

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB140078-O/U/cs

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Ruggli, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

## Urteil vom 4. Juli 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom  
26. November 2013 (DG130248)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Juli 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. HD 54).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB;
  - der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB;
  - der mehrfachen versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ Schadenersatz von Fr. 32'000.– zuzüglich 5% Zins seit dem 18. Juni 2012 zu bezahlen. Im übersteigenden Betrag wird der Privatkläger auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin C.\_\_\_\_\_ AG Schadenersatz von Fr. 2'106.40 zu bezahlen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 2'500.– Gebühr Strafuntersuchung
- Fr. 199.60 Auslagen Untersuchung
- Fr. 50.00 ausserkantonale Untersuchungskosten
- Fr. 11'567.65 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch gemeinsam mit den Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung erfolgt, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 97)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. November 2013 (Geschäfts-Nr. DG130248-L) sei in Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben und der Beschuldigte sei vom Vorwurf des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB freizusprechen und der einfachen versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB zu verurteilen.
2. Weiter sei das angefochtene Urteil in Dispositiv-Ziffer 2 aufzuheben und der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von maximal 12 Monaten zu bestrafen.
3. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 sei die Zivilforderung der C. \_\_\_\_\_ AG abzuweisen und ihr kein Schadenersatz zuzusprechen.

4. Die Verfahrenskosten seien mindestens zur Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:  
(schriftlich, Urk. 88)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte**

Mit Urteil der Vorinstanz vom 26. November 2013 wurde der Beschuldigte des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sowie der mehrfachen versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten bestraft, unter Anrechnung von einem Tag erstandener Haft (Urk. 81 S. 29).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 5. Dezember 2013 rechtzeitig Berufung an und liess am 3. März 2014 fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung folgen, mit welcher er erstmals den Beweisergänzungsantrag stellen liess, es sei D. \_\_\_\_\_ als Zeuge zu befragen (Urk. HD 74, Urk. HD 79/2, Urk. 82). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf die Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 88). Auch die Privatkläger B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ AG erhoben weder Berufung noch Anschlussberufung.

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und sein amtlicher Verteidiger (Prot. II S. 4). Im Rahmen der Berufungsverhandlung wurde D.\_\_\_\_\_ als Zeuge einvernommen (Prot. II S. 11 ff.).

## **II. Prozessuales**

Nach Art. 399 Abs. 4 StPO kann die Berufung auf einzelne Urteilspunkte eingeschränkt werden. Eine isolierte Anfechtung des Schuldpunktes ist indes nicht möglich: Bei einem Antrag auf Freispruch gelten für den Fall der Gutheissung automatisch auch die mit der Tat untrennbar zusammenhängenden Folgepunkte des Urteils (z.B. Sanktion, Zivilpunkt, Kostenfolgen) als angefochten, also alle Punkte nach Art. 399 Abs. 4 lit. b - g StPO. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldpunkt, sind die weiteren Urteilspunkte – soweit nicht explizit angefochten – nicht zu überprüfen (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 399 N 18; BSK StPO - Eugster, Art. 399 StPO N7).

Angefochten wurden die Schuldsprüche betreffend Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB sowie betreffend mehrfach versuchter Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Dispositivziffer 1 al. 1 und 3). Ferner wurde die Höhe der Freiheitsstrafe (Dispositivziffer 2) angefochten sowie die Verpflichtung des Beschuldigten, der Privatklägerin C.\_\_\_\_\_ AG Schadenersatz in Höhe von Fr. 2'106.40 zu bezahlen (Dispositivziffer 5).

Nach der anlässlich der Berufungsverhandlung durchgeführten Zeugeneinvernahme von D.\_\_\_\_\_ schränkte der Beschuldigte seine Berufung weiter ein, indem er auch den Schuldspruch wegen versuchter Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB gemäss Anklagepunkt 1.3.b. anerkannte (Urk. 97 S. 1 und S. 6 in Verbindung mit Prot. II S. 26).

Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind somit der Schuldspruch betreffend Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zum Nachteil des Privatklägers B.\_\_\_\_\_ (Dispositivziffer 1 al. 2), der Schuldspruch betreffend versuchte Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB gemäss Ankla-

gepunkt 1.3.b.(Dispositivziffer 1 al. 3 teilweise), der vom Beschuldigten dem Privatkläger B.\_\_\_\_\_ zu bezahlende Schadenersatz (Dispositivziffer 4) sowie die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 6), was mittels Beschluss festzustellen ist.

### **III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

#### **1. Betrugsvorwurf**

Dem Beschuldigten wird in Ziffer 2 der Anklage im Wesentlichen vorgeworfen, er habe am 19. Oktober 2012 bei der E.\_\_\_\_\_ AG in Zug eine Pressmaschine im Wert von Fr. 2'106.40 bezogen und darauf hingewiesen, dass die Rechnung hierfür an die C.\_\_\_\_\_ AG zu stellen sei. Der Beschuldigte habe zuvor als Angestellter der C.\_\_\_\_\_ AG wiederholt Materialien und Werkzeuge für seine Arbeitgeberin gekauft. Nachdem ihm am 12. Oktober 2012 von der C.\_\_\_\_\_ AG gekündigt worden war, habe er sich darauf verlassen, dass die Verkäufer bei der E.\_\_\_\_\_ AG nichts von der Kündigung gewusst hätten und nicht nachfragen würden. Durch dieses Vorgehen habe der Beschuldigte der C.\_\_\_\_\_ AG einen Schaden in Höhe von Fr. 2'106.40 verursacht.

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten diesbezüglich des Betrugs schuldig (Urk. 81 S. 29).

Der Beschuldigte gestand den Sachverhalt im Wesentlichen ein. Er führte aus, am 19. Oktober 2012 die Pressmaschine bezogen und als Rechnungsempfängerin seine ehemalige Arbeitgeberin angegeben zu haben, machte jedoch geltend, er sei der Meinung gewesen, hierzu berechtigt gewesen zu sein, weil ihm die C.\_\_\_\_\_ AG noch Geld geschuldet habe (Urk. HD 39 S. 6, Prot. I S. 7 f., Prot. II S. 17 ff.). Weiter sei er der Ansicht, nicht die C.\_\_\_\_\_ AG, sondern deren Auftraggeber hätten die Zusammenarbeit mit ihm kündigen müssen, zumal die C.\_\_\_\_\_ AG selber Unterakkordantin gewesen sei. Zudem habe die C.\_\_\_\_\_ AG die Aufkündigung später zurückgezogen (Urk. HD 31 S. 11).

Die Vorinstanz verwarf diese Einwendungen mit zutreffender Begründung (Urk. 81 S. 13 f.), worauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Präzisierungen:

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2012 setzte die C.\_\_\_\_\_ AG den Beschuldigten darüber in Kenntnis, dass die Verträge vom 6. und 11. September 2012 gekündigt würden. Es wurde ihm ausdrücklich untersagt, Materialien bei Grosshändlern auf den Namen der C.\_\_\_\_\_ AG zu beziehen (Urk. HD 24/2). Das Schreiben wurde dem Beschuldigten am 15. Oktober 2012 zugestellt (Urk. HD 24/3).

Die Auffassung des Beschuldigten, die C.\_\_\_\_\_ AG habe dem Beschuldigten die zwischen ihnen beiden geschlossenen Verträge nicht aufkündigen dürfen, erscheint abwegig, räumte doch der Beschuldigte in der Einvernahme vom 12. April 2013 bei der Staatsanwaltschaft selbst ein, er habe den Vertrag mit der C.\_\_\_\_\_ AG geschlossen (Urk. HD 31 S. 11). Eine allfällige spätere Rücknahme der Kündigung muss im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden. Massgeblich ist, dass dem Beschuldigten im damaligen Zeitpunkt unmissverständlich mitgeteilt wurde, es sei ihm nicht weiter gestattet, Materialien auf den Namen der C.\_\_\_\_\_ AG zu beziehen, womit dem Beschuldigten eine entsprechende Berechtigung nicht zustand.

Dessen ungeachtet gab sich der Beschuldigte gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG als Bevollmächtigter der C.\_\_\_\_\_ AG aus und bezog die Pressmaschine auf ihre Rechnung. Dieses Verhalten stellt grundsätzlich eine einfache Lüge dar. Weil der Beschuldigte gemäss seiner Anerkennung schon früher bei der E.\_\_\_\_\_ AG als Bevollmächtigter der C.\_\_\_\_\_ AG Materialien bezog, konnte er jedoch voraussehen, dass die E.\_\_\_\_\_ AG keine weitere Überprüfung seiner Berechtigung vornehmen würde. Die vom Beschuldigten begangene Täuschung ist damit arglistig.

Die Verkäufer der E.\_\_\_\_\_ AG irrten sich aufgrund der Täuschung über die Berechtigung des Beschuldigten zum Materialbezug. Aufgrund dieses Irrtums überliessen sie ihm die Pressmaschine, womit eine Vermögensdisposition erfolgt ist.

Diese Leistung erfolgte, wie auch von der Verteidigung angetönt (Urk. 97 S. 3 f.), aus dem Vermögen der E. \_\_\_\_\_ AG an einen Unberechtigten. Damit trat der unmittelbare Vermögensschaden bei ihr ein. Weil eine vorübergehende Schädigung ausreicht, ist es für die Strafbarkeit grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob die E. \_\_\_\_\_ AG diesen Schaden allenfalls auf Dritte abwälzte.

Indem die C. \_\_\_\_\_ AG die entsprechende Rechnung der E. \_\_\_\_\_ AG (vgl. Urk. ND 3 S. 7) beglich, wurde sie in strafrechtlicher Hinsicht lediglich mittelbar geschädigt. Diese Vermögensverminderung ist keine direkte Folge des betrügerischen Verhaltens des Beschuldigten. Sie ist auch nicht gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung von der C. \_\_\_\_\_ AG zu tragen, welche als direkter Schaden adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_568/2013 vom 13. November 2013, E. 4.3. m.w.H.). Die Schadenersatzforderung der C. \_\_\_\_\_ AG rührt aus einem (in der Regel nicht ersatzfähigen) indirekten Schaden, einem sog. Reflexschaden. Daran ändert nichts, dass die C. \_\_\_\_\_ AG eine moralische Verpflichtung zur Begleichung des Schadens bei der E. \_\_\_\_\_ AG gehabt haben mag (so die Vorinstanz, vgl. Urk. 81 S. 13).

Ein berechtigter Anspruch des Beschuldigten gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG ist aus den Akten weder ersichtlich noch wird dies vom Beschuldigten geltend gemacht. Unter diesen Umständen bereicherte sich der Beschuldigte zum Nachteil der E. \_\_\_\_\_ AG unrechtmässig an der Pressmaschine. Dies war dem Beschuldigten bewusst, weshalb er mit Vorsatz handelte, auch wenn er hoffte, die C. \_\_\_\_\_ AG würde die E. \_\_\_\_\_ AG schadlos halten.

Zusammenfassend ist der Beschuldigte im Bezug auf den Vorwurf gemäss Anklageziffer 2 des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen, wobei zu präzisieren ist, dass dies zum Nachteil der E. \_\_\_\_\_ AG erfolgte.

Soweit von der Verteidigung argumentiert wird, in der Anklageschrift sei einzig der Schaden der C. \_\_\_\_\_ AG und nicht ein solcher der E. \_\_\_\_\_ AG aufgeführt (Urk. 97 S. 4), mithin das Anklageprinzip sei verletzt, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäss Art. 325 Abs. 1 StPO hat die Anklageschrift neben den formellen Angaben (lit. a-e) sowie den angeblich verletzten Gesetzesbestimmungen (lit. g) *"möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung"* (lit. f) zu bezeichnen. Als ungültig muss die Anklage erst dann angesehen werden, wenn sie wegen einer entsprechenden Formulierung ihre Umgrenzungs- und/oder Informationsfunktion nicht mehr zu erfüllen vermag. Solange der Beschuldigte aus der Anklage also ersehen kann, was ihm konkret vorgeworfen wird, und er sich gestützt auf die Informationen auch effektiv (oder wirksam) verteidigen kann, besteht keine Verletzung des Anklageprinzips (vgl. zumindest sinngemäss zum kantonalen Prozessrecht: Kass.Nr. 99/249S, Entscheid vom 5. Juli 2000, Erw. II/1/5/f; Kass.Nr. 98/280S, Entscheid vom 5.7.1999, Erw. II/6/4; vgl. bereits BGE 103 Ia 6, ZR 60 Nr. 43; zum Ganzen vgl. Kass.Nr. 2000/330S, Entscheid vom 17. Dezember 2001, Erw. II/3/2/b).

Im vorliegenden Fall sind in der Anklageschrift sämtliche Sachverhaltselemente genannt, um eine genügende Verteidigung sicherzustellen. Die Verteidigung nahm denn auch in angemessener Form zum Vorwurf Stellung. Das Anklageprinzip steht somit einer Verurteilung wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB nicht entgegen.

## 2. Vorwurf der versuchten Veruntreuung gemäss Anklageziffer 3.a.

Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer 3.a. zusammengefasst vorgeworfen, er habe zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt zwischen Juli und September 2012 der F. \_\_\_\_\_ AG bzw. deren Mitarbeitern G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ (Anklageziffer 3.a.) geflanschte Umwälzpumpen im Gesamtwert von mindestens Fr. 100'000.– zum Kauf angeboten, obwohl ihm diese Pumpen durch die C. \_\_\_\_\_ AG zur Montage auf einer ihm zugewiesenen Baustelle zur Verfügung gestellt worden seien. G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ hätten den Kauf jedoch abgelehnt.

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten diesbezüglich der versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig (Urk. 81 S. 29).

Der Beschuldigte bestritt den Anklagevorwurf anlässlich der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 20 ff.), womit er an seinem Standpunkt im Vorverfahren sowie in der Hauptverhandlung der Vorinstanz festhielt (vgl. Urk. HD 67 S. 9). Er machte im Wesentlichen geltend, es sei nicht nachgewiesen, dass es sich bei den Pumpen um diejenigen gehandelt habe, welche ihm von der C.\_\_\_\_\_ AG anvertraut worden seien (vgl. Urk. HD 69 S. 4 f.).

Die Vorinstanz hat die Anforderungen an die Beweiswürdigung sowie die massgeblichen Aussagen der Zeugen und Auskunftspersonen korrekt aufgeführt und hernach zutreffend gewürdigt (Urk. 81 S. 5 f. und S. 15 ff.), worauf vorab zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzungen und Präzisierungen:

Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen (Art. 147 Abs. 1 StPO). Die Partei oder ihr Rechtsbeistand können die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen, wenn der Rechtsbeistand oder die Partei ohne Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert waren (Art. 147 Abs. 3 StPO). Auf die Benachrichtigung und auf die Teilnahme an der Beweiserhebung kann in Kenntnis des Rechts verzichtet werden. Bleibt ein Anwesenheitsberechtigter der Beweiserhebung trotz ordnungsgemässer Benachrichtigung und ohne zwingenden Grund fern, ist ein stillschweigender Verzicht anzunehmen. Ein Verzicht lässt weder einen Anspruch auf Wiederholung entstehen noch führt er zur Unverwertbarkeit des Beweisergebnisses (Schleiminger BSK-StPO, N 11 zu Art. 147).

Der Beschuldigte war an der Einvernahme von G.\_\_\_\_\_ vom 23. Mai 2013 anwesend und nahm sein Recht auf Ergänzungsfragen wahr (vgl. Urk. 34 S. 4). An den Einvernahmen von I.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ vom 25. Februar 2013 nahm der Beschuldigte trotz ordnungsgemässer Vorladung (Urk. HD 52/18) nicht teil (vgl. Urk. HD 23+25+27). Nachdem der Beschuldigte zunächst keine Anrufe entgegen nahm, wurde im Einverständnis mit dem amtlichen Verteidiger mit der Befragung von I.\_\_\_\_\_ begonnen. Um 09.00 Uhr meldete sich der Beschuldigte und teilte mit, er warte auf seine Mutter, welche seinen Sohn hätte beaufsichtigen sol-

len. Um 09.54 Uhr teilte er mit, er könne an der Befragung nicht teilnehmen (vgl. Urk. HD 22).

Das Nichterscheinen des Beschuldigten und die spätere Kundgabe, er könne an der Befragung nicht teilnehmen, müssen als Verzicht auf Teilnahme an den Einvernahmen gewertet werden. Zudem wurden die Einvernahmen im Einverständnis und in Anwesenheit der amtlichen Verteidigung durchgeführt, wobei keine Wiederholung beantragt wurde. Unter diesen Umständen sind die Aussagen von I.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ vom 25. Februar 2013 verwertbar.

Der Beschuldigte bestätigte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 12. April 2013, es seien ihm von der C.\_\_\_\_\_ AG 20 Pumpen anvertraut worden. Er bestritt jedoch, dass er diese Pumpen habe verkaufen wollen (vgl. Urk. HD 31 S. 12).

H.\_\_\_\_\_ erklärte am 25. Februar 2013 als Zeuge, eine Person namens "A.\_\_\_\_\_ oder so ähnlich" habe mit ihm telefonischen Kontakt aufgenommen und gefragt, ob er geflanschte Umwälzpumpen kaufen wolle. Es seien grössere Pumpen als die Standardpumpen gewesen. Er (der Anrufer) habe keine Zahl und keine Typen genannt. Es sei aber um mehrere gegangen. Er habe zum Anrufer gesagt, dass er die Pumpen dem Lieferanten zurückgeben solle. Der Anrufer habe geantwortet, dass ihm die Rechnung für seine Aufwendungen nicht bezahlt worden sei. Er habe die Pumpen deshalb als Gegenleistung an sich genommen. Der Anrufer habe gesagt, dass es um grössere Pumpen gegangen sei. Der Anrufer habe zunächst beim Sekretariat vorgesprochen und sei an den Geschäftsleiter, G.\_\_\_\_\_, weiterverwiesen worden, welcher ihm gesagt habe, er solle sich mit ihm (H.\_\_\_\_\_) in Verbindung setzen (vgl. Urk. HD 27 S. 3 ff.).

Anlässlich der Einvernahme vom 12. April 2013 wurde der Beschuldigte auf die Aussagen von H.\_\_\_\_\_ vom 25. Februar 2013 hingewiesen. Der Beschuldigte machte geltend, mit dieser Anfrage "nichts zu tun" zu haben (Urk. HD 31 S. 13).

Am 23. Mai 2013 wurde G.\_\_\_\_\_ bei der Staatsanwaltschaft als Zeuge befragt. Er identifizierte den Beschuldigten als jene Person, welche bei ihm vorgesprochen

und gefragt habe, ob er der F.\_\_\_\_\_ AG Pumpen verkaufen könne. Es habe sich um geflanschte Pumpen gehandelt, welche immer gross seien und die man nur bei grossen Objekten einbauen könne. Ihm (G.\_\_\_\_\_) sei sofort klar gewesen, dass die F.\_\_\_\_\_ AG keine solchen Pumpen benötige. Die genaue Stückzahl der angebotenen Pumpen sei ihm nicht bekannt, es sei aber von Pumpen [in der Mehrzahl] die Rede gewesen (vgl. Urk. HD 34 S. 2 ff.). Der Beschuldigte stellte die Ergänzungsfrage, ob die F.\_\_\_\_\_ AG Umwälzpumpen an Lager habe, was G.\_\_\_\_\_ bejahte und ausführte, er habe nur Pumpen in kleineren Dimensionen, also nicht geflanschte Pumpen (Urk. HD 34 S. 4).

Am Folgetag bestätigte der Beschuldigte nunmehr, bei G.\_\_\_\_\_ gewesen zu sein. Er habe damals aber nicht die Pumpen der C.\_\_\_\_\_ AG gemeint. Es seien andere Pumpen des Herstellers K.\_\_\_\_\_ gewesen. Er habe [G.\_\_\_\_\_] drei Monate alte Pumpen des Herstellers K.\_\_\_\_\_ verkaufen wollen, welche er nicht mehr benötigt habe (Urk. HD 36 S. 2).

Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 26. November 2013 stellte sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, er habe nur kleine Pumpen der Grösse 32 bis 35 zum Verkauf angeboten, solche für ein kleines Einfamilienhaus. Die Pumpen der C.\_\_\_\_\_ AG könne man nur in grosse Gebäude mit 12 bis 15 Stockwerken einbauen (Urk. HD 67 S. 9). Auf Vorhalt der Aussagen von H.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_, wonach ihnen vom Beschuldigten grosse Pumpen angeboten worden seien, erklärte der Beschuldigte, das könne nicht sein. Es sei nie die Rede von geflanschten Pumpen gewesen. Er sei bei der Firma F.\_\_\_\_\_ AG selbst in der Schnupperlehre gewesen. Sie hätte nie grössere Gebäude als solche mit drei und vier Stockwerken gehabt (Urk. HD 67 S. 10). Mit G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ habe er keine Probleme (Urk. HD 67 S. 11).

Nach Einvernahme des Zeugen D.\_\_\_\_\_ und nach Vorhalt des Lieferscheins (Urk. HD 26/2) gab der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung vom 4. Juli 2014 im Widerspruch zu seinen Angaben vor Vorinstanz zu, dass es sich um geflanschte Pumpen gehandelt habe, welche er G.\_\_\_\_\_ angeboten habe. Allerdings blieb er dabei, dass es nicht die Pumpen der Firma C.\_\_\_\_\_ gewesen seien (Prot. II S. 23 f.).

Der Schluss der Vorinstanz, der Beschuldigte habe seine Aussagen jeweils dem Untersuchungsergebnis angepasst (Urk. 81 S. 20), erscheint angesichts der immer wieder abgeänderten Aussagen des Beschuldigten nachvollziehbar. So gab er einen Kontakt zur F.\_\_\_\_\_ AG erst zu, nachdem ihn G.\_\_\_\_\_ als den Verkäufer identifiziert hatte. In den Einvernahmen von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ erfuhr er, dass die F.\_\_\_\_\_ AG keinen Bedarf an geflanschten bzw. grossen Pumpen hatte. Auf seine Frage hin erfuhr er hingegen, dass sie durchaus Pumpen in kleineren Dimensionen an Lager habe. In der Folge stellte sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ kleine Pumpen zum Verkauf angeboten zu haben. Schliesslich gab er zwar zu, dass er geflanschte, und somit grössere Pumpen, angeboten habe, blieb aber dabei, es seien nicht die Pumpen gewesen, die er von der C.\_\_\_\_\_ AG erhalten habe. Dieses Aussageverhalten lässt die Behauptungen des Beschuldigten unglaubhaft erscheinen.

Demgegenüber gaben G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ unmissverständlich zu Protokoll, dass der Beschuldigte ihnen die grossen Pumpen zum Kauf angeboten habe, war doch gerade die Grösse für sie ausschlaggebend, das Angebot abzulehnen (vgl. Urk. HD 27 S. 3 und Urk. HD 34 S. 4). Entgegen der Sachdarstellung des Beschuldigten ist somit davon auszugehen, dass G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ grosse, geflanschte Pumpen angeboten wurden.

Dass es sich dabei um die geflanschten Pumpen der C.\_\_\_\_\_ AG handelte, lässt sich sodann den glaubhaften Aussagen von H.\_\_\_\_\_ entnehmen. Seine Aussage, wonach der Beschuldigte ihm erklärt habe, die Pumpen als Gegenleistung für nicht bezahlte Rechnungen an sich genommen zu haben (Urk. HD 27 S. 3), deckt sich mit den weiteren Aussagen des Beschuldigten in der Untersuchung, wonach er ein ausstehendes Guthaben bei der C.\_\_\_\_\_ AG gehabt habe (vgl. Urk. HD 31 S. 10). Mit dieser Argumentation wollte er den unrechtmässigen Bezug der Pressmaschine von der E.\_\_\_\_\_ AG rechtfertigen (vgl. Urk. HD 39 S. 69, Prot. I S. 7 f., vgl. dazu oben Ziff. II. 1). Offenkundig handelte der Beschuldigte auch bei diesem Vorfall mit der Begründung, aufgrund der angeblichen Schuld der C.\_\_\_\_\_ AG zu seinem Handeln berechtigt zu sein, was die Vorinstanz zu Recht als Motiv des Beschuldigten würdigte (vgl. Urk. 81 S. 22). Nachdem der Beschul-

digte nie geltend machte, offene Rechnungen gegenüber der K.\_\_\_\_\_ zu haben, ist rechtsgenügend erstellt, dass es sich bei den vom Beschuldigten an G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ anbotenen, geflanschten Pumpen um jene der C.\_\_\_\_\_ AG handelte.

Unklar bleibt demgegenüber aufgrund der Schilderungen von G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, wie viele Pumpen ihnen angeboten wurden. Es wurde keine Zahl genannt. Zu Gunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass es nicht alle 20 anvertrauten Pumpen waren, sondern nur die sechs Pumpen, welche mit Maschienschrift auf dem Lieferschein (Urk. HD 26/2) aufgeführt wurden. In diesem Sinne ist der erstellte Anklagesachverhalt zu präzisieren.

Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz der Anklagesachverhalt Ziff. 3.a. mit der genannten Präzisierung erstellt, dass lediglich sechs Pumpen zum Verkauf angeboten wurden.

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz als versuchte Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist zutreffend und wurde vom Beschuldigten zu Recht nicht in Frage gestellt.

Der Beschuldigte ist daher in Anklageziffer 3.a. der versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

#### **IV. Strafzumessung**

Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil zutreffend und ausführlich zum Strafrahmen und zu den allgemeinen theoretischen Komponenten der Strafzumessung geäußert, worauf, um Wiederholungen zu vermeiden, vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 81 S. 22 ff. ).

Mit der Vorinstanz ist die Veruntreuung zum Nachteil von B.\_\_\_\_\_ (Anklageziffer 1.) als gravierendste Tat zu würdigen. Innerhalb des Strafrahmens bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ist das objektive Tatverschulden als noch leicht zu bewer-

ten. So ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Deliktssumme von rund Fr. 38'000.– bestimmungswidrig von seinem Konto auf unberechtigte Konten überwies. Der Beschuldigte handelte dabei eventualvorsätzlich. Die subjektive Tatschwere vermag das objektive Tatverschulden nicht zu relativieren. Die von der Vorinstanz für die vollendete Veruntreuung festgesetzte Einsatzstrafe von 8 Monaten erscheint angemessen.

Ferner ist der Betrug zum Nachteil der E. \_\_\_\_\_ AG zu berücksichtigen. In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Schaden rund Fr. 2'000.– ausmachte. Der Beschuldigte ging relativ geschickt vor, indem er die Vertreter der E. \_\_\_\_\_ AG im Glauben liess, er sei weiterhin zum Bezug von Material auf Rechnung der C. \_\_\_\_\_ AG berechtigt. In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass er die C. \_\_\_\_\_ AG schädigen wollte, welche den Schaden letztlich beglich. Die subjektive Tatkomponente vermag jedoch auch hier die objektive Tatschwere nicht zu relativieren, wollte sich der Beschuldigte nach eigenen Angaben damit schlicht eine Betreuung der C. \_\_\_\_\_ AG ersparen, welche er als aussichtslos einschätzte (vgl. Urk. 67 S. 8). Diese Tat ist in leichtem Umfang strafehöhend zu werten.

Sodann sind die mehrfachen Versuche der Veruntreuung zum Nachteil der C. \_\_\_\_\_ AG zu berücksichtigen. Der Beschuldigte versuchte jeweils, sechs der ihm anvertrauten geflanschten Pumpen an Dritte zu verkaufen, wobei in Ergänzung zu den vorinstanzlichen Erwägungen anzumerken ist, dass er sehr dilettantisch vorging. Insbesondere informierte er die potentiellen Käufer gleich selbst über die Probleme, die den Pumpen anhafteten, nämlich dass er diese als Gegenleistung für nicht bezahlte Rechnungen an sich genommen habe (vgl. Urk. HD 27 S. 3). Sodann ist entgegen der Vorinstanz nicht von einem Deliktsgut von jeweils Fr. 100'000.–, sondern - bei Fr. 5'000.– pro Pumpe - von einem Deliktsbetrag von Fr. 30'000.– für jeden versuchten Verkauf auszugehen. Diese Taten sind folglich leichter als vor Vorinstanz zu gewichten.

Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt wiedergegeben, worauf vorab verwiesen werden kann (Urk. 81 S. 24). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, dass er immer noch als Heizungsmonteur tätig sei. Allerdings arbeite er nun alleine und habe

keine Angestellten mehr. Er habe mit der Firma L. \_\_\_\_\_ AG aus ... einen Jahresvertrag als Unterakkordant und verdiene ca. Fr. 52.-- pro Stunde. Er wolle nie mehr Direktaufträge entgegen nehmen, sondern nur noch seine Hände verkaufen (Prot. II S. 8 ff.).

Mit der Vorinstanz ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Eine besondere Strafeempfänglichkeit ist nicht ersichtlich.

Der Beschuldigte weist drei Vorstrafen auf (vgl. Urk. 84):

Mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern am Albis vom 8. Dezember 2005 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher Veruntreuung, mehrfachen Diebstahls sowie Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 9 Monaten verurteilt, unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, Zweigstelle Affoltern, vom 16. März 2006 wurde der Beschuldigte wegen Drohung mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 33 Tagen bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Januar 2010 wurde der Beschuldigte der mehrfachen Veruntreuung, des mehrfachen Diebstahls, des gewerbmässigen Betrugs, der Drohung, mehrfachen Urkundenfälschung und falschen Anschuldigung schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten, als Teilzusatzstrafe zum erwähnten Urteil des Bezirksgerichts Affoltern am Albis vom 8. Dezember 2005 und zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 16. März 2006 verurteilt. Ferner wurde der bedingte Vollzug jener Strafen widerrufen. Der Beschuldigte wurde am 24. Januar 2011 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen.

Offenbar hielt ihn auch die Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe nicht davon ab, wieder im gleichen Stil zu delinquieren, wie bei jenen Taten, für die er durch das Bezirksgericht Lenzburg verurteilt wurde (vgl. das entsprechende Urteil in den Bezugsakten). Der Beschuldigte muss daher als uneinsichtig und unbelehrbar

bezeichnet werden, weshalb die Vorstrafen deutlich strafferhöhend zu berücksichtigen sind.

Eine weitere, von der Vorinstanz noch berücksichtigte Vorstrafe des Beschuldigten ist mittlerweile gelöscht (vgl. Urk. HD 62, Urk. 84) und darf dem Beschuldigten nicht mehr entgegen gehalten (vgl. Art. 369 Abs. 7 StGB) oder gar strafferhöhend berücksichtigt werden.

Das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des Anklagevorwurfs der vollendeten Veruntreuung ist demgegenüber in mittlerem Umfang strafmindernd zu berücksichtigen. Dass er diese Tat ehrlich bereut, spiegelt sich auch im Umstand wieder, dass er noch im Laufe des Verfahrens damit begann, dem Privatkläger B. \_\_\_\_\_ das Geld zurück zu bezahlen (vgl. Urk. HD 67 S. 7). Marginal strafmindernd wirkt sich zudem aus, dass sich der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung auch betreffend der versuchten Veruntreuung gemäss Anklagepunkt 1.3.b. geständig zeigte.

Weil sich die Strafzumessungsfaktoren insgesamt zu Ungunsten des Beschuldigten auswirken, rechtfertigt sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe auf 12 Monate, wobei nicht unberücksichtigt gelassen wurde, dass Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in der Form der Halbfangenschaft vollzogen werden können (Art. 77b StGB).

Der Anrechnung von einem Tag erstandener Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

#### **V. Vollzug der Strafe**

Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil zutreffend und ausführlich zur Frage des bedingten Vollzugs sowie zu dessen allgemeinen theoretischen Voraussetzungen geäußert, worauf vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 81 S. 24 ff.).

Für einen bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe müssten angesichts der Strafe des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Januar 2010 besonders günstige Umstän-

de vorliegen (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind unter besonders günstigen Umständen solche zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Bei Art. 42 Abs. 2 StGB gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose bzw. des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht. Vielmehr kommt der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters. Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren. Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 6 f. mit Hinweisen).

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält (vgl. Urk. 81 S. 26), haben weder frühere Verurteilungen mit bedingten Strafen noch die Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe den Beschuldigten davon abgehalten, erneut zu delinquieren. Dies geschah teilweise im gleichen Stil, gab sich der Beschuldigte doch auch bei den vom Bezirksgericht Lenzburg zu beurteilenden Taten unberechtigtweise als Mitarbeiter einer Firma aus und bezog von den dergestalt getäuschten Firmen Material (vgl. Urteil in Beizugsakten). Die heute zu beurteilenden Taten stehen somit mit der früheren Verurteilung in engem Zusammenhang.

Auch den anlässlich der Berufungsverhandlung geschilderten aktuellen Verhältnissen lassen sich keine besonders günstigen Umstände im Sinne einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Beschuldigten entnehmen (vgl. Prot. II S. 6 ff.). Selbst wenn der Beschuldigte heute keine Einzelfirma mehr betreibt und keine Angestellten mehr hat, leidet er offenkundig weiterhin un-

ter finanziellen Problemen und hat Konkurrentschulden (vgl. Urk. HD 67 S. 8, vgl. auch Prot. II S. 11).

Mit der Vorinstanz ist daher die Strafe weder ganz noch teilweise aufzuschieben.

## **VI. Zivilansprüche**

Wie dargelegt, schädigte der Beschuldigte die C. \_\_\_\_\_ AG durch den Betrug nur mittelbar. Als Reflexgeschädigte kann ihr daher kein Schadenersatz zugesprochen werden, zumal eine entsprechende Schutznorm fehlt.

Die Zivilforderung der C. \_\_\_\_\_ AG ist unter diesen Umständen auf den Zivilweg zu verweisen, zumal ein entsprechendes Verfahren nach Aussagen der Auskunftsperson I. \_\_\_\_\_ bereits angehoben wurde (vgl. Urk. HD 23 S. 5).

## **VII. Kostenfolgen**

Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung hinsichtlich der Schuldsprüche. Er obsiegt hinsichtlich der Zivilforderung der C. \_\_\_\_\_ AG sowie in Bezug auf die Strafhöhe. Unter diesen Umständen sind die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, zur einen Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten zur anderen Hälfte aufzuerlegen, aber zu erlassen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 425 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 135 Abs. 4 StPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 26. November 2013 bezüglich Dispositivziffer 1 al. 2 sowie al. 3 teilweise (Schuldspruch betreffend Veruntreuung zum Nachteil des Privatklägers B. \_\_\_\_\_ und betreffend versuchte Veruntreuung gemäss Anklagepunkt 1.3.b.), Dispositivziffer 4 (Zivilanspruch Privatkläger B. \_\_\_\_\_) und Dispositivziffer 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig
  - des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB;
  - der versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (Anklagepunkt 1.3.a.).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Privatklägerin C. \_\_\_\_\_ AG wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 7) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 3'000.-- amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt, jedoch erlassen, und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kos-

ten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten.

8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- den Vertreter des Privatklägers B. \_\_\_\_\_ (in Hinblick auf Dispositivziffer 1 des Beschlusses)
- die Privatklägerin C. \_\_\_\_\_ AG

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- die Privatklägerin C. \_\_\_\_\_ AG

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

9. 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, 4. Juli 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Leuthard