

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110554-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Vorsitzender, lic.iur. Burger und Ersatzoberrichter lic.iur. Amacker sowie die Gerichtsschreiberin lic.iur. Leuthard

Urteil vom 21. März 2012

in Sachen

A. _____

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfacher betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 30. Mai 2011 (DG100547)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 13. Oktober 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 28).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage betreffend die Vorfälle in Anklageziffer 1 vom 31. Mai, 23. Juni und 26. Juni 2006.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 200.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Der Antrag der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich auf Bezahlung einer Ersatzforderung wird abgewiesen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 58 S. 2)

Es seien die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 7 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 30.05.2011 (Proz. Nr. DG100547) aufzuheben und

- der Angeklagte von Schuld und Strafe freizusprechen
- eventualiter der Angeklagte von Strafe freizusprechen

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (inkl. des Untersuchungsverfahrens, des erstinstanzlichen Verfahrens und des bezüglich des Sachverhalts "B._____" mit rechtskräftiger Verfügung vom 18.9.2008 eingestellten Untersuchungsverfahrens der Anklägerin).

b) Der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 52)

Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

1. Am 18. September 2008 erhob die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich Anklage gegen den Beschuldigten wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage "und/oder/eventuell" qualifizierter Veruntreuung und beantragte die Bestrafung mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 100.-- sowie einer Busse von Fr. 5'000.-- als Gesamtstrafe unter Gewährung des bedingten Vollzuges der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urk. 16/1).
2. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2008 hat der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich, bei welchem die Anklage zuvor eingegangen war, den Prozess "an das Kollegialgericht" überwiesen mit der Begründung, dass auf Grund des erheblichen Verschuldens des nicht geständigen Beschuldigten eine die (damalige) sachliche Zuständigkeit übersteigende Strafe auszufallen sei (Urk. 17 S. 3).
3. Mit Eingabe vom 5. Februar 2009 zog die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich die Anklage unter dem Vorbehalt der späteren Wiedereinbringung zurück (Urk. 21).
4. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2009 stellte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten bis zur rechtskräftigen Erledigung der gegen C._____ geführten Strafuntersuchung ein, da das weitere Schicksal der Untersuchung stark vom Ergebnis der gegen C._____ geführten Untersuchung wegen Delikten gegen die Rechtspflege abhing (Urk. 23).
5. Die Untersuchung gegen C._____ wurde am 2. Dezember 2009 mit einer Einstellungsverfügung abgeschlossen. Der dagegen erhobene Rekurs wurde mit Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juni 2010 abgewiesen (Urk. 13 und 14 der Beizugsakten STR 2009/28). Deshalb

reichte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich die Anklage am 25. Oktober 2010 beim Bezirksgericht Zürich ein (Urk. 26, 28). Neu wurde wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage "und/oder/eventuell" qualifizierter Veruntreuung die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren beantragt (Urk. 28).

6. Am 30. Mai 2011 wurde die erstinstanzliche Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 4 ff.). Dabei wurde der Beschuldigte wegen mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage verurteilt, mit Ausnahme der Vorfälle in Anklageziffer 1 vom 31. Mai, 23. Juni und 26. Juni 2006. Er wurde mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 200.-- bestraft, wobei der Vollzug unter Ansetzung einer 2-jährigen Probezeit aufgeschoben wurde (Urk. 41).

7. Mit Eingabe vom 7. Juni 2011 liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden und ersuchte um schriftliche Urteilsbegründung (Urk. 43). Diese wurde dem Beschuldigten am 25. August 2011 zugestellt (Urk. 44/1). Mit Eingabe vom 14. September 2011 liess der Beschuldigte seine Berufungs- und Beweisanträge stellen und begründete diese ausführlich (Urk. 47).

8. Mit Präsidialverfügung vom 20. September 2011 wurde der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und dieser Frist angesetzt, um schriftlich zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde. Mit der nämlichen Verfügung wurde der Beschuldigte aufgefordert, umfassend Auskunft über seine wirtschaftlichen Verhältnisse zu erteilen (Urk. 49).

9. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 erklärte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich Verzicht auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils und erklärte weiter, dass sie sich am weiteren Verfahren nicht aktiv beteiligen werde (Urk. 52).

10. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung blieb der Beschuldigte bei seinen Anträgen (Prot. II. S. 3).

11. Der Beschuldigte beschränkt seine Berufung auf die Dispositiv Ziffern 1, 3, 4 und 7 des erstinstanzlichen Urteils. Damit ist der Rest des Urteils, insbesondere die Ziffern 2, 5 und 6, in Rechtskraft erwachsen, was es festzustellen gilt.

12. a.) Mit der Berufungserklärung liess der Beschuldigte die Abnahme zweier weiterer Beweise beantragen, nämlich ein detaillierter Kontoauszug der D._____ und die Jahresrechnung der E._____ per 31.12.2006. Dies mit der Begründung, die Vorinstanz habe es unterlassen darüber Beweis abzunehmen, ob mit den Zahlungen des Beschuldigten im Gesamtbetrag von Fr. 120'000.-- Gelder der Versicherten der Geschädigten betroffen waren und ob dieser ein Schaden entstanden sei. Um dies zu beurteilen, sei die Abnahme der Kontoauszüge als Beweismittel erforderlich (Urk. 47 S. 10 f.).

b.) Die Rechtsmittelinstanz erhebt von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise (Art. 389 Abs. 3 StPO). Dabei ist das Gericht grundsätzlich verpflichtet, neue Beweise zu erheben, welche entscheidungserheblich sein könnten (BSK - Hauri, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 343 N 15). Da die beiden eingereichten Urkunden (vgl. Urk. 48/1-2) geeignet erscheinen, Aufschluss über den Geldfluss und die strittigen Zahlungen zu geben, sie mithin beweisgeeignet erscheinen, sind sie somit als zusätzliche Beweismittel abzunehmen.

II.

1. Nach dem vorinstanzlichen Teilfreispruch bleibt gegenüber dem Beschuldigten der Vorwurf, wonach er am 7. und 10. Juli 2006 zu Lasten des D._____ Kontos der Geschädigten 3 Onlinebelastungen im Gesamtbetrag von Fr. 120'000.-- vorgenommen habe, ohne dazu über die erforderliche Berechtigung verfügt zu haben und damit sich und einen Dritten unrechtmässig bereichert zu haben (Urk. 28 S. 2 f.).

2. Der Beschuldigte bestreitet diese Sachverhaltsdarstellung und macht geltend, zur Vornahme dieser Zahlungen berechtigt gewesen zu sein. Zudem hätten

Ansprüche in dieser Höhe gegen die Geschädigte bestanden, welche ohnehin keinen Schaden erlitten habe, ganz abgesehen davon, dass er gar keine Bereicherungsabsicht gehabt habe.

3. Dass er ermächtigt gewesen sei, die Zahlungen vorzunehmen, ergebe sich daraus, dass ihm ab dem 31. Mai 2011 (recte 2006) bis zum 10. Juli 2006 die Möglichkeit eingeräumt worden sei, Onlinezahlungen zu tätigen, wovon er in insgesamt 16 Fällen Gebrauch gemacht habe. So sei auch nicht einzusehen, welchen Sinn es gemacht hätte, für ihn bei der Bank Onlineberechtigungen zu bestellen, falls ein Dritter für alle Zahlungen zuständig gewesen wäre und er keine entsprechende Befugnis gehabt hätte. Auch seien die Aussagen C.____s widersprüchlich. So habe dieser zunächst behauptet, sämtliche notwendigen Zahlungen seien vom Finanzchef F.____ vorgenommen worden, um alsdann zu einem späteren Zeitpunkt zu behaupten, dass F.____ wohl die Zahlungen vorgenommen habe, er aber für die Zahlungsausführung zuständig gewesen sei.

4. Weiter habe ein Anspruch auf die vorgenommenen Zahlungen bestanden. Insbesondere hätten er und H.____ Anspruch auf Löhne gehabt, so seien ihnen ja unter diesem Titel zu beider Gunsten entsprechende Zahlungen mit dem Vermerk "Lohn" gutgeschrieben worden. Anlässlich der Sitzung vom 6. Juli 2006 seien sie lediglich freigestellt worden, was nicht mit einer Kündigung gleichzusetzen sei. Somit habe er weiterhin davon ausgehen können, das ihm und H.____ erhebliche Lohnguthaben zustünden, welche die tatsächlich überwiesene Summe bei weitem überstiegen. Somit sei der Geschädigten weder ein Schaden erwachsen noch eine Bereicherungsabsicht seinerseits erkennbar. Auch sei dadurch das Vorsorgekapital weder gefährdet noch geschädigt worden.

5. Schliesslich sei die Schlussfolgerung des Gerichts, wonach aus der Tatsache, dass er kurz nach der Überweisung der Fr. 85'000.-- den Betrag von Fr. 90'000.-- von seinem Konto abgehoben habe, was auf eine Bereicherungsabsicht schliessen lasse, völlig unzutreffend.

6. Selbst im Falle einer Verurteilung sei jedoch in Anwendung von Art. 53 StGB von einer Bestrafung abzusehen. Ein öffentliches Interesse sei nicht erkennbar,

seien doch durch die Zahlungen keine Dritten gefährdet, geschweige denn geschädigt worden (Urk. 47).

III.

1. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung die einzelnen Beweismittel, insbesondere die Aussagen des Beschuldigten und der Zeugen zusammengefasst und diese ausführlich, sorgfältig und auf überzeugende Art und Weise gewürdigt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Soweit der Beschuldigte mit seiner Berufung die vorinstanzliche Tatsachefeststellung rügt, gilt es folgendes zu ergänzen:

a.) Hinsichtlich der Berechtigung zu den Transaktionen und zur Art und Weise wie er zu den Codes gelangt ist, lässt der Beschuldigte rügen, dass es sehr wohl glaubhaft sei, dass C._____ ihn ermächtigt haben soll, die strittigen Zahlungsaufträge auszuführen. So sei es nachvollziehbar, dass bis April 2006 die Zahlungen durch F._____ und danach durch ihn ausgeführt worden seien, da ihm ab diesem Zeitpunkt das e-banking und die dazu benötigten Codekarten zur Verfügung gestanden seien. Dass er im vergleichsweise kurzen Zeitraum vom 31. Mai bis 10. Juli 2006 insgesamt 16 Zahlungen ausgelöst habe, spreche für seine Berechtigung. Zudem habe der Zeuge H._____ bestätigt, dass C._____ ihm die Codekarte übergeben habe mit der Bemerkung: "Hier, sie machen das jetzt".

b.) Die Aussagen C._____s seien zudem ohnehin widersprüchlich, da dieser zuerst behauptet habe, dass sämtliche Zahlungen vom Finanzchef ausgeführt worden seien, er aber zu einem späteren Zeitpunkt behauptet habe, der Finanzchef habe die Zahlungen vorgenommen, aber der Beschuldigte sei für die Zahlungsausführung zuständig gewesen (Urk. 47 S. 3 ff.).

c.) Wie der Beschuldigte in den Besitz der Codekarte gelangt ist, kann offen bleiben, denn die Art und Weise, wie der Täter die Daten (Codekarte) erlangt hat, ist für die Beurteilung der Frage der unbefugten Verwendung ohne Belang (BSK

Strafrecht II - Fiolka, Art. 147 N 10). Somit ist für die Frage der Strafbarkeit nicht entscheidend, ob ihm die Codekarte ausgehändigt wurde oder ob er diese verwendet hat. Entscheidend ist einzig, ob er zu den Tatzeitpunkten befugt war, diese zu verwenden. Somit braucht auch nicht untersucht zu werden, ob er zum Zeitpunkt der früheren Zahlungen über entsprechende Befugnisse verfügte. Selbst wenn der Beschuldigte zu einem früheren Zeitpunkt berechtigt gewesen wäre, so bestehen keine Zweifel, dass er es zu den Tatzeitpunkten nicht mehr war. Die Vorinstanz hat überzeugend und ausführlich dargelegt, dass dem Beschuldigten klar war, dass er am 6. Juli 2006 freigestellt worden ist und ab diesem Zeitpunkt nicht mehr für die Geschädigte tätig sein durfte; es kann wiederum auf die entsprechenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (Urk. 45 S. 23 f.). Allerdings ist an dieser Stelle noch einmal zu betonen, dass die Behauptung des Beschuldigten, C._____ habe ihn nach der Stiftungsratssitzung vom 6. Juli 2006 blanko - das heisst, ohne eine Summe zu nennen (vgl. Urk. 57 S. 9) - autorisiert, sich und H._____ eine Lohn-Akontozahlung zu überweisen, nicht glaubhaft ist. Vor dem Hintergrund, dass die Lohnforderungen des Beschuldigten und von H._____ bereits an verschiedenen vorgängigen Stiftungsratssitzungen Anlass zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vorgenannten und C._____ gaben (vgl. Beilage 07 zur Urk. 10/5 und Beilage 03 zu Urk. 11/3), und es an der besagten Sitzung vom 6. Juli 2006 schliesslich zum Eclat kam, in dessen Folge der Stiftungsrat (mit den Stimmen von C._____ und I._____) beschloss, die Zusammenarbeit mit dem Beschuldigten und H._____ per sofort zu beenden, und diese aufforderte, das Büro sofort zu räumen (vgl. Beilage 01 zu Urk. 1/1), mutet die Sachdarstellung des Beschuldigten gar lebensfremd an.

d.) Des Weiteren ist es nicht so, wie der Beschuldigte mit der Berufungsschrift rügen lässt, dass sich C._____ in dieser Hinsicht in Widersprüche verwickelt hat. Anlässlich seiner ersten staatsanwaltschaftlichen Befragung gab er zur Auskunft, dass der Beschuldigte anlässlich der Sitzung vom 6. Juli 2006 abgewählt wurde (Urk. 10/3 S. 3). Dies wird auch im Protokoll von jener Sitzung so festgehalten (Beilage 01 zu Urk. 1/1). Die Frage, ob der Beschuldigte freigestellt oder fristlos entlassen worden sei, kam gar nicht zur Sprache. Wenn nun C._____ anlässlich

seiner zweiten staatsanwaltschaftlichen Befragung ausführte, dass der Beschuldigte die Zahlungen ausgelöst und F. _____ diese ausgeführt habe, und mit der eigentlichen Zahlungsausführung der Beschuldigte beauftragt worden sei, so ist auch darin kein Widerspruch zu sehen. Ganz im Gegenteil bestätigt dies, dass der Beschuldigte auch vor seinem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat nicht befugt war und vor der Zustellung der Codekarte auch nicht die Möglichkeit hatte, von sich aus und ohne fremde Mitwirkung Zahlungen vorzunehmen, sondern diese immer via F. _____ abgewickelt werden mussten (Urk. 10/5 S. 7). Dieser Ablauf bei Zahlungsvorgängen wird denn auch vom Zeugen F. _____ so bestätigt (Urk. 10/7 S. 5). Demnach sei es so gewesen, dass die anfallenden Rechnungen für die Geschädigte, abgesehen von wenigen Ausnahmen, von der E. _____ geleistet worden seien, wo der Beschuldigte ohnehin keine Vollmacht gehabt habe. Konkret habe sich der Ablauf so gestaltet, dass der Beschuldigte die anfallenden Rechnungen der E. _____ zur Bezahlung geschickt habe und F. _____ jeweils die Bezahlung durch die E. _____ veranlasst habe (Urk. 10/7 S. 5). Die entsprechende Behauptung, wonach der Beschuldigte für die Lohn- und Spesenauszahlungen befugt und ermächtigt war, findet in den Akten somit keine Stütze.

3. a.) Auch die Rüge, wonach die Vorinstanz zu Unrecht von einem Schaden der Geschädigten und einer unrechtmässigen Bereicherungsabsicht des Beschuldigten ausgegangen sei, erweist sich als unbegründet. Dies betrifft insbesondere die Behauptung, wonach dem Beschuldigten nicht klar gewesen sei, dass er nach der besagten Stiftungsratssitzung freigestellt worden sei (Urk. 47 S. 6). Ob der damalige Rauswurf eine fristlose Kündigung war oder allenfalls eine reguläre mit Freistellung oder lediglich die Abwahl aus dem Stiftungsrat mit sofortiger Wirkung, muss in diesem Zusammenhang nicht abschliessend untersucht werden. Entscheidend ist einzig die Frage, ob ihm zum damaligen Zeitpunkt bewusst war, dass er ab sofort nicht mehr für die Geschädigte tätig sein durfte und damit insbesondere auch keine Berechtigungen in finanzieller Hinsicht hatte. Gestützt auf die dokumentierten Auseinandersetzung anlässlich der Stiftungsratssitzung vom 6. Juli 2007, welche zum Beschluss des Stiftungsrates führte, die Zusammenarbeit mit dem Beschuldigten und H. _____ sei per sofort zu beenden (Beilage 01 zu Urk. 1/1), ist diese Frage zweifellos zu bejahen.

b.) Aus der Luft gegriffen wirkt die Behauptung, dass es im Protokoll der Stiftungsratssitzung festgehalten worden wäre, falls ihm die Zahlungsermächtigung entzogen worden wäre. Da ein solcher Hinweis im Protokoll fehle, müsse davon ausgegangen werden, dass diese nach wie vor weiter Bestand gehabt habe (Urk. 47 S. 6). Weder besteht eine gesetzliche noch eine vertragliche Pflicht, einen solchen Entzug festzuhalten, noch ist es üblich, in einem Protokoll sämtliche Rechtsfolgen einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufzuzählen. Vielmehr ist es die Aufgabe eines Protokolls, das Vorgefallene festzuhalten und nicht dessen Folgen. Aus dem Fehlen einer entsprechenden Bemerkung lässt sich somit nichts zu Gunsten des Beschuldigten ableiten.

c.) Die Beweislage ist in diesem Punkt klar, sodass die belastenden Aussagen von H. _____ unberücksichtigt bleiben können und auch müssen, wie der Beschuldigte in seiner Berufungsschrift vorbringen lässt (Urk. 47 S. 6).

d.) Zusammenfassend kann somit mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Beschuldigte anlässlich der Stiftungsratssitzung vom 6. Juli 2006 freigestellt wurde und ab diesem Zeitpunkt keinerlei Kompetenzen hatte, insbesondere auch nicht berechtigt war, Zahlungen auszuführen.

4. a.) Schliesslich erweist sich auch die Rüge des Beschuldigten, wonach der Geschädigten durch die Transaktion gar kein Schaden erwachsen sei als unberechtigt. Insbesondere die Rüge, wonach die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass der Beschuldigte nicht hätte davon ausgehen dürfen, dass der Lohn so geschuldet gewesen sei, wie er ihn sich vorgestellt habe (Urk. 47 S. 7). Dies wird damit begründet, dass nach der Stiftungsratssitzung eine Besprechung über die Auszahlung ausstehender Löhne stattgefunden habe. Die Löhne für die Jahre 2005 seien ebenso festgestanden wie die Höhe der Akontozahlungen für das Jahr 2006. Insgesamt seien dem Beschuldigten noch Fr. 104'000.-- und H. _____ Fr. 52'000.-- Lohn zugestanden, weshalb die Zahlungen über Fr. 85'000.-- und Fr. 35'000.-- ohne weiteres gerechtfertigt gewesen seien und damit der Geschädigten auch kein Schaden entstanden sei (Urk. 47 S. 7 f.).

b.) Diese Rüge ist im Wesentlichen eine Wiederholung der bereits vor erster Instanz gemachten Ausführungen (Urk. 39 S. 9 f., S. 17 f.). Damit hat sich aber die Vorinstanz bereits ausführlich und zutreffend auseinandergesetzt, weshalb, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 45 S. 24 f.).

c.) Wohl machte der Beschuldigte im Rahmen seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme geltend, dass ihm anlässlich seiner Freistellung ein Anspruch über Fr. 174'634.-- zugestanden sei (Urk. 10/1 S. 4) und C._____ gesagt haben soll, dass er sich und H._____ Akontozahlungen überweisen soll (Urk. 10/1 S. 11). Dass diesbezüglich nicht auf die Ausführungen des Beschuldigten und H._____s abgestützt werden darf, sondern auf diejenige C._____, wonach er den Beschuldigten nicht beauftragt habe, nach der Stiftungsratssitzung vom 6. Juli 2006 Lohnzahlungen auszulösen (Urk. 10/3 S. 5), hat die Vorinstanz mit überzeugenden Erwägungen dargelegt und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 45 S. 24).

d.) C._____'s Sachverhaltsdarstellung wird durch die folgenden Umstände zusätzlich gestützt: So ergibt sich aus dem Protokoll der Sitzung des Stiftungsrates vom 29. Mai 2006 eben gerade nicht, dass bereits ein fester Lohn vereinbart war und ein klarer Anspruch bestand. Vielmehr ergibt sich daraus, dass C._____ den Beschuldigten und H._____ bat, ihre Ansprüche zu beziffern. Dass diese in der Folge anerkannt wurden, ergibt sich nicht aus dem Protokoll, ganz im Gegenteil schloss das Protokoll mit der Feststellung, dass ab sofort keine Zahlungen mehr von der E._____ geleistet würden (Beilage 01 zu Urk. 1/2). An der nächsten Stiftungsratssitzung war erneut nur von den Ansprüchen des Beschuldigten die Rede und diese wurden von den anderen Stiftungsratsmitgliedern als zu hoch qualifiziert, bzw. herrschte die Meinung, dass zwischen den budgetierten Zahlen und den geltend gemachten Ansprüchen eine grosse Diskrepanz bestehe (Beilage 02 zu Urk. 1/2). Auch dies belegt, dass sich der Beschuldigte bewusst war, dass die Lohnansprüche alles andere als feststanden.

e.) Dies wurde denn auch vom Geschäftsführer der E._____ AG, F._____, so bestätigt, welcher nicht nur an jener Sitzung vom 6. Juli 2006 anwesend war, sondern eng mit dem Beschuldigten zusammen arbeitete und für die Geschädigte

die Zahlungen ausführte und somit den Überblick über die wirtschaftliche Situation der Geschädigten hatte. Dieser konnte bestätigen, dass anfänglich wohl ein Lohn vereinbart worden war, ein Anspruch auf diesen aber erst entstehen sollte, sobald es der Geschädigten möglich sein sollte, einen solchen auszubezahlen. Da sich bald gezeigt habe, dass Lohnzahlungen im Rahmen der geleisteten Akontozahlungen weder im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten der Geschädigten gelegen hätten noch gesetzlich zulässig gewesen seien, habe man vom vorgesehenen Fixlohn zum System einer 5%-igen Maklergebühr gewechselt. Sofern aber überhaupt Zahlungen geleistet worden seien, seien dies klar Akontozahlungen gewesen, welche nach Vorliegen der definitiven Budgets hätten abgerechnet werden müssen und auf Grund der realisierten Zahlen hätten der Beschuldigte und H._____ nicht nur keinen Anspruch auf Akontozahlungen mehr gehabt, sondern die zu viel erhaltenen Akontozahlungen zurück erstatten müssen (Urk. 10/7 S. 3 ff.). Diese Ausführungen sind klar, nachvollziehbar, plausibel und ohne innere Widersprüche. Sie sind, im Gegensatz zu den Aussagen des Beschuldigten, auch ohne Weiteres mit der übrigen Aktenlage in Einklang zu bringen. So hat der Zeuge F._____ mehrere Dokumente beigebracht, welche seine Aussagen stützten, beispielsweise das Mail des Beschuldigten vom 28. Juni 2006, wo er sich nach den Kreditorenausständen der Geschädigten erkundigt, was belegt, dass er eben gerade nicht mit der Vergütung von Rechnungen an die Geschädigte beauftragt war und diese auch nicht für ihre eigenen Verbindlichkeiten aufkommen musste, sondern diese vielmehr von der E._____ beglichen wurden und F._____ für die Ausführung zuständig war (Beilage 01 zu Urk. 10/7).

f.) Schliesslich bestätigte der Beschuldigte in seinem Mail vom 8. Juni 2006, dass er für seine Tätigkeit keinen festen Lohn erhalte, sondern vielmehr mit einer Courtage von 0,5% der versicherten Löhne entschädigt werde (Beilage 24 zur Urk. 10/7). Von einem festen Monatslohn war somit nicht mehr die Rede, sondern nur noch von einer Erfolgsprovision. So ist es nicht weiter erstaunlich und ein weiterer Beleg dafür, dass der Beschuldigte selbst nicht davon ausging, dass er Anspruch auf einen Lohn hatte, dass er selbst bei den beiden fraglichen Zahlungen als Zahlungsgrund nicht Lohn angab, sondern lediglich "Guthaben" (Beilage 03 zu Urk. 1/1), hingegen bei H._____ als Zahlungsgrund "Lohn". Die Aussage des Be-

schuldigten, die Courtage wäre erst in Zukunft, im Falle seines Ausstiegs, zum Tragen gekommen (Urk. 57 S. 7), überzeugt nicht. Aus dem Gesamtzusammenhang des obgenannten Mails ergibt sich vielmehr, dass sich der Beschuldigte für seine bisher geleistete Arbeit nun mit einer Courtage von 0,5% zufrieden gibt.

g.) Folglich musste auch dem Beschuldigten klar sein, dass er ohne Lohnanspruch auch keinen Anspruch auf Lohnkontozahlungen hatte und seine gegenteiligen Ausführungen als blosser Schutzbehauptungen zu qualifizieren sind. Damit ist auch klar, dass durch die Überweisung der Gelder bei der Geschädigten ein Schaden eingetreten ist.

h.) An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass die Bezahlung der Fr. 100'000.-- durch den Beschuldigten von diesem nicht als Schuldanerkenntnis qualifiziert werden sollten und sich aus dem geschlossenen Vergleich auch nichts entsprechendes ableiten lässt (Urk. 47 S. 9). Wie oben ausgeführt ist der Anklagesachverhalt auf Grund der übrigen Beweismittel als klar erstellt zu betrachten und die Rückzahlung der Fr. 100'000.-- braucht nicht weiter berücksichtigt zu werden, jedenfalls vermag dieser Umstand in tatsächlicher Hinsicht auch nichts zur Entlastung des Beschuldigten beizutragen.

i.) Das gilt auch für die Tatsache, dass der Beschuldigte kurz nach der Überweisung der Fr. 85'000.-- deren Fr. 90'000.-- abgehoben hat. Daraus lässt sich weder etwas zu Gunsten des Beschuldigten, noch zu seinen Ungunsten ableiten. Die Überweisung auf ein anderes Konto ist zulässig und es ist darin auch nicht etwa ein besonders raffinierter Verschleierungsvorgang, ein direkt mit der Tat im Zusammenhang stehendes Manöver oder ähnliches zu erblicken. Es lässt sich daraus aber auch nichts zu seinen Gunsten ableiten.

j.) Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich der Beschuldigte bewusst war, dass er ab der Stiftungsratssitzung vom 6. Juli 2006 nicht mehr für die Geschädigte tätig sein durfte und damit auch keine Berechtigungen in finanzieller Hinsicht hatte. Zudem wusste der Angeklagte, dass seine Lohnansprüche zu dem Zeitpunkt, in welchem er die zwei Onlinebelastungen zu seinen

Gunsten vornahm, noch nicht feststanden. Indem er die Akontozahlungen trotzdem auslöste, nahm er zumindest in Kauf, sich unrechtmässig zu bereichern.

Anders zeigt sich die Situation in Bezug auf die Onlinebelastung im Betrag von Fr. 35'000.-- zu Gunsten von H._____. Gemäss der nicht widerlegbaren Behauptung des Beschuldigten, wurde H._____ von der E._____ nachträglich (zusätzlich zur Zahlung der Fr. 35'000.--) mit Fr. 25'000.-- entschädigt (Urk. 57 S. 11). Somit ist davon auszugehen, dass die Lohnansprüche von H._____ berechtigt waren, weshalb nicht erstellt werden kann, der Beschuldigte habe H._____ unrechtmässig bereichern wollen.

IV.

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz erweist sich in Bezug auf die Onlineüberweisungen zu Gunsten des Beschuldigten als zutreffend und es kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich darauf verwiesen werden (Urk. 45 S. 25 f.). Der Beschuldigte hat sich somit des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, wobei er zumindest mit der Eventualabsicht handelte, sich unrechtmässig zu bereichern.

V.

1. Der Beschuldigte macht geltend, die Zahlungen hätten das Vorsorgekapital der bei der Geschädigten Versicherten gar nicht tangiert, weshalb kein öffentliches Interesse an seiner Bestrafung bestünde (Urk. 47 S. 8, 10). Am Strafbefreiungsgrund nach Art. 53 StGB wurde verschiedentlich Kritik und der Ruf nach Aufhebung oder Beschränkung auf Bagatelldelikte laut. Diese Kritik aufzunehmen ist jedoch Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte. Es wäre eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens und des geltenden Rechts, wenn die Gerichte diese Bestimmung nicht so anwenden würden, wie sie der Gesetzgeber ursprünglich gewollt hat.

2. a.) Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Strafbefreiung nach Art. 53 StGB erfüllt. Das Vorgefallene liegt bereits einige Jahre zurück, die Parteien haben sich auf die Schadensliquidation geeinigt und diese bereits vollzogen. Es liegt auch eine Desinteresseerklärung der Geschädigten vor (Urk. 31). Zudem handelt es sich beim Beschuldigten um einen Ersttäter, weshalb nur eine bedingte Strafe in Betracht gekommen wäre. Ein Geständnis stellt keine zwingende Voraussetzung für eine Strafbefreiung dar (BSK Strafrecht-I Riklin, a.a.O., Art. 53 N 18).

b.) Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 47 S. 27) und in Übereinstimmung mit dem Einwand der Verteidigung ist sodann davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse an der Bestrafung des Beschuldigten gering ist. Insbesondere ist festzuhalten, dass keine Gelder der Versicherten betroffen waren. Das betroffene Konto lautet auf die Geschädigte und es handelt sich dabei nicht um ein Sondervermögen. Es bestehen auch keine Vorschriften über die gesonderte Verwaltung von Vorsorgegeldern, es besteht einzig die Pflicht, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Art. 71 BVG, BVV 1, BVV 2). Die Versicherten haben gegenüber der Geschädigten einzig obligatorische Ansprüche. Andere, weitergehende, namentlich dingliche Rechte oder Aussonderungsrechte im Konkurs, wie etwa bei einer Anlagengestiftung (Art. 53g BVG), bestehen keine.

c.) Dass im Falle einer Vermögensverminderung Gläubiger oder potentielle Gläubiger der Geschädigten die Gefahr laufen, dass ihre Ansprüche nicht befriedigt werden, ist klar. Diese Gefahr besteht aber bei Vermögensdelikten in jedem Fall, sowohl bei juristischen als auch bei natürlichen Personen. Wobei, genau betrachtet, gerade bei einer Vorsorgeeinrichtung das Risiko der Gläubiger, einen Schaden zu erleiden, eben gerade nicht besteht, da Vorsorgeeinrichtungen einem Sicherheitsfonds abgeschlossen sind, welcher beispielsweise bei zahlungsunfähigen Vorsorgeeinrichtungen die Leistung sicherstellt (Art. 56 Abs. 1 lit. b BVG). Zu Schaden kommt damit letztlich dieser, aber nicht die Versicherten.

d.) Gemäss Art. 51b BVG müssen die mit der Geschäftsführung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder mit der Vermögensverwaltung betrauten Per-

sonen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Bei der Prüfung der Integrität und Loyalität der Verantwortlichen berücksichtigt die Aufsichtsbehörde insbesondere strafrechtliche Verurteilungen, bestehende Verlustscheine und hängige Gerichts- und Verwaltungsverfahren (Art. 13 Abs. 3 BVV 1). Es besteht somit ein erhebliches, gesetzlich geregeltes öffentliches Interesse, dass im Vorsorgebereich nur Personen in leitender Stellung tätig sind, welche für eine geordnete und korrekte Betriebsführung Gewähr bieten. Aufgrund der heutigen Verurteilung des Beschuldigten, welche einen Strafregistereintrag zur Folge hat, ist aber auch diesem öffentlichen Interesse Genüge getan.

e.) Im Ergebnis ist somit von einer Bestrafung des Beschuldigten Umgang zu nehmen.

VI.

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Hauptantrag auf Freispruch, obsiegt jedoch insbesondere in Bezug auf die Strafbefreiung. Entsprechend rechtfertigt es sich, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte aufzuerlegen und zur andern Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ferner ist dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren ausgangsgemäss eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 30. Mai 2011 bezüglich Dispositivziffer 2 (Freispruch vom Vorwurf des

mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage betreffend die Vorfälle in Anklageziffer 1 vom 31. Mai, 23. Juni und 26. Juni 2006), Ziffer 5 (Abweisung des Antrags der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich auf Bezahlung einer Ersatzforderung) sowie Ziffer 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB.
2. Von einer Bestrafung des Beschuldigten wird Umgang genommen.
3. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur andern Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
6. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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, 21. März 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic.iur. Leuthard