

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120513-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Vorsitzender, und lic. iur. et phil. Glur,
die Ersatzoberrichterin lic. iur. Affolter sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. Höfliger

Urteil vom 23. April 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Betrug**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen (III. Abteilung) vom
4. September 2012 (DG120011)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Mai 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 52).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 256 Tage durch Haft (126 Tage) und vorzeitigen Strafvollzug (130 Tage) erstanden sind.
3. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 1 Schadenersatz von Fr. 68'663.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. März 2006 zu bezahlen.
4. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 2 Schadenersatz von Fr. 145'000.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. November 2009 zu bezahlen.
5. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 3 Schadenersatz von Fr. 36'628.90 sowie EUR 800.00 zuzüglich 5 % Zins ab 21. Mai 2009 zu bezahlen.
6. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 4 Schadenersatz von Fr. 87'769.– zuzüglich 5 % Zins ab 1. Juni 2010 zu bezahlen.
7. Die Genugtuungsbegehren der Privatklägerinnen 2 und 4 werden abgewiesen.

8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 6. März 2008 (HD act. 13) beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von Fr. 109.65 wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
Über die weiteren Kosten wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird mit separater Entscheidung entschieden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 102)

1. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. September 2012 aufzuheben.
2. Es sei der Berufungskläger mit 30 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung der erstandenen Haft und dem vorzeitigen Strafvollzug zu bestrafen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens (einschliesslich der amtlichen Verteidigung) seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(schriftlich, Urk. 95)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Am 20. Juli 2007 erstattete die Geschädigte B._____ wegen Betrug und Urkundenfälschung Anzeige gegen den Beschuldigten, der ihr unter dem Namen C._____ (vgl. Urk. 49/2) bekannt war (Urk. 1/1). Da sich der Beschuldigte der Strafuntersuchung nach einer ersten Befragung durch Flucht ins Ausland entzog, war das Verfahren von 2008 bis 2011 sistiert (vgl. Urk. 13 ff.). Am 10. Mai 2012 erhob die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis Anklage gegen den Beschuldigten wegen gewerbsmässigem Betrug zum Nachteil von sechs Geschädigten (Urk. 52). Im Anschluss an die Hauptverhandlung vom 4. September 2012 sprach ihn die III. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen schuldig im Sinne der Anklage und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten.
2. Der vorinstanzliche Entscheid wurde am 7. September 2012 dem Verteidiger eröffnet (Urk. 78/2), der noch gleichentags die Berufung anmeldete (Urk. 79). Die begründete Ausfertigung wurde ihm am 13. November 2012 zugestellt (Urk. 82/2). Die Berufungserklärung erfolgte am 3. Dezember 2012 (Urk. 90). Die Staatsanwaltschaft hat auf Anschlussberufung verzichtet und beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 95). Die Privatklägerin 3 verlangt ebenfalls die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 96), während sich die übrigen Privatklägerinnen nicht vernehmen liessen. Beweisanträge wurden keine gestellt.
3. Der Beschuldigte beantragte mit Berufungserklärung vom 3. Dezember 2012 eine Senkung der Strafe auf 20 Monate. Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte er eine Senkung der Strafe auf 30 Monate Freiheitsstrafe. Im Übrigen anerkennt er das vorinstanzliche Urteil (Urk. 90 S. 2; Urk. 102 S. 1). Es ist demgemäss festzustellen, dass dieses in Bezug auf den Schuldspruch, die Zivilforderungen, die Verwendung der beschlagnahmten Barschaft zur Deckung der Verfahrenskosten und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in Rechtskraft erwachsen ist.

II.

1. Einen Teil der ihm vorgeworfenen Delikte beging der Beschuldigte vor Inkrafttreten der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs am 1. Januar 2007 (vgl. Urk. 52 S. 2). Wie die Vorinstanz richtig erkannte, erweist sich das neue Recht insbesondere wegen der neu eingeführten Strafart der Geldstrafe und der Möglichkeit des teilbedingten Vollzug als milder, weshalb die Strafzumessung für sämtliche Delikte nach neuem Recht vorzunehmen ist (Urk. 89 S. 13).

2. Der Beschuldigte hat sich des gewerbsmässigen Betrugs i.S. von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schuldig gemacht und ist dafür zu bestrafen. Der Strafrahmen reicht von 90 Tagessätzen Geldstrafe bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe.

Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden zu. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Neben dem Verschulden werden das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 StGB).

3. Die Deliktssumme von rund CHF 370'000 ist in ein Verhältnis zur Dauer und zur Art und Weise des deliktischen Handelns zu setzen, wobei insbesondere die Anzahl der Tathandlungen zu berücksichtigen ist. Der von der Verteidigung angestellte Vergleich mit den oft viel höheren Deliktssummen in grossen Wirtschaftsbetrugsfällen (Urk. 90 S. 3 Ziff. 6; Urk. 102 S. 3 Ziff. 7) lässt diese Zusammenhänge ausser Acht und greift daher zu kurz.

Die Geschädigten waren natürliche Personen, die dem Beschuldigten teilweise ihre ganzen Ersparnisse anvertrauten. Eine Geschädigte nahm sogar einen Kredit auf, den sie über mehrere Jahre abzahlen musste. Ausser im Fall der Privatklägerin 5 bewegte sich die Deliktssumme jeweils im fünf- bzw. in einem Fall sogar im sechsstelligen Bereich (Urk. 89 S. 14 E. 4.4.1.1). Ausser, dass der Beschuldig-

te ihnen eine Freundschaft vorgespielt und ihre Gefühle schamlos ausgenützt und massiv verletzt hatte, war auch dieser finanzielle Verlust für die Geschädigten äusserst schmerzhaft. Daran vermag, entgegen der Auffassung der Verteidigung, (Urk. 102 S. 3 f. Ziff. 9 f.) nichts zu ändern, dass der Beschuldigte seine Opfer grösstenteils über Partnersuch-Plattformen im Internet kennengelernt hatte. Der Beschuldigte hat über Jahre hinweg nach dem gleichem Tatmuster delinquierte. Zusammengefasst ist das objektive Tatverschulden des Beschuldigten als erheblich zu qualifizieren.

Subjektiv wird das Verschulden nicht relativiert, handelte der Beschuldigte doch mit direktem Vorsatz. Dass der Beschuldigte aus finanziellen Motiven handelte, liegt bei dieser Ausgangslage auf der Hand und wirkt sich grundsätzlich nicht straf erhöhend aus, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 89 S. 15 E. 4.4.1.2).

Verschuldenserhöhend ist zu beachten, dass der Beschuldigte nach Einleitung des Strafverfahrens im Jahr 2007 unbeirrt, dreist und unverfroren seine Delinquenz fortgesetzt hat.

Der Beschuldigte führt als Rechtfertigung an, er habe das ertrogene Geld zur Finanzierung seiner krankhaften Spielsucht verwendet (Urk. 90 S. 4 Ziff. 10; Urk. 101 S. 4; Urk. 102 S. 4 Ziff. 12).

Es mag zutreffen, dass der Beschuldigte gespielt hatte und auch Spielschulden hatte. Auch mag sein, dass Schulden in diesem Milieu manchmal mit wenig zimperlichen Methoden eingetrieben werden (vgl. Urk. 76 S. 3 f. Ziff. 3; Urk. 40 S. 4; Prot. II S. 4). Dass er allerdings in krankhafter Weise spielsüchtig gewesen sei, damit vermag der Beschuldigte nicht zu überzeugen. Belege dafür, dass sich der Beschuldigte dem Glückspiel hingegeben hatte, sind nicht vorhanden. Auf Fragen nach einer Therapie reagierte er in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und auch wieder an der Berufungsverhandlung ausweichend (Urk. 74 S. 5 f.; Urk. 101 S. 4). In Deutschland hätte er sich ohne Weiteres einer Behandlung unterziehen können; das hat er offenbar nicht getan. Dennoch war er in der Lage, mit dem Spielen aufzuhören (Urk. 101 S. 4 in fine). Seine behaupteten Spielschulden (Urk.

74 S. 6) sind nicht dokumentiert. Als er gegenüber der Geschädigten D. _____ behauptete, er werde erpresst, verwies er als Grund auf den Autohandel (ND 1/11 S. 6 A. 25). Die Privatklägerin B. _____ stellt in Abrede, dass sie und der Beschuldigte gemeinsam dem Glückspiel gefrönt hätten (Urk. 76 S. 3 Ziff. 3; Urk. 9/3 S. 3).

Angesichts des völligen Fehlens von konkreten Anhaltspunkten für diese Darstellung verzichtete die Staatsanwaltschaft zurecht auf weitere Abklärungen (Urk. 40 S. 15). Die Darstellung des Beschuldigten, wonach er durch eine krankhafte Spielsucht angetrieben worden sei, ist deshalb als Schutzbehauptung zu betrachten. Nicht zu widerlegen ist lediglich, dass er gewisse Spielschulden gehabt und deswegen unter einer bestimmten Drucksituation gestanden haben mag, was ihm aber nur ganz marginal strafmindernd angerechnet werden kann, zumal gleichzeitig mit zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte über eine gute Ausbildung verfügte und seinen Lebensunterhalt auf eine legale Weise bestreiten konnte.

Bezogen auf den Regelfall eines gewerbsmässigen Betrugs und unter besonderer Berücksichtigung der Art und Weise des deliktischen Vorgehens, seiner beträchtlichen zeitlichen Dauer und der Anzahl der Opfer ist das objektive und subjektive Tatverschulden des Beschuldigten als erheblich einzustufen. Die Einsatzstrafe bewegt sich damit etwas unterhalb der Mitte des zweiten Drittels des Strafrahmens, d.h. bei 48 Monaten.

4. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann auf das Urteil der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 89 S. 15 f.). Seither haben sich keine wesentlichen Änderungen ergeben (Urk. 101 S. 1 ff.).

a) Wie die Vorinstanz festhielt, ist der Beschuldigte in Deutschland mehrfach und teilweise einschlägig vorbestraft (Urk. 89 S. 16 E. 4.4.2.3). So wurde er am 20. Oktober 1999 vom Landgericht Berlin des Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 24 Fällen schuldig gesprochen, wobei er wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung in vier Fällen unter Einbeziehung einer Verurteilung des Amtsgerichts Dortmund vom 3. Juli 1995 mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren bestraft wurde, während wegen der übrigen Straftaten eine weitere Ge-

samtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verhängt wurde. Das Datum der letzten Tat war der 1. Dezember 1994. Am 14. April 2000 wurde er vom Landgericht Wuppertal wegen unerlaubtem Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbezug der soeben erwähnten Entscheidung des Landgerichts Berlin zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren 6 Monaten verurteilt, wobei aus jener Entscheidung nur die weitere Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren einbezogen wurde. Das Datum der letzten Tat war der 15. November 1998 (vgl. Urk. 49/3 Ziff. 16 und 17).

Der Einwand der Verteidigung, die Vorinstanz halte dem Beschuldigten zwei Verurteilungen vom 14. Mai 1992 und vom 3. Juli 1995 vor (Urk. 90 S. 6 Ziff. 14; Urk. 102 S. 5 Ziff. 16), entbehrt der Grundlage. Dass die oben erwähnten Verurteilungen bereits mehr als zehn Jahre zurückliegen, ist sowohl nach Schweizerischem als auch nach Deutschem Recht unerheblich. In Deutschland werden derartige Eintragungen nach 15 Jahren getilgt (§ 46 des Gesetzes über das Bundeszentralregister). In der Schweiz werden Freiheitsstrafen von über fünf Jahren sogar erst nach mehr als zwanzig Jahren aus dem Strafregister entfernt, wobei sich diese Zeitspanne um die Dauer der Strafe sowie allfälliger weiterer Eintragungen verlängert (Art. 369 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StGB).

Von 1999 bis 2003 befand sich der Beschuldigte laut eigenen Angaben in Deutschland im Strafvollzug (vgl. Urk. 74 S. 7), bevor er in die Schweiz kam, wo er im Frühjahr 2005 erneut straffällig wurde, wie sich in diesem Verfahren erwies (vgl. Urk. 52 S. 2). Vor allem aus damaliger Sicht kann nicht davon die Rede sein, dass diese Vorstrafen - zumindest was ihre Verbüßung betrifft - weit zurückliegen. Die Vorinstanz berücksichtigte die beiden erwähnten, teilweise einschlägigen Vorstrafen zurecht straferhöhend.

b) Der von der Vorinstanz auf Antrag der Verteidigung vom 19. Juni 2012 (Urk. 55) eingeholte Arztbericht der Klinik für Innere Medizin am ...spital ... vom 9. August 2012 kam zum Schluss, dass sich ein multiples Myelom oder generell eine monoklonale Gammopathie zwar nicht mit letzter Sicherheit ausschliessen lasse, Anamnese, klinische Befunde und erhobene Laborwerte aber doch weitestgehend dagegen sprechen würden und weitere Abklärungen deshalb zur Zeit als nicht in-

diziert erachtet würden (Urk. 67 S. 4). Entgegen der sinngemäss geäusserten Auffassung der Verteidigung (Prot. II S. 5) ergab der Bericht somit keine Bestätigung der vom Beschuldigten behaupteten Krebsdiagnose; die vorsichtig gewählten Formulierungen sind lediglich wissenschaftlicher Exaktheit verpflichtet. Hingegen steht fest, dass der Beschuldigte an Herzproblemen leidet. Ferner klagt er über Schmerzen im Oberkörper (vgl. Urk. 73). Gemäss den Ausführungen seines Verteidigers ist der Beschuldigte zur Zeit auf der Abteilung für stationäre Patienten der Justizvollzugsanstalt E._____ und benötigt verschiedene Medikamente. Sein Gesundheitszustand scheint zwar nicht einwandfrei, aber besser als er selbst geltend macht (vgl. Urk. 90 S. 5 Ziff. 12; Urk. 102 S. 4 Ziff. 14). Er kann deshalb nur marginal strafmindernd berücksichtigt werden..

c) Der Beschuldigte stritt zwar die Vorwürfe zuerst ab und entzog sich dem Verfahren für mehrere Jahre durch Flucht und delinquierte während dieser Zeit weiter. Nach seiner erneuten Verhaftung verhielt er sich jedoch kooperativ und war in Bezug auf alle Vorwürfe geständig, was die Beweisführung stark vereinfachte, und er anerkannte sämtliche Schadenersatzforderungen, auch wenn er nicht in der Lage war, diese zu begleichen. Der Beschuldigte hat damit das Verfahren zwar alles in allem nicht abgekürzt, jedoch hat er zuletzt seine Erledigung sowohl für den Staat als auch für die Geschädigten wesentlich erleichtert. Im Ergebnis überwiegen in Bezug auf sein Nachtatverhalten die positiven Aspekte, was sich strafmindernd auswirkt.

d) Die bereits weiter zurückliegenden, aber teilweise einschlägigen Vorstrafen haben eine Straferhöhung um sechs Monate zur Folge, während das Nachtatverhalten zu einer Strafreduktion um zwölf Monate führt. Unter dem Strich reduziert sich demnach die schuldangemessene Einsatzstrafe unter Berücksichtigung der persönlichen Faktoren um sechs Monate auf 42 Monate. Somit besteht im Ergebnis kein Anlass, an der vorinstanzlich ausgefallten Strafe etwas zu ändern.

5. Der Beschuldigte ist demnach zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten zu verurteilen. Der Beschuldigte befindet sich seit dem 24. Dezember 2011 in Haft

und seit dem 30. April 2012 im vorzeitigen Strafvollzug (vgl. Urk. 52 S. 1). Diese Zeit (bis und mit heute 487 Tage) ist ihm auf seine Strafe anzurechnen.

III.

Der Beschuldigte dringt mit seinem Antrag nicht durch. Ausgangsgemäss sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu auferlegen, in Anbetracht seiner finanziellen Situation jedoch zu erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 4. September 2012 bezüglich Dispositivziffer 1 (Schuldspruch), Dispositivziffern 3-7 (Zivilforderungen), Dispositivziffer 8 (Verwendung der beschlagnahmten Barschaft zur Deckung der Verfahrenskosten) sowie Dispositivziffern 9 und 10 (Kostenentscheid) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 487 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'500.00.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung dem Beschuldigten auferlegt, jedoch erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albissowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albisund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
5. 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. April 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Höfliger