

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200031-O/U/as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Langmeier, Präsident, Oberrichter lic. iur. Spiess
und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiber MLaw
Baur

Urteil vom 12. November 2020

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...

Privatkläger und Berufungskläger

1 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X. _____

sowie

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin

gegen

B. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **mehrfachen Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
22. Oktober 2019 (DG170282)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 17. Oktober 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 74).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung im Sinne von Art. 105 AVIG.
2. Vom Vorwurf des mehrfachen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB sowie vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu CHF 40.– als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 29. August 2013 ausgefallten Strafe.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Es wird vorgemerkt, dass die von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 12. Dezember 2016 verfügte Kontensperre der auf den Beschuldigten lautenden Bankkonten 1, 2, 4 und 5 sowie des auf den Beschuldigten lautenden Wertschriftendepots 7 bei der C._____ [Bank] mit Verfügung vom 21. August 2018 aufgehoben und die Konten und das Wertschriftendepot saldiert und aufgehoben wurden.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Dezember 2016 gesperrten Vermögenswerte bei der D._____ AG werden beschlagnahmt und soweit benötigt zur Deckung der dem Beschuldigten auferlegten Verfahrenskosten verwendet. Ein allfälliger Mehrbetrag wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

7. Der Ordner des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen wird nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils an den Beschuldigten herausgegeben.
8. Der Antrag auf Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe sowie Erstellung eines DNA-Profiles wird abgewiesen.
9. Der Privatkläger 1 (A._____) wird mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
10. Dem Privatkläger 1 (A._____) wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
11. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird für seine Aufwendungen als amtliche Verteidigung mit Fr. 17'700.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
12. Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird für seine Aufwendungen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Privatklägers 1 (A._____) mit Fr. 30'346.25 (inkl. MwSt. und Barauslagen), abzüglich der bereits geleisteten Akontozahlung von Fr. 10'000.–, aus der Gerichtskasse entschädigt.
13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 5'000.–; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 3'000.– Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. 1'500.– Kosten Beschwerdeverfahren UE150302
 - Fr. 17'700.– amtliche Verteidigung
 - Fr. 30'346.25 unentgeltlicher Rechtsbeistand (RA X._____)Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
14. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft, werden dem Beschuldigten zu 1/20 auferlegt und im übrigen Umfang auf die Gerichtskasse genommen.

15. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens UE150302 vor dem Obergericht des Kantons Zürich werden vollumfänglich auf die Gerichtskasse genommen.
16. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt mit Bezug auf die amtliche Verteidigung eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 1/20.

Berufungsanträge:

a) Privatkläger 1

(Urk. 201 S. 1 f.)

- I. Die Ziffern 1-2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 22. Oktober 2019 (Geschäfts-Nr. DG170282-L) seien abzuändern und der Berufungskläger schuldig zu sprechen des mehrfachen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, eventualiter der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, sowie des Vergehens gegen das Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 105 AVIG).
- II. Ziffer 3 des Urteils sei abzuändern und der Berufungsbeklagte innerhalb der Strafraumen für mehrfachen Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB), eventualiter mehrfache Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), und Vergehen gegen das Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 105 AVIG) angemessen zu bestrafen.
- III. Ziffer 4 des Urteils sei abzuändern und es sei unter Einbezug der zu berücksichtigenden Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB) resp. der Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) sowie des Vergehens gegen das Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 105 AVIG) über einen allfälligen bedingten Strafvollzug zu befinden.
- IV. Ziffer 6 des Urteils sei anzupassen und die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Dezember 2016 gesperrten Vermögenswerte bei

der D._____ AG seien zu beschlagnahmen und soweit nicht zur Deckung der Verfahrenskosten benötigt im Mehrbetrag nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils an den Berufungskläger 1 herauszugeben.

- V. In Abänderung von Ziffer 8 des Urteils sei dem Berufungsbeklagten eine DNA-Probe abzunehmen und ein DNA-Profil zu erstellen.
- VI. Der Berufungsbeklagte sei in Abänderung von Ziffer 9 des Urteils zu verpflichten, dem Berufungskläger 1 Schadenersatz von CHF 215'363.– zzgl. 5% Zins ab 16. Dezember 2013 zu entrichten.
- VII. Ziffer 10 des Urteils sei abzuändern und dem Berufungskläger eine Umtriebsentschädigung von CHF 22'840.00 zuzusprechen.
- VIII. In Abänderung der Ziffern 12-13 des Urteils sei die Entschädigung von Rechtsanwalt X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Berufungsklägers festzulegen auf CHF 46'346.25 (inkl. MwSt. und Barauslagen), abzüglich bereits geleisteter Zahlungen von CHF 30'346.25.
- IX. Ziffer 14 des Urteils sei abzuändern und die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft gänzlich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
- X. Die Kosten des obergerichtlichen Gerichtsverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung und unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft vor dieser Instanz seien gänzlich dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 203 S. 1)

- 1. Auf die Berufung des Privatklägers 1 sei hinsichtlich Ziff. I 1. Satz, Ziff. II, Ziff. III und Ziff. V des Rechtsbegehrens nicht einzutreten.
- 2. Im Übrigen sei die Berufung abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Privatklägers 1.

- c) des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(Urk. 172 S. 1)

Verzicht auf Antragsstellung

Erwägungen:

I.

a) Dem Beschuldigten wird als mehrfacher Betrug, eventuell mehrfache Veruntreuung vorgeworfen, drei am 30. April 2010, 23. Juli 2011 und 8. August 2013 beim Privatkläger A._____ aufgenommene Darlehen von Fr. 60'000.–, Fr. 98'000.– bzw. € 9'800.– vertragswidrig verwendet zu haben. Statt das Geld gewinnbringend oder zumindest werterhaltend in Finanzmärkten zu investieren, habe er es teilweise für den Aufbau und Betrieb seiner bereits bestehenden, aber umbenannten Firma E._____ und teilweise zur Deckung privater Bedürfnisse verbraucht. Beim Vertragsabschluss habe er dem Privatkläger jeweils verschwiegen, dass er so vorgehen würde. Ein weiterer Anklagepunkt betrifft das Verschweigen eines Zwischenverdienstes gegenüber der Arbeitslosenversicherung und den damit verbundenen unrechtmässigen Bezug von insgesamt Fr. 3'558.40 Stempelgeld.

b) Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, sprach den Beschuldigten am 22. Oktober 2019 des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) schuldig. Es verurteilte ihn deswegen zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 40.–, dies als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 29. August 2013, und setzte die Probezeit auf zwei Jahre

fest. Von den Vorwürfen des mehrfachen Betrugs und der mehrfachen Veruntreuung wurde der Beschuldigte freigesprochen (Urk. 166 S. 39).

b) Gegen dieses Urteil meldeten der Privatkläger A. _____ und dessen Rechtsvertreter rechtzeitig die Berufung an (Urk. 160 und 161; Art. 399 Abs. 1 StPO). Die Berufungserklärung erfolgte ebenfalls fristgerecht (Urk. 168, vgl. Urk. 165/3; Art. 399 Abs. 3 StPO). Der Privatkläger will mit seiner Appellation erreichen, dass der Beschuldigte auch des mehrfachen Betruges, eventualiter der mehrfachen Veruntreuung schuldig gesprochen wird. Er fordert vom Beschuldigten insgesamt Fr. 215'363.– (zzgl. Zins) als Schadenersatz und weitere Fr. 22'840.– als Umtriebsentschädigung. Die bei der D. _____ AG beschlagnahmten Vermögenswerte sollen, soweit sie nicht zur Deckung der Verfahrenskosten benötigt werden, dem Privatkläger zugesprochen werden. Beantragt werden ferner die Abnahme einer DNA-Probe beim Beschuldigten, die Erhöhung des Honorars für die Vertretung des Privatklägers von Fr. 30'346.25 auf Fr. 46'346.25 und die vollumfängliche Kostenauflage zu Lasten des Beschuldigten (Urk. 168 S. 2/3, Urk. 201 S. 2).

c) Mit einem Beweisantrag verlangte der Privatkläger die Edition des im vorinstanzlichen Verfahren erarbeiteten Urteilsentwurfs (a.a.O., S. 5). Diesen Antrag liess er jedoch in der Berufungsverhandlung zurückziehen (Urk. 201 S. 3). Ausserdem liess er eine "bereinigte Honorarnote" (Urk. 169/2) und bezüglich seiner Schadenersatzforderung eine Zins- und Verzugszinsberechnung (Urk. 169/1) einreichen.

d) Die Staatsanwaltschaft teilte dem Gericht nach entsprechender Fristansetzung (Urk. 170) mit, dass sie auf eine Anschlussberufung verzichte und im Berufungsverfahren keinen Antrag stelle (Urk. 172). Sie ersuchte ausserdem um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung. Diesem Gesuch wurde zunächst entsprochen (a.a.O.). Da sich in der Folge der Vertreter des Privatklägers dieser Dispensation widersetzte (Urk. 191), wurde der diesbezügliche Entscheid in Wiedererwägung gezogen und der Staatsanwalt obligatorisch vorgeladen (Urk. 193).

e) Die Berufungsverhandlung wurde am 16. Oktober 2020 durchgeführt (Prot. II S. 8 ff.). Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif.

II.

a) Die Privatklägerschaft ist zur Berufung nur legitimiert, soweit sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Dies ist insbesondere bezüglich des Strafmasses und der Frage des bedingten oder unbedingten Vollzugs der Strafe nicht der Fall (Art. 382 Abs. 2 StPO), was der Vertreter des Privatklägers indes selber erkannt und deshalb präzisiert hat, dass er hierzu keinen Antrag stelle (Urk. 168 S. 4). Mangels Beschwer unzulässig ist aber auch der privatklägerische Antrag, dem Beschuldigten sei eine DNA-Probe abzunehmen (a.a.O, S. 2/3, Ziff. V). Insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

b) aa) Die Festsetzung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands eines Privatklägers vor erster Instanz kann *vom unentgeltlichen Rechtsvertreter* bei der Beschwerdeinstanz angefochten werden (Art. 138 i.V.m. Art. 135 Abs. 3 lit. a StPO). Im Kanton Zürich ist dies die III. Strafkammer des Obergerichts. Gemäss ständiger Praxis überweist diese zwar Honorarbeschwerden ans Berufungsgericht, wenn das erstinstanzliche Urteil auch mit Berufung angefochten wird. Insoweit wäre die erkennende Kammer zur Beurteilung einer solchen Beschwerde zuständig. Diese wäre aber von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ im eigenen Namen und zunächst bei der Beschwerdeinstanz zu führen gewesen. Auf den vorliegenden, im Rahmen der Berufung des Beschuldigten gestellten Antrag auf eine höhere Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters ist zufolge fehlender Legitimation nicht einzutreten.

bb) Beizufügen bleibt, dass auch eine formell korrekt geführte Beschwerde dieses Inhalts sich letztlich als unbegründet erwiese. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass der von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ geltend gemachte Aufwand von über 245 Stunden völlig überrissen und unter keinem Titel zu rechtfertigen ist. Der im vorliegenden Prozess zu klärende Sachverhalt ist einfach struktu-

riert und in wesentlichen Teilen anerkannt. Demgemäss mussten auch nur wenige Einvernahmen durchgeführt werden. Im Übrigen standen rechtliche Fragen im Vordergrund. Dass die Prozessakten dennoch zu einem beträchtlichen Umfang anschwellen, ist einerseits auf den Beizug von Akten eines früheren Verfahrens gegen den Beschuldigten zurückzuführen, welches eingestellt worden war. Ein Sachzusammenhang zwischen dem damals untersuchten und dem vorliegend inkriminierten Sachverhalt war und ist indessen nicht auszumachen. Zu einer weiteren Aufblähung des Aktenkonvoluts und des anwaltlichen Zeitaufwands führten andererseits umfangreiche Bemühungen, nach allenfalls noch vorhandenen Vermögenswerten des Beschuldigten zu forschen. Dabei wäre wegen der Barauszahlung der prozessgegenständlichen Darlehen von vornherein zu erkennen gewesen, dass ein *paper trail* von diesen Krediten hin zu solchen Vermögensbestandteilen nicht vorhanden sein konnte. Demzufolge hätte von vornherein kaum eine Möglichkeit bestanden, deren Herkunft aus den Darlehen des Privatklägers nachzuweisen. Die Suche nach versteckten Vermögenswerten (vgl. hierzu etwa Urk. 1/28 und dazu Urk. 1/31) konnte somit letztlich nur dazu dienen, im Hinblick auf die Durchsetzung der Zivilforderung auf Rückzahlung der Darlehen nach Vollstreckungssubstrat zu suchen. Dies ist aber nicht Aufgabe der Strafverfolgungsorgane und deshalb auch nicht eine solche des unentgeltlichen Geschädigtenvertreters im Strafverfahren. Die Vorinstanz hat unter diesen Umständen die Entschädigung für Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ mit rund Fr. 30'000.– schon eher grosszügig bemessen.

c) Der Privatkläger liess in der Berufungsverhandlung neu vorbringen, dass über den Beschuldigten im Juli 2020 der Privatkonkurs eröffnet worden (und seine Firma schon früher in Konkurs gegangen) sei. Ausserdem sei der Beschuldigte in eine Liegenschaft mit grosszügigen, modernen Loftwohnungen und Ateliers umgezogen (Urk. 201 S. 3). Hierzu und zu einer zwischenzeitlich eingereichten Strafanzeige wegen Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (a.a.O., S. 4) wurden auch Urkunden eingereicht (Urk. 202/1-2). Mangels eines auch nur ansatzweise auszumachenden Sachzusammenhangs mit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ist darauf nicht weiter einzugehen. Dasselbe

gilt für die in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge (Urk. 201 S. 3; Prot. II S. 12).

d) Das bezirksgerichtliche Urteil blieb hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Vergehens gegen das AVIG (Ziff. 1), der Vormerknahme von der Aufhebung von Kontosperrern (Ziff. 5), der Herausgabe eines Ordners an den Beschuldigten (Ziff. 7), des Honorars des amtlichen Verteidigers (Ziff. 11) und der Kostenregelung betreffend das Beschwerdeverfahren UE150302 (Ziff. 15) unangefochten. Es ist insoweit in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab in einem Beschluss festzustellen ist.

III.

1. Im Hinblick auf die Sachverhaltserstellung ist vorab festzuhalten, dass die Anklageschrift den Prozessgegenstand abschliessend umgrenzt. Vorbringen des Appellanten, die damit nichts zu tun haben, sind nicht zu hören. Nicht zu prüfen ist deshalb beispielsweise, ob der Beschuldigte für seine Einzelfirma E'._____ bzw. E._____ seine Steuern korrekt entrichtet (vgl. Urk. 155 S. 3) oder ob er eine ordentliche Buchhaltung geführt hat (a.a.O., S. 7), denn ein diesbezüglicher Verstoss wird ihm im vorliegenden Verfahren nicht vorgeworfen. Erkenntnisse hierzu vermöchten auch nichts Wesentliches zur Erstellung des eingeklagten Sachverhaltes beizutragen, soweit dieser vom Beschuldigten nicht ohnehin anerkannt wird. Mangels eines Sachzusammenhangs mit den nun zu beurteilenden Vorgängen ist ferner irrelevant, ob der Beschuldigte zum Nachteil seiner früheren Arbeitgeberin delinquent hat (a.a.O., S. 6, Urk. 201 S. 9). Ebenso wenig ist auf die in der Untersuchung wiederholt thematisierte Frage einzugehen, ob der Beschuldigte irgendwo noch über bislang unbekannte Vermögenswerte verfüge (vgl. etwa Urk. 86 S. 4-6), denn es ist nicht Aufgabe der Strafbehörden, nach Vollstreckungssubstrat für die Zivilansprüche des Privatklägers zu forschen.

2. Das Darlehen vom 8. August 2013 im Betrag von € 9'800.– erhielt der Beschuldigte ausdrücklich "zum Zwecke der Finanzierung des Lebensunterhaltes (insbesondere Wegfertigung der derzeit bestehenden Verbindlichkeiten) sowie

zum Zwecke des Wiederaufbaues der Investmentfirma E. _____" (Urk. 2/3 Ziff. I). Schon daraus erhellt ohne weiteres, dass das Unternehmen des Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt gescheitert oder zumindest in einem desolaten Zustand war. Es hatten sich bereits Schulden aufgehäuft, die "weggefertigt" werden mussten, und dem Beschuldigten fehlte das nötige Geld für seinen Lebensunterhalt. Von einer Täuschung seitens des Beschuldigten oder einer zweckwidrigen Verwendung des Darlehens kann nicht die Rede sein. Irrelevant sind die Ausführungen des Geschädigtenvertreters, wonach der Beschuldigte – *nach* der Gewährung des Darlehens – gegenüber dem Privatkläger vorgegeben haben soll, zu dessen Gunsten eine Todesfallversicherung abgeschlossen zu haben (Urk. 201 S. 10). Die Vorwürfe des Betrugs wie auch der Veruntreuung sind hinsichtlich dieses dritten Darlehens unbegründet. Der Beschuldigte ist diesbezüglich freizusprechen.

3. a) Der Straftatbestand des Betrugs setzt voraus, dass der Täter den Geschädigten arglistig täuscht und so zu einer Vermögensdisposition – vorliegend der Gewährung von Darlehen – veranlasst, mit welcher sich der Getäuschte am Vermögen schädigt (Art. 146 Abs. 1 StGB). Die Täuschung muss also der Vermögensdisposition vorausgehen und für diese kausal sein. Beim Darlehensbetrug insbesondere liegt eine strafrechtlich relevante Täuschung des Kreditgebers nur vor, wenn der Schuldner schon beim Vertragsabschluss falsche Angaben zur Verwendung des Darlehens macht, um den Kredit überhaupt zu erhalten, oder keinen Willen zur Rückzahlung hat bzw. voraussieht, dass er dazu nicht fähig sein wird, und dies verschweigt (Maeder / Niggli, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019, N 45 zu Art. 146 StGB mit Hinweisen). Ausser Betracht fällt der Tatbestand des Betrugs, wenn der Schuldner erst später zahlungsunfähig wird oder nicht mehr rückzahlungswillig ist, bzw. wenn er sich nachträglich entschliesst, das Darlehen anders zu verwenden als im Vertrag vorgesehen.

b) Der Beschuldigte bestätigte in der Untersuchung, dass er die Darlehen vom 30. April 2010 und 23. Juli 2011 vom Privatkläger – wie in den Darlehensverträgen (Urk. 2/1 und 2/2) vorgesehen – in der Form von Bargeld erhalten hatte (Urk. 1/15/2). Er gab ferner zu, dass er das Geld "aufgebraucht" habe (Urk. 1/15

S. 9), bestritt hingegen, den Privatkläger über die beabsichtigte Verwendung der Darlehen getäuscht oder diese anders als vereinbart verwendet zu haben.

c) Die Vorinstanz erachtete die Aussagen des Beschuldigten, wonach die Initiative zum Abschluss der Darlehensverträge nicht von ihm, sondern vom Privatkläger ausging, für nicht unglaubhaft und stellte deshalb darauf ab (Urk. 166 S. 16). Dies ist nicht zu beanstanden. Nicht überzeugend ist hingegen ihre weitere Erwägung, dass (schon) demzufolge auch keine Absicht des Beschuldigten ersichtlich sei, den Privatkläger über die Verwendung der Darlehensgelder zu täuschen (a.a.O., S. 17). Auch wenn es der Privatkläger war, der sich anerbote, dem Beschuldigten Geld zu leihen, konnte der Beschuldigte beim (späteren) Abschluss eines entsprechenden Vertrages durchaus eine Täuschungsabsicht hegen.

d) aa) Dem Beschuldigten wird insofern eine Täuschung des Privatklägers vorgeworfen, als er diesem verschwiegen habe, dass er die beiden Darlehen vom 30. April 2010 bzw. 23. Juli 2011 nicht wie vereinbart gewinnbringend oder zumindest werterhaltend in Finanzmärkten investieren, sondern teils für den Aufbau und Betrieb seiner Firma, teils für persönliche Bedürfnisse verwenden würde.

bb) Bezüglich des ersten, am 30. April 2010 gewährten Darlehens wurde erst nachträglich, im Zeitpunkt der zweiten Darlehensgewährung, ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt (Urk. 1/27 S. 8). Es bestehen indessen keine Anhaltspunkte dafür, dass ursprünglich ein anderer als der später im rückdatierten Vertrag angegebene Zweck des Darlehens vorgesehen war. Insbesondere deutet entgegen den Vorbringen des Privatklägerversetzers in der Berufungsverhandlung (Urk. 201 S. 4) nichts darauf hin, dass das Geld zunächst beim Beschuldigten hinterlegt und erst später zu einem Darlehen werden sollte. Welchen Sinn eine solche Hinterlegung gehabt haben könnte, bleibt unerfindlich. Im Übrigen wurde der Zweck des Darlehens im Vertrag unpräzise und widersprüchlich formuliert, indem das Geld einerseits für die Gründung einer Investmentfirma verwendet und andererseits an den Finanzmärkten investiert werden sollte. Wieviel davon für den einen bzw. anderen Zweck eingesetzt werden sollte, blieb unbestimmt, obwohl offensichtlich war, dass die zur Firmengründung aufgewendeten Mittel nicht mehr für eine Anlage zur Verfügung stehen würden. Entgegen der Anklage wurde jedenfalls nicht

vereinbart, das Geld ausschliesslich in Finanzmärkten zu investieren. Die Unklarheit des von beiden Parteien schliesslich unterzeichneten Vertragstextes hinsichtlich der Verwendung des geliehenen Geldes war auch für den Privatkläger offensichtlich. Darüber konnte er nicht getäuscht werden.

cc) Im zweiten Vertrag wurde als Darlehenszweck einzig die Gründung einer Investmentfirma genannt. Lediglich der Darlehenszins sollte vom künftigen geschäftlichen Erfolg des Beschuldigten abhängig sein (Urk. 2/2 Ziff. I und III). Weil der Vertrag gar kein Versprechen des Beschuldigten enthielt, die Darlehenssumme ganz oder teilweise an den Finanzmärkten anzulegen, ist eine diesbezügliche Täuschung des Privatklägers ausgeschlossen. Auch hinsichtlich dieses Geldes liess der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung geltend machen, dass das Geld zunächst nicht als Darlehen zu verwenden, sondern im Sinne eines Hinterlegungsvertrages bis zur Firmengründung im Oktober 2011 in einem Bankschliessfach zu deponieren gewesen sei (Urk. 201 S. 4). Tatsächlich steht im Darlehensvertrag (Urk. 2/2), dass das ausgeliehene Geld "bis zur Gründung vorgenannter Firma für Oktober 2011" in einem Bankschliessfach zu deponieren sei. Dies ergibt aber insofern keinen Sinn, als der Beschuldigte schon seit Juni 2009 eine Einzelfirma hatte (Anhang zu Urk. 2/2) und somit keine solche gründen, sondern höchstens den Zweck der bereits bestehenden Firma erweitern und/oder deren Namen ändern musste. Demzufolge benötigte er auch kein Darlehen, um eine Firma zu gründen. Dem Privatkläger war dies bewusst, sagte er doch selber aus, der Beschuldigte habe ihm (vor dem 23. Juli 2011) erzählt, er habe eine erfolgreiche Firma und verfüge über grosse Gelder seitens anderer Kunden (Urk. 1/16 S. 5/6). Musste im Oktober 2011 gar keine Firma gegründet werden, so lässt sich die Vertragsbestimmung betreffend Deponierung des Geldes auf der Bank nur noch so verstehen, dass dieses bis zur (nicht notwendigerweise erst im Oktober 2011 erfolgenden) Verwendung an einem sicheren Ort verwahrt werden sollte. Auch diesbezüglich konnte der Privatkläger nicht getäuscht werden. Im Übrigen ist klar, dass von Anfang an ein Darlehens- und nicht ein Hinterlegungsvertrag abgeschlossen wurde. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Vertrag (nicht erst ab Oktober 2011) eine Verzinsung des Geldes nach Massgabe des Geschäftserfolgs des Beschuldigten vorsah (Urk. 2/2, Ziff. III). Dies passt nicht zu

einer blossen Hinterlegung von Bargeld, bei der kein Ertrag erwirtschaftet werden kann.

e) aa) Als die beiden Darlehensverträge aufgesetzt wurden, wusste der Privatkläger nach dem vorstehend Gesagten, dass die Firma des Beschuldigten schon bestand. Damit war für ihn offensichtlich, dass mit dem Begriff "Gründung" nicht der eigentliche Gründungsakt, sondern vielmehr der Aufbau der Firma, d.h. der nötigen Infrastruktur und eines Kundenstamms, gemeint sein musste. Er gab andererseits auch an, er habe dem Beschuldigten das erste Darlehen gegeben, damit dieser Kunden akquirieren und dabei zeigen könne, dass er *einen Kunden habe*, der bereits soundsoviel bei ihm investiert habe (Urk. 1/16 S. 6). Daraus lässt sich schliessen, dass er einer allfälligen Behauptung des Beschuldigten, bereits viele Kundengelder zu verwalten, keinen Glauben schenkte und diesbezüglich also auch nicht getäuscht wurde. Eine solche Täuschung wirft die Anklage dem Beschuldigten im Übrigen auch gar nicht vor.

bb) Bei dieser Sachlage war die Erwartung des Privatklägers, dass lediglich 2-3'000 Franken in die Firma des Beschuldigten fliessen (Urk. 1/16 S. 7) und dieser den Restbetrag von ca. Fr. 150'000.– an den Finanzmärkten anlegen würde, unrealistisch. Der Aufbau der Firma musste vielmehr bis zum Erreichen der Gewinnschwelle beträchtliche Kosten verursachen, zu deren Bezahlung der Beschuldigte auf das vom Privatkläger geliehene Geld zurückgreifen durfte. Als die beiden Darlehensverträge aufgesetzt und unterzeichnet wurden, wusste der Privatkläger überdies, dass der Beschuldigte soeben seine Arbeitsstelle bei der F. _____ SA verloren hatte. Die Entlassung des Beschuldigten sei das Zeichen dazu gewesen, ihm den Rest des Geldes (i.e. das zweite Darlehen) zu geben (Urk. 1/16 S. 9). Der Privatkläger musste in dieser Situation damit rechnen, dass der Beschuldigte während einer ersten Phase seiner selbständigen Erwerbstätigkeit in Ermangelung eines Gewinns auch seinen Lebensunterhalt aus den Darlehen würde bestreiten müssen. Darin lag keine Zweckentfremdung der Darlehen.

cc) Beizufügen bleibt, dass aus der E-Mail-Nachricht des Privatklägers vom 31. August 2011 (in Urk. 1/18/7) zu Lasten des Beschuldigten nichts abgeleitet werden kann. Zwar wies er den Beschuldigten damals darauf hin, dass das Dar-

lehenkapital nicht angetastet werden dürfe, weil es sich dabei um seine letzte eiserner Reserve handle. Diesem nachgeschobenen (und für ein Darlehensverhältnis aussergewöhnlichen) Begehren fehlte indessen die rechtliche Grundlage, nachdem bei der Gewährung der beiden Darlehen nichts dergleichen vereinbart worden war. Ebenso wenig beinhaltet die Antwort des Beschuldigten, ihm sei bewusst, dass es sich um Darlehen und nicht um eine Beteiligung am Eigenkapital handle (a.a.O.), eine Zusicherung, das Kapital könne nicht verloren gehen. Bei einer stets möglichen Firmenpleite verlieren regelmässig nicht nur die Teilhaber, sondern (wenn auch erst nach diesen) auch die Gläubiger ihr Geld.

f) Selbst wenn die Darlehen klar zweckwidrig verwendet worden sein sollten, müsste für einen Schuldspruch wegen Betrugs überdies der Beweis dafür erbracht werden, dass der Beschuldigte schon bei der Auszahlung der Darlehen beabsichtigte, diese für seinen Lebensunterhalt zu verbrauchen, ohne je eine ernsthafte Geschäftstätigkeit aufnehmen zu wollen. Die Tatsache, dass er mit seiner Firma scheiterte und deshalb nicht mehr in der Lage war, die Darlehen zurückzuzahlen, ist diesbezüglich für sich allein nicht beweisbildend, sondern begründet allenfalls einen entsprechenden Anfangsverdacht. Ein belastendes Indiz ist in den wenig detaillierten, einander teilweise widersprechenden und zudem grösstenteils nicht mit Belegen untermauerten Aufstellungen des Beschuldigten über die Verwendung der Darlehensgelder (Urk. 1/18/1 und 1/21/1) zu erblicken. Auch vermochte er keine Buchhaltung vorzulegen und war er nicht in der Lage, plausible Angaben zur Verwendung des geliehenen Geldes zu machen. Demzufolge kann nicht im Detail nachgeprüft werden, wie es zum behaupteten geschäftlichen Misserfolg kam. In den Akten finden sich aber immerhin Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte tatsächlich geschäftliche Aktivitäten entfaltete. So liegen etwa aus dem Jahr 2010 Abrechnungen der G._____ [Bank] über eine Wertschriften- und eine Devisentransaktion vor (Urk. 1/21/11), nahm der Beschuldigte in den Jahren 2011 und 2012 nachweislich Dienstleistungen von H._____ in Anspruch (Urk. 1/18/2 und 1/21/2) und liess er seine Firma im November 2012 in einem Telefonbuch eintragen (Urk. 1/18/5). Auch schloss er sich einer Selbstregulierungsorganisation für Finanzintermediäre an (Urk. 1/21/8). Das Vorbringen des Privatklägers, die letztgenannte Aufwandposition betreffe nicht den deliktsrelevan-

ten, sondern einen späteren Zeitraum (Urk. 201 S. 7), ist aktenwidrig. Die vorliegenden Rechnungen (in Urk. 1/21/8) stammen grösstenteils aus den Jahren 2010 bis 2013 und somit aus der anklagerelevanten Zeit. Zutreffend ist hingegen, dass die nachgewiesenen Zahlungen an die I. _____ erst 2014 und 2015 erfolgten, als die prozessgegenständlichen Darlehen schon verbraucht waren (Urk. 1/21/9). Sie belegen aber immerhin, dass der Beschuldigte entgegen den Ausführungen des Geschädigtenvertreters (Prot. II S. 20) zumindest als Finanzintermediär bei der Aufsichtsbehörde erfasst war, was wiederum ein deutliches Indiz dafür ist, dass er sich auch tatsächlich in diesem Geschäftsbereich betätigte. Alle diese Umtriebe und Aufwendungen wären sinnlos gewesen, wenn der Beschuldigte gar keine Investmentfirma hätte aufbauen wollen. Entgegen den Ausführungen des Appellanten (Urk. 201 S. 5) konnten diese Aufwendungen spätestens ab Juli 2011 auch nicht mehr im Zusammenhang mit Anlagegeschäften für Kunden der F. _____ SA stehen, da der Beschuldigte dort ausgeschieden war.

g) Zutreffend ist, dass der Beschuldigte angab, ab September 2011 bis 2014 an der J. _____ studiert zu haben. Nicht widerlegen lässt sich indessen seine weitere Aussage, dass ihn dieses Studium nur zu 50 % ausgelastet habe (Urk. 1/15 S. 19). Daneben war es ihm entgegen der Auffassung des Privatklägers (Urk. 201 S. 5) insbesondere nach seiner (im Juli 2011 erfolgten) Trennung von der F. _____ SA durchaus möglich, eine Investmentfirma aufzubauen. Für die dabei geleistete Arbeit konnte er eine Entlohnung beanspruchen. War seine Einzelfirma an seiner Privatadresse domiziliert, durfte er zumindest einen Teil der Mietkosten der Firma belasten.

h) Der Privatkläger lässt vorbringen, dass der Beschuldigte die Darlehensgelder jeweils umgehend verprasst habe. So habe er, nachdem er am 30. April 2010 das erste Darlehen von Fr. 60'000.– erhalten habe, bis zum 17. Mai 2010 drei Bezüge von insgesamt Fr. 54'500.– getätigt. Nach der am 23. Juli 2011 erfolgten Auszahlung des zweiten Darlehens von Fr. 98'000.– habe er mittels einer Vergütung und einer Bareinzahlung bis zum 17. November 2011 insgesamt Fr. 99'416.54, also den ganzen Darlehensbetrag, auf private Konten verschoben und hernach für seine private Lebensführung verbraucht (Urk. 201 S. 8). Diese

Transaktionen soll der Beschuldigte über seine G. _____-Konti CH1, CH2 (in Schweizer Franken) und CH3 (in Euro) abgewickelt haben (vgl. Urk. 1/20 S. 10-12). Die diesbezüglichen Behauptungen des Privatklägers sind insofern relevant, als ein solches Verhalten des Beschuldigten, wenn es denn erwiesen wäre, ein gewichtiges Indiz dafür bildete, dass er von Anfang an mit betrügerischer Absicht handelte.

i) Eine Sichtung der bei den Akten liegenden Kontoauszüge ergibt mit Ausnahme eines Betrags von Fr. 5'000.–, den der Beschuldigte am 7. Februar 2011 zu Lasten seines Privatkontos CH1 in der "K. _____ Bar" im ... Quartier ausgab, keine Hinweise auf einen besonders luxuriösen oder ausschweifenden Lebensstil des Beschuldigten. Diesbezüglich kam es in den Wochen und Monaten nach der Entgegennahme der beiden Darlehen vom 30. April 2010 und 23. Juli 2011 auch nicht zu einer auffälligen Veränderung.

j) Der Beschuldigte erhielt die Darlehenssummen vom Privatkläger bar ausbezahlt (Urk. 2/1 und 2/2, jeweils Ziff. I). Wenn er das Geld rasch verprassen wollte, bestand für ihn kein Anlass, es zunächst noch auf ein eigenes Bankkonto einzuzahlen. Wann, wo und in welchem Umfang er das Bargeld allenfalls als solches für vertragswidrige Zwecke ausgab, lässt sich naturgemäss anhand von Kontoauszügen nicht eruieren. Es bestehen aber auch sonst keine konkreten Beweise für solche Ausgaben.

k) In den erwähnten Kontoauszügen sind am 3. Mai 2010 eine Bareinzahlung von Fr. 20'000.– (Konto CH1) und am 17. Mai 2010 eine solche von Fr. 19'000.– (Konto CH2) verzeichnet. Bei der am 14. Mai 2010 auf dem Konto CH1 verbuchten Transaktion im Betrag von Fr. 15'500.– handelte es sich nicht um eine Einzahlung, sondern um eine Belastung des Kontos zugunsten der L. _____ Bank. Dieser Betrag darf deshalb nicht mit den beiden erwähnten Einzahlungen zu einer Gesamtsumme von Fr. 54'500.– zusammengezählt werden, wie dies der Geschädigtenvertreter in der Berufungsverhandlung tat (Urk. 201 S. 8). Woher die bar einbezahlten insgesamt Fr. 39'000.– stammten, ist nicht bekannt. Der Beschuldigte wollte hierzu nichts sagen (Urk. 1/20 S. 10). Aufgrund der zeitlichen Nähe der Einzahlungen zur Entgegennahme des ersten Darlehens besteht

durchaus der Verdacht, dass das Geld aus diesem Darlehen stammte. Zweifelsfrei nachweisen lässt sich dies aber nicht, zumal wegen der Barauszahlung des Darlehens kein entsprechender *paper trail* besteht. Dies gilt umso mehr, als es auf den erwähnten Konti des Beschuldigten auch in grösserer zeitlicher Distanz zu den Darlehensgewährungen zu grösseren Gutschriften kam, für die eine Erklärung fehlt. Dies gilt etwa für Postüberweisungen seitens "B._____ Consulting" von Fr. 21'900.–, Fr. 30'000.– und Fr. 20'000.– (30. August 2010, 30. September 2010, 17. Januar 2011; Konto CH1). Hinzu kommt, dass der Beschuldigte damals noch bei der F._____ SA angestellt war und dabei in einem beträchtlichen Umfang Retrozessionszahlungen vereinnahmt haben soll (Urk. 201 S. 5; Beizugsakten Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Unt.Nr. 2014/131103160). Die Gelder, welche in bar auf die Konti des Beschuldigten einbezahlt wurden, könnten auch aus dieser Quelle stammen. Die Aussageverweigerung des Beschuldigten schliesslich darf nicht zu dessen Lasten gewertet werden.

l) Nicht überzeugender präsentiert sich die Beweislage hinsichtlich des zweiten Darlehens vom 23. Juli 2011, bei dem der Privatkläger wiederum vorbringen liess, der Beschuldigte habe bis zum 17. November 2011 die gesamte geliehene Summe auf seine privaten Konti verschoben und dann für private Bedürfnisse verbraucht. Am 11. Oktober 2011 wurde auf dem Konto CH1 ein Betrag von Fr. 68'416.54 mit dem Vermerk "Vergütung Übertrag" gutgeschrieben. Am 17. November 2011 wurden auf demselben Konto Fr. 31'000.– bar einbezahlt. Die beiden Gutschriften erfolgten somit nicht kurz, sondern erst mehrere Monate nach der Auszahlung des zweiten Darlehens. Eine Herkunft des Geldes aus zuvor (bis Mitte 2011) vereinnahmten Retrozessionen lässt sich auch hier nicht ausschliessen, und die Aussageverweigerung des Beschuldigten (Urk. 1/20 S. 11/12) darf wiederum nicht zu seinen Lasten gewertet werden. Der rechtsgenügende Beweis, dass die genannten Geldbeträge aus dem Darlehen des Privatklägers stammten, lässt sich somit nicht erbringen.

m) Insgesamt besteht zwar durchaus ein gewisser Verdacht, dass der Beschuldigte schon beim Abschluss der Darlehensverträge beabsichtigte, die geliehenen Gelder nicht gemäss der vertraglichen Zweckbestimmung zu verwenden,

sondern sie vollständig oder weitestgehend für private Bedürfnisse zu verbrauchen. Rechtsgenügend erstellt werden kann dies indessen nicht.

n) Hinzu kommt schliesslich, dass nicht jede, sondern nur eine arglistige Täuschung den Straftatbestand des Betrugs zu erfüllen vermag. Das Tatbestandsmerkmal der Arglist ist unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung zu verneinen, wenn der Geschädigte die aufgrund der gesamten Umstände gebotenen elementarsten Vorsichtsmassnahmen unterlassen hat und schon diese ausgereicht hätten, um den Irrtum und damit letztlich den Vermögensschaden zu vermeiden (Trechsel / Pieth, StGB-Praxiskommentar, 3.A., Zürich / St. Gallen 2018, N 7 zu Art. 146 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Vom Privatkläger kann zwar nicht dieselbe Wachsamkeit erwartet werden wie von einer Bank, zu deren Kerngeschäft die Kreditgewährung gehört (vgl. Maeder/Niggli, Basler Kommentar, 4.A., Basel 2019, N 84 zu Art. 146 StGB). Auch von einem Privatmann kann aber verlangt werden, dass er bei der Gewährung von Krediten ein Minimum an Vorsicht walten lässt. Der Privatkläger gewährte am 30. April 2010 das erste Darlehen, ohne vor dessen Auszahlung auf dem Abschluss eines schriftlichen Vertrags zu bestehen und darin die beabsichtigte Zweckbindung des Kredits festzuhalten und präzise zu umschreiben. Er erhielt nach seinen eigenen Aussagen vom Beschuldigten nie konkrete Angaben zur geplanten Geschäftstätigkeit, sondern nur "nebulöse Antworten", weshalb ihm die ganze Sache von Anfang an intransparent erschien (Urk. 1/16 S. 10). Ihm war auch bekannt, dass der Beschuldigte ganz am Anfang seiner selbständigen Erwerbstätigkeit stand und in dieser Funktion noch keinen Leistungsausweis hatte, der ihm die Akquisition von Kunden erleichtert hätte (Urk. 1/16 S. 6). Trotzdem und im Wissen, dass der Beschuldigte inzwischen auch noch seine Arbeitsstelle verloren und damit zumindest einstweilen kein festes Einkommen mehr hatte (a.a.O., S. 9), gewährte er diesem ein zweites, noch grösseres Darlehen. Erst danach kam der Privatkläger auf die Idee, Erkundigungen anzustellen, wie die Firma des Beschuldigten gedieh und wie gross dessen Geschäft wirklich war (a.a.O., S. 10). Seiner Mailnachricht vom 31. August 2011 ist zu entnehmen, dass er auch zu diesem Zeitpunkt noch keine Ahnung von den geschäftlichen Plänen des Beschuldigten hatte (Urk. 1/18/7: "... Deine Firma. Wie wird sie gebildet, was soll sie erreichen, welches Geschäfts-

dell liegt ihr zugrunde?"). Er liess sich in den Darlehensverträgen zwar das Recht zusichern, jederzeit die Stellung angemessener Sicherheiten zu verlangen (Urk.2/1 und 2/2, jeweils Ziff. IV), machte davon aber keinen Gebrauch. Ausserdem erwartete er, dass der Beschuldigte mit seinen Geschäften eine Nettojahresrendite von 10 % oder mehr erzielen sollte (Urk. 2/1, Ziff. III), was nur mit risikoreichen Anlagen möglich ist und damit das ausgeliehene Kapital in Gefahr bringen musste. Dies gilt umso mehr, als für den Beschuldigten ohne weiteres ersichtlich war, dass zumindest ein Teil des Geldes für den Aufbau der Investmentfirma verwendet werden sollte und demnach für eine Anlage nicht zur Verfügung stand. Dies hatte wiederum zur Folge, dass zur Erzielung der gewünschten Rendite auf dem Gesamtbetrag noch höhere Risiken eingegangen werden mussten. Bei dieser Sachlage muss das Vorgehen des Privatklägers auch unter Berücksichtigung des freundschaftlichen, von Vertrauen geprägten Verhältnisses zwischen den Parteien als sehr leichtsinnig bezeichnet werden. Der Beschuldigte ist demzufolge auch mangels Arglist vom Vorwurf des Betruges freizusprechen.

4. a) Den Straftatbestand der Veruntreuung erfüllt (u.a.), wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig zu seinem oder eines anderen Nutzen verwendet (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Anvertraut ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern (BGE 143 IV 300, 133 IV 27).

b) Bei der Gewährung von Darlehen geht das geliehene Geld regelmässig ins Eigentum des Schuldners über. Der Gläubiger hat nur noch einen obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens. Ein solcher Anspruch wird nur dann von Art. 138 StGB geschützt, wenn der Täter verpflichtet ist, das Geld ständig zur Verfügung des Gläubigers zu halten (Trechsel / Pieth, a.a.O., N 10 zu Art. 138 StGB). Eine derartige Werterhaltungspflicht fehlt bei Darlehen regelmässig (a.a.O., N 14 mit Hinweisen), kann aber dann ausnahmsweise bestehen, wenn der Kredit für einen vertraglich bestimmten Zweck gewährt wird, dessen Einhaltung auch im Interesse des Gläubigers steht, indem damit dessen Verlustrisiko vermindert wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Borger mit dem

Geld eine Liegenschaft kaufen soll, denn dabei kann der Darleiher bei vertragsgemässer Verwendung des Kredits davon ausgehen, dass der Borger bei Fälligkeit der Rückzahlung über die dazu erforderlichen Mittel verfügen wird (BGE 120 IV 122). Gleich verhält es sich bei einem Baukredit, der nur zur Zahlung von Bauarbeiten und -material verwendet werden darf. Die Sicherung eines solchen Kredits wird nur erreicht, wenn die ausbezahlten Gelder auch ins Bauwerk investiert werden, so dass dieses parallel zum Anstieg der Kreditsumme an Wert gewinnt (BGE 124 IV 12 f.).

c) Auch im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Veruntreuung ist festzuhalten, dass in den vorliegenden Darlehensverträgen nicht steht, das Darlehenskapital dürfe nicht angetastet werden. Gerade bei einem Darlehen wäre eine solche Vorgabe sehr aussergewöhnlich und im Grunde sinnwidrig (hierzu nachfolgend lit. d). Sie hätte deshalb im Vertragstext festgehalten werden müssen, um für den Beschuldigten bindend zu sein. Mit der E-Mail vom 31. August 2011 konnte der Privatkläger eine so massive Einschränkung der Darlehensverwendung nicht nachträglich und einseitig vorschreiben. Diese Nachricht ist insoweit unbeachtlich.

d) Wird ein Darlehen gewährt, damit der Borger sich selbständig machen und ein Unternehmen aufbauen kann, so hat der Kreditgeber zwar durchaus ein Interesse, dass das Geld wirklich zu diesem Zweck eingesetzt wird. Auch bei vertragsgemässer Verwendung des Geldes entsteht aber nicht ohne weiteres ein Vermögenssubstrat, auf das der Darleiher nötigenfalls zurückgreifen kann, um die Rückzahlung durchzusetzen. Mit und nach der Unternehmensgründung fallen zwangsläufig zunächst Kosten an, die mit dem geliehenen Geld bestritten werden müssen. Dazu kann auch gehören, dass der Unternehmer daraus in der Anfangsphase seinen Lebensunterhalt finanzieren muss, weil noch kein Gewinn erzielt wird. Zudem besteht von Anfang an ein beträchtliches Risiko, dass das Unternehmen scheitert und damit auch der Darleiher sein Kapital verliert. Aus diesem Grund wird in solchen Fällen regelmässig verlangt, dass der Kreditnehmer Sicherheiten stellt, oder wird der Zinssatz mit Blick auf das Kreditausfallrisiko hoch angesetzt. Eine ständige Werterhaltungspflicht des Borgers hingegen ist mit dem

Zweck des Darlehens nicht vereinbar, denn sie würde ihn im Einsatz des Kredits so einschränken, dass dieser kaum noch von Nutzen wäre.

e) Wie bereits erörtert wurde (Erw. III/3d), handelt es sich bei den vorliegend abgeschlossenen Vereinbarungen klarerweise um Darlehensverträge und nicht, auch nicht teilweise, um Hinterlegungsverträge, bei denen in der Tat eine Werterhaltungspflicht bestünde (Art. 474 f. OR). Nicht beigespflichtet werden kann auch der Argumentation des Geschädigtenvertreters, die ersten zwei Verträge enthielten zumindest ein "Vermögensverwaltungselement" (Urk. 201 S. 5). Ein Vermögensverwalter legt die ihm anvertrauten Gelder für den Auftraggeber an. Er erhält für seine Tätigkeit lediglich ein Honorar, das erfolgsabhängig sein kann, aber nicht muss. Im Übrigen fällt der Anlageerfolg nicht ihm, sondern dem Auftraggeber zu. Dieser hat andererseits auch einen allfälligen Verlust zu tragen, es sei denn, er könne wegen einer Vertragsverletzung Schadenersatz verlangen. Die hier in Frage stehenden Darlehensverträge wurden nicht nur als solche bezeichnet. Auch ihr Inhalt ist – wenngleich unklar formuliert – durchwegs für ein Darlehen, nicht aber für einen Vermögensverwaltungsauftrag typisch. Insbesondere steht dem Privatkläger nicht der vom Beschuldigten erzielte Anlageerfolg, sondern eine Verzinsung des geliehenen Kapitals zu. Lediglich deren Höhe soll in einer nicht näher bestimmten Weise vom Anlageerfolg des Beschuldigten abhängen, beim ersten Darlehen aber 10 % p.a. nicht unterschreiten. Der Privatkläger muss seinerseits dem Beschuldigten kein Honorar bezahlen, ihm aber den Anlageertrag überlassen, soweit dieser den geschuldeten Zins übersteigt. Für ein Darlehen, nicht aber für einen Vermögensverwaltungsvertrag typisch ist sodann auch das Recht des Privatklägers, angemessene Sicherheiten zu verlangen (Urk. 2/1 und 2/2, je Ziff. IV). Schliesslich soll nur ein unbestimmter Teil des übergebenen Geldes überhaupt angelegt werden. Der Rest hingegen ist für den Aufbau der Firma des Beschuldigten bestimmt, was mit einem Vermögensverwaltungsverhältnis nicht vereinbar ist.

f) Der Privatkläger liess geltend machen, der Beschuldigte habe die Darlehen für die Finanzierung seiner Investmentfirma gar nicht benötigt, weil er selber schon über die dafür erforderlichen Geldmittel verfügt habe (Urk. 201 S. 5). Wie

es sich damit verhielt, bleibt belanglos, steht es doch einem Geschäftsmann unabhängig von seiner finanziellen Lage frei, für den Aufbau seiner Firma Kredite aufzunehmen.

g) Ob sich ein Kreditnehmer trotz fehlender Werterhaltungspflicht strafbar machen könnte, wenn er sich nach Erhalt des Darlehens gar nicht erst anschickt, ein Unternehmen aufzubauen, sondern das Geld einfach verbraucht und in der Folge zahlungsunfähig wird, kann vorliegend offen gelassen werden. Wie vorstehend im Zusammenhang mit dem Betrugsvorwurf erörtert wurde (Erw. III/3f), lässt sich der rechtsgenügende Beweis für ein solches Verhalten des Beschuldigten nicht erbringen. Es bestehen im Gegenteil etliche Anhaltspunkte dafür, dass er tatsächlich damit begann, eine Investmentfirma aufzubauen, damit aber letztlich scheiterte. Der Beschuldigte ist somit auch vom eventualiter erhobenen Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen.

IV.

Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten aufgrund des rechtskräftigen Schuldspruchs wegen unrechtmässigen Bezugs von Arbeitslosenentschädigung im Betrage von insgesamt Fr. 3'558.40 zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 40.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 29. August 2013. Damals war der Beschuldigte wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,79‰) mit 50 Tagessätzen Geldstrafe belegt worden. Die vorliegend ausgefallte Zusatzstrafe wurde weder vom Beschuldigten noch von der Staatsanwaltschaft angefochten und ist, nachdem heute in den weiteren Anklagepunkten ein Freispruch ergeht, ohne weiteres zu bestätigen. Gleiches gilt schon aus prozessualen Gründen (Art. 391 Abs. 2 StPO) für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs mit zwei Jahren Probezeit.

V.

a) Über Schadenersatzansprüche eines Zivilklägers ist auch im Falle eines Freispruchs zu entscheiden, wenn der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO). Die Vorinstanz hat Letzteres hinsichtlich der Forderungen aus Darlehen verneint, weil der Privatkläger diese hinsichtlich des (im Übrigen auch bestrittenen) Zinssatzes von 10 % p.a. und des Datums des Verzugseintrittes nicht substantiiert habe (Urk. 166 S. 32). Der Privatkläger hat diesbezüglich im Berufungsverfahren erneut Zinsberechnungen und eine Umrechnung des in Euro gewährten Darlehens in Schweizer Franken eingereicht (Urk. 168 S. 5, Urk. 169/1, vgl. Urk. 156; Urk. 202/6). Der Beschuldigte hat zwar nie bestritten, dem Privatkläger die Rückzahlung der Darlehen zu schulden. Wie hoch dessen Anspruch ist, lässt sich indessen auch bei der heutigen Aktenlage nicht genau bestimmen. Davon abgesehen, dass das dritte, in Euro ausbezahlte Darlehen auch nur in dieser Währung zurückgefordert werden kann, ist insbesondere nach wie vor bestritten, dass ein Zinssatz von 10 % p.a. vereinbart wurde (Urk. 157 S. 21, Urk. 203 S. 19). Im ersten Darlehensvertrag steht nur, dass die Verzinsung die Marke von 10 % "nicht unterschreiten sollte" (Urk. 2/1, Ziff. III). Der zweite Vertrag nennt überhaupt keinen Zinssatz (Urk. 2/2, Ziff. III). Nur beim dritten Darlehen steht dieser fest; er beträgt null (Urk. 2/3, Ziff. III). Die im Strafverfahren bezahlten Anwaltshonorare (Urk. 201 S. 16) hätte der Privatkläger nicht im Rahmen der Zivilansprüche, sondern als Prozessentschädigung zurückfordern müssen. Unter diesen Umständen ist die Sache im Zivilpunkt auch heute nicht spruchreif. Der Privatkläger ist mit seiner Schadenersatzforderung auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen (Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO).

b) Der Privatkläger fordert ausserdem eine Entschädigung von Fr. 22'840.– für persönliche Umtriebe im Zusammenhang mit dem vorliegenden Strafverfahren (Urk. 168 S. 3, vgl. Urk. 155 S. 11 Rz 47). Da der Beschuldigte hinsichtlich der Delikte, welche den Privatkläger A. _____ betreffen, schon in erster Instanz freigesprochen wurde und dieser Entscheid heute bestätigt wird, ist dem Privatkläger weder eine Prozess- noch eine persönliche Umtriebsentschädigung zuzusprechen (Art. 433 Abs. 1 StPO e contrario). Dies gilt auch für die im Berufungsverfahren geltend gemachten Reise-, Unterkunfts- und Verpflegungsspesen im Zusammenhang mit der Tagfahrt vom 16. Oktober 2020 (Urk. 200, 204 und 205/1-3).

VI.

In Anbetracht des heute ergehenden Freispruchs und der Verweisung des Privatklägers A. _____ auf den Zivilweg besteht keine Grundlage für eine Verwendung der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Dezember 2016 bei der D. _____ AG beschlagnahmten Vermögenswerte zugunsten des Privatklägers. Diese sind zur Deckung des in erster Instanz dem Beschuldigten auferlegten Kostenanteils zu verwenden. Ein allfälliger Überschuss steht dem Beschuldigten zu.

VII.

a) Die Vorinstanz hat die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens aufgrund der in einem ganz untergeordneten Nebenspunkt der Anklage erfolgten Verurteilung des Beschuldigten zu einer geringfügigen Geldstrafe zu einem Zwanzigstel dem Beschuldigten auferlegt. Dies ist nicht zu beanstanden. Der im Übrigen ergangene Freispruch wird heute bestätigt, was zur Folge hat, dass die restlichen 19/20 dieser Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 13, 14 und 16) ist deshalb zu bestätigen.

b) aa) Im Berufungsverfahren unterliegt der allein appellierende Privatkläger A. _____ mit seinen Anträgen vollständig. Die Kosten des Berufungsverfahrens wären deshalb an sich ihm aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Zuzugewähren der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1/67/7) sind sie indessen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO), unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht für die Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss Art. 138 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO.

VIII.

a) Für das Berufungsverfahren macht der unentgeltliche Rechtsvertreter des Privatklägers einen Aufwand von Fr. 21'973.45 (entsprechend einem Arbeitsaufwand von ca. 92½ Stunden) geltend. Darin sind die Kosten für 3½ Stunden Berufungsverhandlung (vgl. Prot. II S. 8 und 25), die Wegkosten und die Kosten der Nachbesprechung mit dem Klienten noch nicht enthalten, womit für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesamthonorar von mehr als Fr. 23'000.– resultieren würde.

b) Der geltend gemachte Zeitaufwand erscheint mit insgesamt gegen 100 Stunden als sehr hoch, zumal Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ seinen Klienten schon in der Untersuchung und vor Bezirksgericht vertrat und demzufolge mit dem Prozessstoff bestens vertraut war. Zu berücksichtigen ist zwar, dass er sich mit Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzen musste, die er so offensichtlich nicht erwartet hatte. Im Übrigen blieb aber der massgebende Sachverhalt derselbe. Soweit neue Tatsachen in den Prozess eingeführt wurden, handelte es sich vorwiegend um solche, die vorhersehbar nicht entscheidrelevant sein konnten, so etwa die Konkurseröffnung über den Beschuldigten oder dessen Umzug an eine andere Adresse. Hinzu kommt, dass ein Teil des anwaltlichen Aufwandes für eine (erfolglose) Honorarbeschwerde und somit in eigener Sache erfolgte, was nicht zur Rechtsvertretung des Privatklägers zu rechnen ist. Insgesamt erscheint eine Entschädigung des Geschädigtenvertreters von (pauschal) Fr. 16'000.– für das Berufungsverfahren gerade noch als vertretbar (§17 Abs. 1 lit. b und §18 Abs. 1 AnwGebV).

b) Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten macht im Berufungsverfahren bis zum 12. Oktober 2020 ein Honorar von Fr. 6'560.40 geltend (Urk. 197). Dieses erweist sich ohne weiteres als angemessen. Hinzu kommen wie bei der Privatklägerschaft insgesamt ca. 6 Stunden für die Berufungsverhandlung inkl. Weg und die Nachbearbeitung. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für das zweitinstanzliche Verfahren ist demnach auf (gerundet) Fr. 8'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 22. Oktober 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch wegen Vergehens gegen das AVIG), 5 (Vormerknahme von der Aufhebung von Kontensperren), 7 (Herausgabe eines Ordners an den Beschuldigten), 11 (Honorar des amtlichen Verteidigers) und 15 (Kostenregelung betreffend das Beschwerdeverfahren UE150302) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Auf die Berufung des Privatklägers A._____ wird hinsichtlich des Antrags auf Abnahme einer DNA-Probe beim Beschuldigten und bezüglich der Festsetzung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Privatklägers nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Gegen die Ziffer 2 dieses Entscheids 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.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **B.**_____ ist des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB und der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht schuldig und wird diesbezüglich freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird [für das Vergehen im Sinne von Art. 105 AVIG] bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 40.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 29. August 2013.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Dezember 2016 gesperrten Vermögenswerte bei der D. _____ AG werden beschlagnahmt und zur Deckung der dem Beschuldigten auferlegten Verfahrenskosten verwendet. Ein allfälliger Überschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem Beschuldigten herausgegeben.
5. Der Privatkläger A. _____ wird mit seiner Schadenersatzforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 13, 14 und 16) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt; die weiteren Kosten betragen
Fr. 8'000.– amtliche Verteidigung
Fr. 16'000.– unentgeltliche Rechtsvertretung des Privatklägers.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Privatklägers A. _____, werden auf die Gerichtskasse genommen.

Vorbehalten bleibt die Rückzahlungspflicht des Privatklägers im Umfang der Kosten seiner unentgeltlichen Rechtsvertretung im Sinne von Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO.
9. Dem Privatkläger A. _____ wird für das gesamte Verfahren keine Prozess- und keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
10. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- den unentgeltlichen Rechtvertreter des Privatklägers A. _____ im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers

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

- die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich (Dispositivziffer 4)

sowie im Dispositivauszug (Ziffer 4) an die D. _____ Bank AG, Head Office, Chemin de la Crétaux 33, Case Postale 319, 1196 Gland.

12. 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, 12. November 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Langmeier

MLaw Baur