussberufung (Urk. 80), während die übrigen Privatkläger säumig blieben.

3. Die Verteidigung beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an die Vorinstanz zur ordnungsgemässen und vereinbarten Durchführung des abgekürzten Verfahrens. Dabei sei der vom Beschuldigten zugestimmte Urteilsvorschlag zum Urteil zu erheben. Eventualiter sei im Berufungsverfahren der ursprüngliche Urteilsvorschlag der Staatsanwaltschaft (Ziffer 1 [Schuldpunkt], Ziffer 2 [Strafpunkt]) sowie die vorinstanzlichen Dispositivziffern 4–18 zum Urteil zu erheben (Urk. 65 S. 2).

II. Materielles

1. Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche dieser nicht (Art. 362 Abs. 5 StPO). Das Bundesgericht hält dazu in BGE 139 IV 233 E. 2.3. fest: *"Die beschränkte Rechtsmittelmöglichkeit hängt mit dem summarischen Charakter des abgekürzten Verfahrens zusammen. Da die Parteien der Anklageschrift im Wissen um die Folgen zustimmen, ist die Beschränkung der Berufungsgründe rechtsstaatlich akzeptabel (Botschaft StPO, BBI 2006 S. 1297; Schmid, Handbuch, S. 635 N. 1389; Bertrand Perrin, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, N. 14 zu Art. 362 StPO). Der Berufungsgrund der fehlenden Zustimmung einer Partei zur Anklageschrift hat den Fall im Auge, in welchem das Gericht trotz fehlender Zustimmung ein Urteil im abgekürzten Verfahren fällt (Bertrand Perrin, a.a.O., N. 15 zu Art. 362 StPO; Kuhn/Perrier, Quelques points problématiques du Code de procédure pénale suisse, in: Jusletter 22. September 2008, Rz. 28; Aline Breguet, La procédure simplifiée dans le CPP: un réel progrès?, in: Jusletter 16. März 2009, Rz. 67). Damit ist gemeint, dass Staatsanwaltschaft und Gericht zu Unrecht die Zustimmung einer Partei nach Art. 387 VE (d.h. Art. 360 Abs. 2 StPO) bejaht hätten (Begleitbericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom Juni 2001 zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 235 [nachfolgend: Begleitbericht]). Es stellt sich die Frage, ob Willensmängel der an sich erfolgten Zustimmung durch diesen Berufungsgrund abgedeckt sind (Greiner/Jaggi, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 43 ff. zu Art. 362 StPO und N. 22 f. zu Art. 360 StPO; Kuhn/Perrier, a.a.O., Rz. 29; Bertrand Perrin, a.a.O., N. 16 zu Art. 362 StPO; Donatsch/Frei, Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren, in: Festschrift für Hans Wiprächtiger, "Toujours agité - jamais abattu", Basel 2011, S. 80 f.). Verwehrt ist die Rüge der beschuldigten Person, sie habe dem abgekürzten Verfahren zwar zugestimmt, sei aber in Wirklichkeit nicht geständig, der Sachverhalt sei nicht bewiesen oder der Tatbestand nicht erfüllt (Botschaft StPO, BBI 2006 S. 1297; in Bezug auf das Geständnis differenzierend Miriam Mazou, La procédure simplifiée*

dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés, ZStrR 129/2011 S. 13 f. und S. 19, welche für die Zulassung der Berufung unterscheidet, ob die beschuldigte Person ihr Geständnis bereits an der Hauptverhandlung widerruft oder erst nach der Verhandlung vorbringt, sie lehne die Anklageschrift ab; sinngemäss gl.M. Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire, Code de procédure pénale, Basel 2013, N. 11 zu Art. 361 StPO)".

2.1. Der Verteidiger lässt zunächst vorbringen, dass der Beschuldigte im Rahmen der (vorinstanzlichen) Gerichtsverhandlung nicht befragt worden sei, ob er den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung gemäss Anklageschrift und Urteilsvorschlag anerkenne. Es sei aber gerade Aufgabe des Gerichts im Rahmen des abgekürzten Verfahrens festzustellen, dass und ob das zur Last Gelegte tatsächlich anerkannt werde. Da diese Erklärung vor den Schranken des Gerichts unterblieben sei, müsse das Urteil aufgehoben, der Mangel behoben und neu entschieden werden. Es verstehe sich von selbst, dass die nach der Gerichtsverhandlung eingeholte Zustimmung bzw. die Zugabe des Verteidigers im Namen des Beschuldigten – ohne Möglichkeit, dies mit ihm zu besprechen – nicht bindend sein könne und es beim Formfehler bleiben müsse. So werde in der Praxis zum abgekürzten Verfahren im Kanton Zürich verlangt, dass die Zustimmung zu diesem Verfahren, als auch die Anerkennung von der Anklageschrift und Urteilsvorschlag sowohl vom Verteidiger als auch vom Beschuldigten unterschriftlich bestätigt würden (Urk. 65 S. 6).

2.2. Gemäss BGE 139 IV 233 E. 2.6 ist das gerichtliche Bestätigungsverfahren einer der gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismen im abgekürzten Verfahren. Die Befragung der beschuldigten Person anlässlich der Hauptverhandlung ist dabei ein wesentlicher Bestandteil. Die Anerkennung des angeklagten Sachverhalts durch die beschuldigte Person gemäss Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO muss als Erneuerung des Geständnisses verstanden werden, das diese bereits im Vorverfahren ablegte. Angesichts des Ausnahmecharakters des abgekürzten Verfahrens könne auf eine solche Bestätigung nicht verzichtet werden.

Wie von der Verteidigung zu Recht gerügt, hat der Beschuldigte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung keine Erklärung im Sinne von Art. 361 Abs. 2

lit. a StPO abgeben; mithin hat er sich nicht geäußert, ob er den Sachverhalt, welcher der Anklage zu Grunde liege, anerkenne. Insofern leidet das Verfahren an einem Mangel. Dieser kann indessen im Berufungsverfahren mit der entsprechenden Erklärung des Beschuldigten im Sinne von Art. 361 Abs. 2 lit. a StPO geheilt werden (im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO; vgl. auch BSK StPO-GREINER/JAGGI, 2. Auflage 2013, Art. 362 N 25). Festzuhalten ist sodann, dass entgegen der Ansicht der Verteidigung der Beschuldigte sich nicht mehr dazu äussern kann, ob er die rechtliche Würdigung anerkennt.

3.1. Die Verteidigung rügt indessen in erster Linie den Umstand, dass die Vereinbarungen, die im abgekürzten Verfahren getroffen worden seien, erst während der Gerichtsverhandlung vom Präsidenten abgeändert und zuungunsten des Beschuldigten mit einer deutlich höheren Strafe ausgefallen seien. Der Beschuldigte sei in der Verhandlung unter Druck gesetzt worden, unter der Androhung, dass ohne dessen Zustimmung zu einer höheren Strafe das abgekürzte Verfahren als gescheitert und an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werde. Er habe an Ort und Stelle keine andere Wahl gehabt. Die Zustimmung sei sodann gestützt auf offensichtlich falsche rechtliche Belehrungen zur Begründung der angeblich gesetzlich vorgeschriebenen höheren Strafe erwirkt worden. Insbesondere hinsichtlich der Ausführungen zu den anwendbaren Art. 87–89 StGB (d.h. Rückversetzung in den Strafreist nach erneuter Delinquenz während der Probezeit der bedingten Entlassung und Bildung einer Gesamtstrafe) sei das Gericht von aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen ausgegangen und habe eine unzulässige resp. falsche rechtliche Würdigung vorgenommen (Urk. 65 S. 3).

3.2. Wie bereits erwähnt, ist gemäss Art. 362 Abs. 5 StPO eine Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren nur zulässig, wenn eine Partei geltend machen kann, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche nicht der Anklageschrift. Vorliegend entspricht zwar das vorinstanzliche Urteil nicht der Anklageschrift vom 7. April 2014. Indessen wurde an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die Anklageschrift mit Zustimmung der Parteien abgeändert (vgl. Prot. I S. 5 und 6). Liegt eine einvernehmliche Anpassung der

Anklageschrift vor, so entfällt ein diesbezüglicher Berufungsgrund (BSK StPO-GREINER/JAGGI, a.a.O., Art. 362 N 48).

3.3. Der Beschuldigte macht hingegen eine mangelnde Zustimmung zufolge eines Willensmangels geltend. Die Zustimmung des Beschuldigten im Rahmen der vorinstanzlichen Gerichtsverhandlung sei nur wegen der in rechtlicher Hinsicht falschen Beratung durch den Vorsitzenden und der unzulässigen Unterdrucksetzung erfolgt (Urk. 65 S. 5).

Gemäss Lehre sollen nur schwerwiegende Willensmängel nach erfolgter Zustimmung unter Art. 362 Abs. 5 StPO fallen. So genügt es nicht, wenn die Beschuldigte Person geltend machen will, sie habe die Anklageschrift nur akzeptiert, weil sie eine begründete Furcht i.S. von Art. 29 und 30 OR vor einer höheren Strafe im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens gehabt habe. Anders wäre zu entscheiden, wenn die beschuldigte Person der Anklageschrift unter Zwang oder aufgrund einer Täuschung seitens der Staatsanwaltschaft zugestimmt hätte (BSK StPO-GREINER/JAGGI, a.a.O., Art. 362 N 45).

Vorliegend kann somit von vorneherein die vom Beschuldigten geltend gemachte Drucksituation anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Urk. 65 S. 5) als Ursache für einen schwerwiegenden Willensmangel ausgeschlossen werden.

3.4.1. Hingegen stellt sich die Frage, ob allenfalls eine falsche rechtliche Belehrung durch das Gericht als Grund für einen schwerwiegenden Willensmangel gelten kann. Vorab ist zu prüfen, ob die rechtliche Auffassung der Vorinstanz betreffend Ausfällung einer Gesamtstrafe gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB zufolge Rückversetzung in den Strafreis sich als zutreffend erweist oder nicht.

3.4.2. Der Beschuldigte wurde vom Bezirksgericht Zürich, 9. Abteilung, mit Urteil vom 8. Juli 2010 zu 7 Jahren, 3 Monaten und 15 Tagen Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 66/2, wobei dieses Urteil im Berufungsverfahren durch das Obergerichtsurteil vom 6. Februar 2012 ersetzt und die Strafe auf 6 Jahre und 9 Monate ermässigt wurde [Urk. 42 S. 2]). Mit Präsidialverfügung vom 12. August 2010

wurde der Beschuldigte aus dem vorzeitigen Strafvollzug per 15. Oktober 2010 entlassen. Dabei wurde es dem Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich überlassen, allenfalls rückwirkend unter Ansetzung einer Probezeit die bedingte Entlassung anzuordnen (Urk. 66/2 S. 4). Aus vorliegender Anklageschrift ist sodann ersichtlich, dass der Beschuldigte bereits am 26. Oktober 2010, mithin wenige Tage nach seiner Haftentlassung, seine deliktische Tätigkeit wieder aufnahm (Urk. 37 S. 2). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wies der Vorsitzende die Parteien darauf hin, dass der Beschuldigte im August 2012 (recte: 2010) bedingt entlassen worden sei, doch habe das Amt für Justizvollzug vergessen, die nachträglich bedingte Entlassung unter Ansetzung einer Probezeit zu verfügen. Gemäss Art. 87 StGB hätte dem Beschuldigten eine Probezeit entsprechend der Dauer des Strafrests angesetzt werden sollen. Der Strafrestr betrage vorliegend etwas mehr als eineinhalb Jahre. Gemäss Art. 89 StGB stehe im vorliegenden Fall daher vielmehr eine Rückversetzung im Raum. Nach Art. 89 Abs. 6 StGB sei eine Gesamtstrafe auszufällen. Der Vorsitzende zeigte sodann auf, dass eine Gesamtstrafe zwischen 4 und 4 ½ Jahre zu liegen komme. Daraufhin hätten sich die Parteien auf 4 ¼ Jahre geeinigt. Der Vorsitzende erläuterte dies nochmals dem Beschuldigten, worauf dieser dies während einem zehnminütigen Verhandlungsunterbruch mit seinem Verteidiger diskutierte. Die Parteien erklärten sich dann mit den Änderungen einverstanden, wobei der Vorsitzende darauf hinwies, dass ohne Einverständnis die Anklage zurückgewiesen werden müsste (Prot. I S. 6).

3.4.3. Die Verteidigung bringt vor, der Beschuldigte sei vom Amt für Justizvollzug gerade nicht bedingt aus dem Strafvollzug entlassen worden, sondern (damals) vom gleichen Vorsitzenden des gleichen Gerichts aus der Haft entlassen worden. Ohne formelle Eröffnung der bedingten Entlassung (mit allfälligen ergänzenden Auflagen, Weisungen und/oder Beigabe eines Bewährungshelfers) durch die Vollzugsbehörden beginne keine Probezeit zu laufen. So gesehen seien die strafbaren Handlungen nicht während der laufenden Probezeit ergangen, weshalb eine Rückversetzung nicht gesetzeskonform sei und Bundesrecht verletze (Urk. 65 S. 3). Das Amt für Justizvollzug habe bereits am 24. Juli 2013 anlässlich der Eintrittserhebung in der JVA BE. _____ von diesem Umstand Kenntnis gehabt

und habe bewusst keine bedingte Entlassung verfügen wollen, sondern gedachte die alte und neue Strafe zusammenzurechnen und erst hinsichtlich des so ermittelten Strafrests (Strafdrittels) formell eine bedingte Entlassung mit Auflagen und Probezeit zu verfügen (Urk. 65 S. 4).

3.4.4. Der Beschuldigte befand sich bis zum 15. Oktober 2010 im vorzeitigen Strafvollzug. Unter diesem Regime konnte er jederzeit seine Freilassung verlangen (BGE 139 IV 191). Da der vorzeitige Vollzug seine Grundlage nicht in einem rechtskräftig gerichtlichen Urteil hat, kann er gegen den Willen des Betroffenen nur so lange gerechtfertigt sein, als die Haftvoraussetzungen gegeben sind. Ist die erstandene Haft, einschliesslich vorzeitiger Vollzug in grosse Nähe der Freiheitsstrafe gerückt, ist der Betroffene zu entlassen (BSK StPO-HÄRRI, a.a.O., Art. 236 N 21). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz stellt diese mit Präsidialverfügung vom 12. August 2010 angeordnete Haftentlassung deshalb keine bedingte Entlassung dar, da in jenem Zeitpunkt kein rechtskräftiges Urteil vorgelegen hatte. Erst mit Urteil des Obergerichts vom 6. Februar 2012 wurde das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen. In diesem Zeitpunkt befand sich der Beschuldigte indessen bereits (seit dem 15. Oktober 2010) auf freiem Fuss. Der Hinweis in der Präsidialverfügung vom 12. August 2010, wonach es dem Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich überlassen bleibe, allenfalls rückwirkend die bedingte Entlassung anzuordnen und eine Probezeit anzusetzen (Urk. 66/2), stand letztlich unter dem Vorbehalt, dass das erstinstanzliche Urteil vom 8. Juli 2010 rechtskräftig würde. Indessen konnte dieser Hinweis nicht für den Weiterzug des Urteils an das Obergericht zum Tragen kommen. Dies hätte sonst die Konsequenz gehabt, dass er mit seinen Delikten während laufendem (Rechtsmittel-)Verfahren gleichzeitig auch noch den Grund für die Rückversetzung in den Vollzug einer damals noch nicht rechtskräftigen Strafe gesetzt hätte. Erst nach rechtskräftigem zweitinstanzlichem Urteil vom 6. Februar 2012 hätte eine bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug mit Probezeit verfügt werden können. Da – wie erwähnt – der Beschuldigte jedoch auf freiem Fuss war, weil er bereits zwei Drittel der Strafe verbüsst hatte, konnte eine Probezeit für die bedingte Entlassung nur mittels einer Verfügung des Amtes für Strafvollzug zu laufen beginnen. Eine solche Ansetzung der Probezeit für den Strafrest lag indessen noch nicht vor. Damit fehlt es aber an einer Vo-

raussetzung gemäss Art. 89 Abs. 1 StGB, wonach eine Rückversetzung Delikte *während der Probezeit* voraussetzen. Auch die Delinquenz des Beschuldigten nach dem obergerichtlichen Urteil vom 6. Februar 2012 erfüllt somit den Rückversetzungstatbestand nicht.

3.5. Damit beruhte die Zustimmung der Parteien zur Berücksichtigung der Rückversetzung im vorliegenden Urteil vom 13. August 2014 auf einer falschen Grundlage. In Kenntnis des Umstandes, dass entgegen den Ausführungen des Vorsitzenden vor Vorinstanz kein Rückversetzungstatbestand vorlag, hätten die Parteien nicht einer Erhöhung der Strafe um 9 Monate zugestimmt. Es liegt ein wesentlicher Willensmangel vor. Die Berufung ist deshalb in diesem Punkt gutzuheissen.

4. Gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO weist das Berufungsgericht die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils zurück, falls das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist. Eine Rückweisung ist v.a. für die Wahrung der Parteirechte von Bedeutung bei gravierenden Fehlern. Vorliegend erscheint indessen die Behebung des Mangels ohne Verletzung von Parteirechten möglich. Der Beschuldigte beantragt, in Nachachtung der Vereinbarung im abgekürzten Verfahren eine Ausfällung der Strafe gemäss Anklageschrift und Urteilsvorschlag mit 3 ½ Jahren, ohne Bildung einer Gesamtstrafe zufolge Rückversetzung (Prot. I S. 9). Die Staatsanwaltschaft ist damit ebenfalls einverstanden (Urk. 90). Demnach ist die Sache nicht an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern ein Urteil zu fällen.

5. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Durchführung des abgekürzten Verfahrens im Sinne von Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO geprüft und für rechtmässig und angebracht befunden (Urk. 63 S. 3 f.). Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Sodann anerkannte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung den eingeklagten Sachverhalt (Prot. II S. 11). Wie dies die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, stimmt die Anklage mit dem sich aus den Akten ergebenden Sachverhalt überein und die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts erfolgte zutreffend (Urk. 63 S. 4; Art. 362 Abs. 1 lit. b StPO). Der Beschuldigte hat sich vorliegend des gewerbsmässigen Betrugs, der Veruntreuung sowie der Ur-

kundenfälschung schuldig gemacht. Der ordentliche Strafrahmen des gewerbmässigen Betrugs als schwerstes Delikt beträgt 6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe, welche mit einer Geldstrafe von 90 bis 360 Tagessätzen verbunden werden kann. Innerhalb des Strafrahmens ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte vorliegend mehrere Delikte begangen hat mit vielen Geschädigten und einem hohen Deliktsbetrag. Dabei ging er professionell und raffiniert vor und handelte direktvorsätzlich. Er handelte zudem aus rein finanziellen Motiven um sich persönlich zu bereichern. Sein Verschulden wiegt gesamthaft mittelschwer. Sodann verfügt der Beschuldigte über zahlreiche einschlägige Vorstrafen. In die Strafzumessung miteinzubeziehen ist des Weiteren das umfassende Geständnis des Beschuldigten. Unter Berücksichtigung aller straf erhöhenden und strafmindernden Umstände erscheint die von der Staatsanwaltschaft beantragte Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren, unter Anrechnung von 352 Tagen Untersuchungshaft, in Übereinstimmung mit Art. 362 Abs. 1 lit. c StPO als angemessen.

Das vorinstanzliche Urteil ist somit unter Berücksichtigung der erwähnten Korrekturen zu bestätigen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 15–18) zu bestätigen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollständig. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Das Honorar für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren ist auf Fr. 4'432.20 festzusetzen und definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB,
 - der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie
 - der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren, teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichtes Zürich vom 6. Februar 2012 ausgefallten Strafe, wovon 352 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Die mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 6. Februar 2012 angeordnete ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB wird aufgehoben.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 5. Juli 2013 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 30. Juli 2012 angeordnete Sperre folgender Konten des Beschuldigten wird nach Eintritt der Rechtskraft aufgehoben und die Saldi werden zur Deckung der Verfahrenskosten und im darüber hinaus gehenden Betrag zur Deckung der Kosten der amtlichen Verteidigung verwendet.

Folgende Banken werden angewiesen, den Saldo der jeweils angegebenen Bankverbindung an die Kasse des Bezirksgerichts Zürich zu überweisen:

- St. Galler Kantonalbank, IBAN 1, lautend auf B._____ GmbH, Fr. 21.97 (Stand 30.07.2012)

- Thurgauer Kantonalbank, IBAN 1, lautend auf B.____ GmbH, Fr. 12'225.41 (Stand 30.07.2012).
7. Die Kontosperre betreffend das Konto IBAN 2, bei der St. Galler Kantonalbank, lautend auf A.____, wird aufgehoben.
 8. Die anlässlich der Hausdurchsuchung am C.____-Strasse ... in ... D.____ von der Polizei sichergestellten 5 Mobiltelefone der folgenden Marken (2 Nokia, 2 HTC, 1 Samsung) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils gutscheinend durch die Lagerbehörde verwertet. Ein allfälliger Ertrag wird eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft zur Deckung der Verfahrenskosten und im darüber hinaus gehenden Betrag zur Deckung der Kosten der amtlichen Verteidigung verwendet.
 9. Die übrigen anlässlich der Hausdurchsuchung am C.____-Strasse ... in ... D.____ sichergestellten Gegenstände (Geschäftsakten etc.) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.
 10. Die anlässlich der Hausdurchsuchung an der E.____-Strasse ... in ... F.____ sichergestellten Gegenstände (diverse Ordner mit Unterlagen) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.
 11. Die anlässlich der Hausdurchsuchung im oberen G.____ ... in ... Winterthur sichergestellten Gegenstände (diverse Akten) werden beschlagnahmt und als Beweismittel bei den Akten belassen.
 12. Die sich bei den Akten befindende Festplatte der Kantonspolizei Zürich wird als Beweismittel bei den Akten belassen.
 13. Der Beschuldigte wird solidarisch mit allfälligen Mittätern verpflichtet, der Privatklägerschaft folgende Beträge zu bezahlen:
 - H.____ AG, Fr. 25'289.55, mit Zins zu 5% seit dem 01.11.2010
 - I.____ AG, Fr. 21'666.40, mit Zins zu 5% seit dem 07.01.2011
 - J.____ AG, Fr. 23'017.05 mit Zins zu 5% seit dem 06.02.2011
 - K.____ AG, Fr. 25'999.90 mit Zins zu 5% seit dem 01.07.2011

- L._____ AG in Liquidation, Fr. 27'000.00 mit Zins zu 5% seit dem 01.09.2011
- M._____, Fr. 31'877.35 mit Zins zu 5% seit 01.12.2011
- N._____, Fr. 28'905.40 mit Zins zu 5% seit 31.12.2011
- O._____ GmbH, Fr. 16'416.00
- P._____ AG, Fr. 20'926.10 mit Zins zu 5% seit 31.01.2012
- Q._____ AG, Fr. 10'000.00
- R._____ AG, Fr. 20'340.85 mit Zins zu 5% seit 02.03.2012
- S._____ AG, Fr. 53'692.29 mit Zins zu 5% seit 28.03.2012
- T._____ AG, Fr. 265'447.28 mit Zins zu 5% seit 01.07.2012
- U._____ AG, Fr. 1'613.95 mit Zins zu 5% seit 22.10.2010
- V._____ GmbH, Fr. 16'901.00 mit Zins zu 5% seit dem 05.05.2011
- W._____ Genossenschaft, Fr. 16'964.30 mit Zins zu 5% seit dem 19.07.2011
- BA._____ AG, Fr. 14'321.60 mit Zins zu 5% seit 01.01.2013
- BB._____ AG, Fr. 4'917.25 mit Zins zu 5% seit dem 13.04.2012
- BC._____, Fr. 6'724.00 mit Zins zu 5% seit dem 16.06.2012
- BD._____ AG, Fr. 2'540.45

Im Mehrbetrag werden die Zivilansprüche auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.

14. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 15–18) wird bestätigt.
15. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Das Honorar für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'432.20 festgesetzt und definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
16. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die JVA BE._____ (durch den zuführenden Polizeibeamten)
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (vorab per Fax)

- die Privatklägerschaft

(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, betr. G.Nr. SB110001
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Bezirksgerichtskasse
- die St. Galler Kantonalbank, St. Leonhardstrasse 25, 9001 St. Gallen, im Dispositivauszug gem. Dispositivziffer 6 und 7
- die Thurgauer Kantonalbank, Bankplatz 1, Postfach, 8570 Weinfelden, im Dispositivauszug gem. Dispositivziffer 6.

17. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 23. Januar 2015

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Mondgenast