

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180343-O/U/cs-ad

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Schärer, Präsidentin, die Oberrichter lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Lin-der

Urteil vom 5. März 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
23. Mai 2018 (DG180041)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Februar 2018 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB,
 - der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sowie
 - der Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes (Tatbegehung ab 10. Februar 2016).
2. Vom Vorwurf der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 500.–.
4. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Spiel- und Kokainsucht) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
6. Es wird die Abnahme einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt und der Beschuldigte verpflichtet, sich innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, Zeughausstrasse 11, Zürich, zur erkennungsdienstlichen Behandlung mit Wangenschleimhautabnahme zu melden. Kommt er dieser Verpflichtung unentschuldigt nicht nach, ist die Kantonspolizei verpflichtet, ihn zwangsweise vorzuführen.

7. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
- Fr. 4'500.00; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 3'000.00 Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 12'182.00 Auslagen (Gutachten)
- Fr. 3'306.60 amtliche Verteidigung RA X2. _____
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der zeitweiligen amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 73 S. 1)
1. Der vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Mai 2018 sei hinsichtlich der Ziffern 1 und 3 bis 8 aufzuheben;
 2. Der Berufungskläger sei schuldig zu sprechen
 - des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB,
 - der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB sowie
 - der Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes (Tatbegehung ab 10. Februar 2016).
 3. Er sei hierfür mit einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten zu bestrafen.
 4. Die Strafe sei bedingt auszusprechen unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
 5. Im Übrigen sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.

6. Es sei die bereits erhobene DNA-Probe und das erstellte DNA-Profil zu vernichten.
 7. Es seien die Verfahrenskosten ausgangsgemäss zu verteilen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(schriftlich, Urk. 60)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

Mir Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 23. Mai 2018 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Betrugs, der Urkundenfälschung sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und mit 30 Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 500.– sanktioniert. Es wurde eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Spiel- und Kokainsucht) angeordnet, ohne den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben (Urk. 44).

Dagegen erhob der Beschuldigte innert Frist Berufung (Urk. 45). Die Berufungserklärung folgte per 29. August 2018 ebenfalls fristgerecht (Urk. 49/2; Urk. 53 inkl. Beilage Urk. 54/1, Schreiben Privatklägerin). Mit Präsidialverfügung vom 31. August 2018 wurde die Verteidigung aufgefordert, die Berufungserklärung hinsichtlich der angefochtenen Punkte zu verdeutlichen (Urk. 55). Dem kam die Verteidigung innert Frist nach: mit der Berufung werde die Schuldigsprechung wegen gewerbsmässigen Betrugs (Art. 146 Abs. 2 StGB) angefochten, nicht aber wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Der Beschuldigte anerkenne den Schuldspruch wegen Urkundenfälschung und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes; nicht bestritten sei der Freispruch gemäss Dispositivziffer 2. Im Übrigen (Ziff. 3 ff.) werde das vorinstanzliche Urteil jedoch angefochten (Urk. 57).

Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung, was bewilligt wurde (Urk. 60).

Vorab ist festzuhalten, dass das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositivziffern 1, Spiegelstriche 2 und 3 (Schuldsprüche betreffend Urkundenfälschung und Übertretung BetmG), sowie 2 (Teilfreispruch), 7 und 8 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

Ursprünglich hatte der Beschuldigte beantragt, sein bisher erbetener Verteidiger Rechtsanwalt X1._____ sei für das Berufungsverfahren neu als amtlicher Verteidiger zu bestellen (Urk. 53). Dieses Ersuchen liess er mit Eingabe vom 25. September 2018 zurückziehen (Urk. 57). Den Rückzug bestätigte Rechtsanwalt X1._____ an der Berufungsverhandlung; es sei der ausdrückliche Wunsch des Beschuldigten, erbeten verteidigt zu sein (Urk. 73 S. 4; Prot. II S. 6).

Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte, sein Verteidiger sowie die Privatklägerin, die als Auskunftsperson befragt wurde (Prot. II S. 4 ff.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Sachverhalt

Im Berufungsverfahren stellt sich unter diesem Titel noch die Frage, wie weit der Anklagesachverhalt betreffend gewerbsmässigen Betrug als erstellt zu erachten ist. Dem Beschuldigten wird dabei zusammengefasst vorgeworfen (Dossier Nr. 1 der Anklage), in der Zeit von 1. Juni 2014 bis 17. August 2016 die Privatklägerin um rund Fr. 245'000.– betrogen zu haben. Er habe das zwischen ihm und der Geschädigten bestehende Vertrauensverhältnis ausgenutzt und unwahre Geschichten erfunden, um an ihr Geld zu kommen. Er habe von Anfang an gewusst, dass er das Geld nicht wie versprochen werde zurückgeben können. Die Geschädigte sei von der Gesamtsituation unter Druck gesetzt und überfordert gewesen. Sie habe ihm aufgrund des Vertrauensverhältnisses geglaubt, dass er das Geld wie versprochen zurückzahlen werde (Urk. 24).

Der Beschuldigte hat stets anerkannt, dass er von der Geschädigten, nachdem er seine Stelle bei der B. _____ verloren hatte, regelmässig Geld erhalten habe, um seine Rechnungen und ähnliches zu zahlen. Es seien jeweils Beträge von mehreren tausend Franken, insgesamt über Fr. 200'000.– gewesen. Es sei abgemacht gewesen, dass er das Geld einmal zurückzahle. Am Anfang sei auch ein Vertrauensverhältnis da gewesen, er sei ihr Pfleger gewesen und es habe sich eine Art Freundschaft zwischen ihnen entwickelt. Die Geschädigte habe ihm das Geld aber nicht einfach so gegeben, sondern Vorgaben gemacht und von ihm verlangt, dass er den Erhalt der entsprechenden Gelder unterschriftlich bestätige. Er sei immer ehrlich zu ihr gewesen und habe ihr gesagt, dass er kein Geld und keine Arbeit habe. Sie habe auch nie gesagt, wann genau er das Geld zurückzahlen müsse. Erst am Schluss, als die Privatklägerin misstrauisch geworden sei und ihr Geld zurückwolle, habe er sie angelogen. Er sei kreativ geworden und habe fingierte E-Mails und gefälschte Schreiben ins Spiel gebracht, um von ihr weiterhin Geld zu erhalten (zu den Aussagen insgesamt: D1 Urk. 5 S. 2 f.; D1 Urk. 7 S. 2 und 5 f.; Prot. I. S. 10 ff.). Diesen Standpunkt vertrat der Beschuldigte auch an der Berufungsverhandlung (Prot. II. S. 16).

Die Privatklägerin sagte in der Untersuchung, sie habe dem Beschuldigten geglaubt, als er ihr gesagt habe, er brauche das Geld zum Leben. Das Geld sollte er einmal zurückzahlen, wenn es ihm besser gehe. Ein genaues Datum sei nicht vereinbart gewesen. Sie habe gehofft, er finde Arbeit und könne dann zahlen. Als er sie immer wieder vertröstet habe, ohne je Rückzahlungen zu leisten, habe sie die Geldübergaben quittieren lassen. Auf die Frage, ob sie ihm ursprünglich vertraut habe, meinte sie, es sei unterschiedlich gewesen, manchmal schon, manchmal nicht. Heute würde sie so etwas aber nicht mehr machen. Sie habe sich ausnutzen lassen, sei aber selber schuld (D1 Urk. 9, u.a. S. 20 f.).

Nachdem die Privatklägerin, ohne an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung teilgenommen zu haben, vom Urteil des Bezirksgerichtes Kenntnis erhalten hatte, verfasste sie am 25. Mai 2018 einen handschriftlichen Brief zuhanden des Gerichtes und äusserte sich wie folgt: Sie sei erschrocken über das erstinstanzliche Urteil und die Strafe. Sie ärgere sich, nicht zur Gerichtsverhandlung erschienen zu

sein. Entgegen der Ansicht von Staatsanwaltschaft und Gericht sei sie bei klarem Verstand, auch heute mit 76 Jahren. Sie habe dem Beschuldigten von Juni 2014 bis April 2016 immer wieder Geld gegeben. Er sei in einer schwierigen finanziellen Situation gewesen, sie habe ihm helfen wollen. Ihr sei bewusst gewesen, dass er ihr das Geld allenfalls nicht mehr zurückzahlen könne. Auch wenn sie das Geld natürlich zurückgewollt habe, sei ihr das Risiko eines Verlusts dennoch bewusst gewesen. Sie habe zwar nicht gewusst, dass er viel Geld verspielt habe, sie habe aber auch nicht danach gefragt; sie hätte ihm trotzdem geholfen. Erst ab April 2016, als sie ihm kein weiteres Geld geben wollte, habe er ihr eine falsche Geschichte erzählt, worauf sie nochmals gezahlt habe. Nur ganz am Schluss habe er sie getäuscht (Urk. 54/1).

An der Berufungsverhandlung bestätigte die Privatklägerin als Auskunftsperson befragt, sie habe den entsprechenden Brief geschrieben, der Inhalt sei richtig. Sie wolle weiterhin nicht, dass A._____ (der Beschuldigte) verurteilt werde, das nütze niemandem etwas. A._____ sei immer offen zu ihr gewesen, aber dann habe er gelogen und die Geschichte mit einem angeblichen Herrn C._____ vorgeschoben. Ab dann habe sie sich betrogen gefühlt. Sie fühle sich heute aber nicht mehr betrogen, weil nun alles mit rechten Dingen zu und her gehe. Sie erhalte regelmässig Rückzahlungen, dies laufe über den Verteidiger des Beschuldigten, zu beiden habe sie ein gutes Verhältnis. Insgesamt habe sie bisher Fr. 5'000.– vom Beschuldigten zurück erhalten. Sie habe ihm damals Geld gegeben, damit er aus seinen Schwierigkeiten herauskomme. Der Beschuldigte seinerseits habe ihr eigentlich nichts versprochen; sie habe ihm helfen wollen. Die Zahlungen habe sie damals (Ende April 2016) von sich aus eingestellt, weil sie (finanziell) auch für sich selbst habe schauen müssen (Prot. II. S. 24 ff.).

Folglich hat sich die Geschädigte unmissverständlich und glaubhaft dahin geäußert, hinsichtlich sämtlicher Zahlungen bis April 2016 nicht getäuscht worden zu sein. Sie wusste, dass der Beschuldigte kein Geld hatte und dieses zum Leben brauchte. Sie war sich des Risikos, das Darlehen zu verlieren, zudem stets bewusst. Dem Beschuldigten kann für den Zeitraum 1. Juni 2014 bis und 26. April 2016 folglich keine arglistige Täuschung zur Last gelegt werden.

Hingegen ist bei den verbleibenden vier Zahlungen von 2. Mai 2016 bis 17. August 2016 im Gesamtbetrag von Fr. 34'000.– davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Geschädigte mit falschen Angaben, teils mit gefälschten Urkunden, getäuscht hat. Der Beschuldigte hat dies auch an der Berufungsverhandlung anerkannt; ab dem 2. Mai 2016 seien es Lügengeschichten gewesen (Prot. II S. 19). Im Übrigen deckt sich das Geständnis mit dem Untersuchungsergebnis: die entsprechenden Zahlungsbelege korrespondieren mit den gefälschten Urkunden (D1 Urk. 9, Anhang 1.7, 1.8 und 1.13; D1 Urk. 11/2, Anhang 2.3 und 2.4).

III. Rechtliche Würdigung

Die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zum Tatbestand des Betrugs sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 51 S. 14 ff.).

Dem erstellten Sachverhalt zufolge kann hinsichtlich der Zahlungen bis 26. April 2016 nicht von arglistiger Täuschung im Sinne des Betrugstatbestands ausgegangen werden: der Geschädigten war das Verlustrisiko bekannt. Sie hat (gemäss eigenen Aussagen) bis zum 26. April 2016 in eigener Verantwortung und nicht auf Täuschung des Beschuldigten hin gehandelt, als sie ihm die entsprechenden Beträge auszahlte. Es erübrigt sich diesbezüglich auch, die versuchte Tatbegehung zu prüfen, denn Arglist müsste beim versuchten Betrug ebenso vorliegen (BGer 6B_717/2012, E. 3.7).

Ab Mai 2016 legte der Beschuldigte der Geschädigten anerkanntermassen gefälschte Urkunden vor, um sie zu weiteren Zahlungen zu bewegen. Er versetzte sie damit in den falschen Glauben, dass er eine grössere Zahlung erwarte, und damit auch die Darlehensschuld tilgen zu können (vgl. D1 Urk. 11/2, Anhang). Dem war nicht so; eine solche Zahlung an den Beschuldigten stand nie in Aussicht. Hinsichtlich der Zahlungen ab Mai 2016 ist deshalb von arglistiger Täuschung auszugehen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht hinsichtlich Gewerbsmässigkeit vom Begriff des berufsmässigen Handelns aus. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet,

aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Eine quasi "nebenberufliche" deliktische Tätigkeit kann genügen. Wesentlich für die Annahme von Gewerbsmässigkeit ist, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben. Es ist nach wie vor notwendig, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und dass aufgrund seiner Taten geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Taten bereit gewesen (BGE 119 IV 129, 132 f.).

Der Beschuldigte hat die Geschädigte mehrfach getäuscht und dazu gebracht, weitere Beträge an ihn zu zahlen (die letzten vier Zahlungen gem. Anklage). Im Zeitraum von ca. 4 Monaten erhielt der Beschuldigte von der Geschädigten insgesamt Fr. 34'000.–. Umgerechnet auf einen Monat entspricht dies durchschnittlich einem Betrag von Fr. 8'500.–, demnach ein beträchtliches Einkommen, auf das der Beschuldigte ohne Arbeit und Ersparnisse angewiesen war, was er selbst auch bestätigt hat. Diese Umstände und die damals fehlende Aussicht auf Verbesserung seiner finanziellen Lage lassen insgesamt den Schluss zu, er hätte auch fortgesetzt täuschende Mittel eingesetzt, um von der Geschädigten Geld zu erhalten.

Somit ist der Beschuldigte hinsichtlich der vier Zahlungen zwischen 2. Mai 2016 und 17. August 2016 im Betrag von insgesamt Fr. 34'000.– des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB schuldig zu sprechen. Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs begangen zwischen 1. Juni 2014 und 26. April 2016 ist der Beschuldigte hingegen freizusprechen.

IV. Strafzumessung

Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts) gemäss der Änderung vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten (AS 2016 1249). Der Beschuldigte hat die zu beurteilende Straftat vor Inkrafttreten des neuen Rechts verübt. Nach Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach neuem Recht nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, ist das neue Recht anzuwenden, wenn es für den Täter milder ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Ob das neue Recht das mildere ist, hat das Gericht nach der konkreten Methode zu ermitteln (DONATSCH, Kommentar StGB, 20. Auflage 2018, Art. 2 N 10).

Der Beschuldigte ist – wie zu zeigen sein wird – für den gewerbsmässigen Betrug mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten zu bestrafen. Die Bestrafung mit einer Geldstrafe fällt unabhängig von der Verschuldensbewertung ausser Betracht. Die Gewährung des bedingten Strafvollzugs hängt nicht von der im neuen Recht günstiger ausgestalteten Voraussetzung gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB ab. Eine Gesamtstrafbildung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB, die zu einem für den Täter günstigeren Ergebnis führt, steht vorliegend nicht zur Diskussion. Das geltende (neue) Sanktionenrecht hat folglich für den Beschuldigten keinen positiven Effekt. Die Sanktion ist gestützt auf die im Tatzeitpunkt geltenden Bestimmungen festzulegen.

Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung zutreffend dargelegt, darauf kann verwiesen werden (Urk. 51 S. 24 ff.). Der Strafraum beim gewerbsmässigen Betrug erstreckt sich gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB von Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe.

Zur objektiven Tatschwere des gewerbsmässigen Betrugs ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte mit vier Tathandlungen über vier Monate und einem Deliktsumbetrag von total Fr. 34'000.– im unteren Bereich der Fälle bewegt, die im Rahmen des gewerbsmässigen Betrugs denkbar sind. Doch ist nicht zu verkennen, dass er

das Vertrauen der Geschädigten, die stets um sein Wohlergehen bekümmert war und ihn grosszügig unterstützt hat, letztlich schamlos ausnutzte. Dieser Umstand kann aber nur gering gewichtet werden, zumal er im Tatbestandsmerkmal der arglistigen Täuschung weitgehend enthalten ist. Objektiv ist von einem leichten Verschulden auszugehen.

Bei der subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der Beschuldigte aus egoistischen, finanziellen Motiven handelte, vor allem um seine Spiel- und Kokainsucht zu finanzieren (Urk. 51 S. 28). Gegenüber der hilfsbereiten Geschädigten hat er sich rücksichtslos verhalten. Subjektiv wiegt das Verschulden insoweit nicht mehr leicht.

Angesichts der beim Beschuldigten gutachterlich festgestellten Spiel- und Kokain-sucht ist allerdings von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit auszugehen, was die Vorwerfbarkeit der Tat entsprechend relativiert (Urk. 13/2 S. S. 64 f.). Insgesamt ist deshalb von einem leichten Verschulden auszugehen. Es erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von rund einem Jahr angemessen.

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass der mehrfachen Urkundenfälschung bei der Strafzumessung wenig eigenständige Bedeutung zukommt, zumal sie vom Unrechtsgehalt des Betrugs weitgehend gedeckt ist. Die Tatmehrheit erweist sich deshalb nur marginal strafehöhend aus.

Was die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Beschuldigten betrifft, ist auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen. Der Beschuldigte ist ohne Zweifel in schwierigen Verhältnissen aufgewachsen, trotzdem sind diese Faktoren bei der Strafzumessung letztlich neutral zu werten (Urk. 51 S. 28 ff.).

Auch hinsichtlich der Vorstrafen sind die Ausführungen der Vorinstanz zutreffend (Urk. 51 S. 30 f.). Der Beschuldigte hat drei Vorstrafen. Mit Urteil vom 3. November 2015 wurde er wegen mehrfachen Diebstahls und betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage zu einer (teilbedingten) Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt, 60 Tagessätze wurden bedingt ausgesprochen (im Übrigen war die Strafe zu vollziehen), unter Ansetzung einer Probezeit von vier

Jahren (Urk. 71). Insbesondere diese Vorstrafe ist teilweise einschlägig und bei der Strafzumessung leicht erhöhend zu beachten.

Der Beschuldigte hat von Beginn an eingestanden, die Geschädigte hinsichtlich der letzten Zahlungen getäuscht zu haben. Damit hat er das Verfahren insgesamt vereinfacht. Gewisse Reue und Einsicht sind gegeben; zudem möchte er die Darlehensschuld gegenüber der Geschädigten in Raten zurückzahlen (Prot. I S. 15; D1 Urk. 7 S. 8, 10). Dies hat er auch anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigt und bisher Fr. 5'000.– aus seinem Einkommen zurückbezahlt (Prot. II S. 10). Des Weiteren räumte er ein, sein Verhalten ihr gegenüber sei unverschämt gewesen, es tue ihm leid, er wolle es wieder gut machen (Prot. II S. 14 und 29). Sein Nachtatverhalten ist insgesamt deutlich strafmindernd zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung sämtlicher strafzumessungsrelevanten Faktoren erscheint eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten angemessen. Auf eine Geldstrafe ist nicht zu erkennen, denn der Beschuldigte wurde bereits zuvor mit teilweise zu vollziehenden Geldstrafen bestraft (vgl. Urk. 71), was ihn nicht davon abgehalten hat, erneut straffällig zu werden.

Letztlich ist festzuhalten: Der Beschuldigte hat die von der Vorinstanz verhängte Busse von Fr. 500.– für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes nicht beanstandet. Die Busse ist unter Verweis auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu bestätigen (vgl. Urk. 51 S. 32).

V. Vollzug und Massnahme (Weisung)

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig scheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Im Bereich von 10 Monaten Freiheitsstrafe ist der bedingte Vollzug die Regel. Die günstige Prognose wird dabei vermutet.

Der Beschuldigte ist zwar vorbestraft, teils einschlägig, doch handelt es sich um geringe Verfehlungen, welche jeweils mit Geldstrafen unter 180 Tagessätzen und/oder Bussen sanktioniert wurden. Eine Freiheitsstrafe hat der Beschuldigte

noch nie erhalten. Somit müssen für einen Aufschub der Strafe auch keine besonders günstigen Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegen.

Die heute zu beurteilende Tat steht im Zusammenhang mit der Spiel- und Kokain-sucht des Beschuldigten. Das psychiatrische Gutachten von Januar 2018 ging hinsichtlich weiterer Straftaten von einer hohen Rückfallsgefahr beim Beschuldigten aus. Durch eine erfolgreiche Therapie liesse sich die Legalprognose jedoch verbessern (vgl. dazu Urk. 13/2 S. 64 ff.). Hierzu ist folgendes anzumerken: Seit Ende 2017 hat sich der Beschuldigte wohl verhalten, d.h. keine weiteren Straftaten begangen. Nach eigenen Angaben lebt er seit zwei Jahren spiel- und kokain-abstinent. Per 30. Mai 2017 begann er eine Therapie im Zentrum D._____ (betreut von Herrn lic. phil. E._____). Bereits im ersten Therapiebericht wurden dem Beschuldigten erhebliche Fortschritte und ein klar verbessertes Suchtverhalten attestiert (Urk. 37).

Die Behandlung hat er bis heute freiwillig und erfolgreich fortgesetzt. Der aktuelle Therapiebericht bestätigt diese positive Entwicklung. Die Sitzungsfrequenz konnte per 2019 von zwei Mal wöchentlich auf ca. alle vier Wochen verringert werden. Mit zunehmender Abstinenz und sich verbessernden Perspektiven könne von einer günstigen Prognose für den Beschuldigten ausgegangen werden (Urk. 72).

Der Beschuldigte bestätigte an der Berufungsverhandlung, die Therapie fortführen zu wollen, diese habe ihm geholfen, von der Drogen- und Spielsucht wegzukommen. Das Kapitel Spielen sei für ihn abgeschlossen. Er habe verstanden, dass er sich der Gesellschaft anpassen und seinen Lebensunterhalt legal bestreiten müsse. Er habe derzeit eine geregelte Teilzeit-Anstellung und verdiene netto Fr. 3'000.– pro Monat. Er hoffe, sein Pensum auf 100% erhöhen zu können. Allenfalls sei ein Job-Wechsel in die Firma des Bruders im Software-Bereich vorgesehen. Er bezahle regelmässig, so gut dies gehe, seine Schulden ab; auch bei der Geschädigten (Prot. II S. 8 ff.).

Unter diesen Umständen, insbesondere unter Fortführung der Therapie, kann beim Beschuldigten trotz Vorstrafen und diagnostizierter Persönlichkeitsstörung noch von einer günstigen Legalprognose ausgegangen werden. Als letzte Chan-

ce, um sich zu bewähren und die bisher erreichte positive Entwicklung fortführen zu können, ist ihm deshalb der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren. Den verbleibenden Bedenken ist mit einer Probezeit von 5 Jahren zu begegnen.

Dem Beschuldigten ist dabei die Weisung zu erteilen, die bereits laufende Therapie im Zentrum D. _____ fortzuführen, solange als es die behandelnde Fachperson für notwendig erachtet. Der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, dass die Missachtung der Weisung zum Widerruf der bedingten Strafe führen kann, wenn ernsthaft zu erwarten ist, dass er erneut Straftaten begeht (Art. 95 Abs. 5 StGB). Von der formellen Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB ist unter diesen Umständen abzusehen.

Von der Abnahme einer DNA-Probe und der Erstellung eines DNA-Profiles des Beschuldigten ist abzusehen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung wurde eine entsprechende Probe noch nicht abgenommen resp. ein solches Profil noch nicht erstellt (vgl. Antrag auf Vernichtung gem. Urk. 73 S. 1). Die entsprechenden Voraussetzungen gemäss Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes bzw. von Art. 257 StPO sind nicht erfüllt; weder wurde der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt (lit. a) noch wurde eine therapeutische Massnahme angeordnet (lit. c).

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte dringt mit seiner Berufung teilweise durch (vgl. Teilfreispruch, beantragt hatte er jedoch eine weit tiefere Strafe als heute auszufällen ist). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren sind dem Beschuldigten deshalb zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten für die erbetene Verteidigung im Berufungsverfahren resp. für seine Aufwendungen hierfür von Amtes wegen eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen (vgl. Art. 429 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 23. Mai 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1, Spiegelstriche 2 und 3 (Schuldsprüche betreffend Urkundenfälschung und Übertretung BetmG), sowie 2 (Teilfreispruch), 7 und 8 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist ferner schuldig des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB.
2. Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs begangen zwischen 1. Juni 2014 und 26. April 2016 wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
6. Dem Beschuldigten wird die Weisung erteilt, die bereits laufende Therapie im Zentrum D._____ (Zürich) so lange weiterzuführen, als es die behandelnde Fachperson (derweil Herr lic. phil. E._____) für notwendig erachtet, längstens aber für die Dauer der Probezeit.

Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich wird ersucht, die Einhaltung der Weisung zu überwachen.

7. Von der Abnahme einer DNA-Probe und der Erstellung eines DNA-Profiles wird abgesehen.

8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
10. Dem Beschuldigten wird für die anwaltliche Vertretung im Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Privatklägerin F. _____ (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Privatklägerin F. _____
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

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

- die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen, insbesondere an das Amt für Wirtschaft und Arbeit hinsichtlich Disp. Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils)
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste unter Hinweis auf Disp. Ziff. 6
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

12. 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

Bundesgerichts (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, 5. März 2019

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Schärer

lic. iur. Linder