

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UR110014-O/U/br

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. M. Wetli

Beschluss vom 4. Januar 2012

in Sachen

A._____,
Rekurrent

vertreten durch lic. iur. X._____,

gegen

- 1) **B.**_____
- 2) **Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,**
Rekursgegner

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

betreffend **Einstellung der Untersuchung**

Rekurs gegen die Verfügung Nr. 2 von 3 der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 28. September 2010, C-3/2008/98

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 11. Mai 2009 liess A. _____ (nachfolgend: Rekurrent) gegen B. _____ (nachfolgend: Rekursgegner 1) Strafanzeige wegen Betrugs einreichen (Urk. 6/ND 2/3). Mit Verfügung vom 28. September 2010 stellte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) die Untersuchung wegen Betrugs (ND 2) ein (Urk. 3). Gegen diese Verfügung liess der Rekurrent mit Eingabe vom 18. Januar 2011 fristgerecht Rekurs mit folgenden Anträgen erheben und ein Gesuch um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes stellen (Urk. 2):

- "1. Die Einstellungsverfügung vom 28. September 2010 sei aufzuheben und der Angeschuldigte B. _____ in dieser Angelegenheit betreffend Betrugs zu verurteilen;
2. Die Zivilforderung des Rekurrenten in der Höhe von insgesamt Fr. 103'910.95 sei zu Lasten des Angeschuldigten zu schützen;
3. Der Angeschuldigte habe den Rekurrenten für das Untersuchungs- und Strafverfahren angemessen ausseramtlich zu entschädigen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates."

Mit Verfügung 28. Januar 2011 wurde dem Rekursgegner 1 und der Staatsanwaltschaft Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt und dem Vertreter des Rekurrenten Gelegenheit gegeben, das Gesuch um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes nach Massgabe des entsprechenden Merkblattes zu begründen (Urk. 7; Prot. S. 2). Mit Eingabe vom 7. Februar 2011 bzw. vom 14. Februar 2011 beantragten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Rekursgegner 1 innert Frist die Abweisung der Beschwerde (Urk. 11; Urk. 12). Der Rekurrent liess eine Ergänzung der Begründung des Gesuchs um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sowie eine weitere Stellungnahme einreichen (Urk. 13; Urk. 14). Mit Verfügung vom 1. März 2011 wurde das Gesuch des Rekurrenten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und die eingegangenen Stellungnahmen je den Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 16; Prot. S. 3).

II. Prozessuales

Seit dem 1. Januar 2011 gilt in der Schweiz eine neue, eidgenössische Strafprozessordnung (StPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Strafprozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die – wie das vorliegende – in erster Instanz noch vor dem 1. Januar 2011 erledigt wurden, bleibt allerdings für das gegenwärtige Rechtsmittelverfahren das bisherige Prozessrecht und damit die Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin anwendbar (Art. 453 Abs. 1 StPO).

III. Materielle Beurteilung

1. Der Strafanzeige zugrunde liegender Sachverhalt

Der Rekurrent wirft dem Rekursgegner 1 Folgendes vor: Der Rekurrent habe über seinen Sohn C._____ den Rekursgegner 1 im Jahr 2004 kennengelernt. Der Rekursgegner 1 sei immer wieder bei der Familie A._____ zu Besuch gewesen. Im Frühjahr 2006 habe sich der Rekurrent sein Guthaben bei der Pensionskasse auszahlen lassen. Der Rekursgegner 1 habe die Familie des Rekurrenten immer wieder besucht und habe auf die ganze Familie eingeredet. Dabei habe der Rekursgegner 1 bei einer Geldanleihe 12 % Zins versprochen. Zur Untermauerung seiner Seriosität habe der Rekursgegner 1 Verträge vorgelegt, welche sein Engagement bzw. seine Investitionen in Autobahnen in W._____ belegt hätten. Er habe auch dauernd von seinen guten Beziehungen zu Finanzkreisen und über das von ihm Erreichte erzählt. Da es sich beim Rekursgegner 1 um einen ehemaligen Landsmann des Rekurrenten gehandelt habe und der Rekursgegner 1 seine Bemühungen intensiviert habe, habe der Rekurrent schliesslich anfangs April 2006 dem Rekursgegner 1 den Betrag von Fr. 100'000.– in Z._____ bar übergeben. Neben einem Zins von 12 % sei die Rückzahlung des Darlehens auf spätestens 31. Dezember 2006 vereinbart gewesen. In der Folge habe der Rekursgegner 1 keine Zahlungen getätigt. Später habe über den Rekursgegner 1 der Konkurs eröffnet werden müssen und es habe ein Verlustschein von (ungedeckt gebliebener Betrag) Fr. 103'110.95 resultiert (Urk. 6/ND 2/3 S. 2; Urk. 6/ND 2/4/1; Urk. 6/ND 2/5S. 2).

2. Begründung der Staatsanwaltschaft zur Einstellungsverfügung

Die Staatsanwaltschaft begründete die Einstellung des Verfahrens im Wesentlichen zusammengefasst und sinngemäss damit, der Rekurrent habe ohne weitergehende Abklärungen über den Rekursgegner 1 und dessen Geschäfte und ohne Erhalt von Sicherheiten diesem den Bargeldbetrag übergeben, da er dem Rekursgegner 1 – wie er gesagt habe – blindlings vertraut habe. Der Rekurrent habe nicht einmal einen Betreibungsregisterauszug über den Rekursgegner 1 an dessen Wohn- und Geschäftsort eingeholt. Aus diesem wären die finanziellen Verhältnisse und die gegen ihn eingegebenen Forderungen in erheblichem Betrag sofort ersichtlich gewesen. Der Rekurrent habe denn auch gesagt, er hätte das Geld dem Rekursgegner 1 nicht gegeben, wenn er von diesen Forderungen Kenntnis gehabt hätte. Damit habe der Rekurrent die elementarsten Vorsichtsmassnahmen im Geschäftsverkehr missachtet, weshalb eine arglistige Täuschung nicht vorliege und der Tatbestand des Betrugs somit nicht erfüllt sei (Urk. 3).

3. Rekursbegründung

Der Rekurrent liess zur Begründung des Rekurses im Wesentlichen zusammengefasst und sinngemäss geltend machen, bei der Übergabe der Fr. 100'000.– am 1. April 2006 habe die Bekanntschaft sicher schon über zwei Jahre gedauert und die ganze Familie des Rekurrenten habe dem Rekursgegner 1 vertraut. Ersichtlich sei auch, dass dem Rekursgegner 1 gemäss den Aussagen bei der Polizei blindlings vertraut worden sei, wobei dieser aber entscheidende Schritte dazu selber gemacht habe, und zwar in offensichtlich fraudulöser Absicht, z.B. wie folgt: Er sei aktiv gewesen und habe die Familie des Rekurrenten immer wieder aufgesucht, nachdem er gehört habe, dass der Rekurrent sich die Pensionskasse auszahlen lassen wolle. Er habe ihm einen Zins von 10 % offeriert und ihn mit der Behauptung gelockt, dass er so ja mehr vom Geld habe als wenn er sich eine Rente würde auszahlen lassen. Das Vertrauensverhältnis sei bewusst ausgebaut worden, indem auch persönliche Sachen erzählt worden seien, so insbesondere in geschäftlicher Hinsicht, wo der Angeschuldigte seine Tätigkeit für eine vertrauenserweckende Versicherung hervorgehoben habe, aber auch die Aktivitäten sei-

ner eigenen Firma, gar in den V._____. Zum Lügengebäude gehöre auch die Behauptung, er sei in der Herstellung oder im Handel mit einem innovativen Pulver tätig, welches für den Autobahnbau geeignet sei. Ein Lügengebäude berücksichtige auch falsche Angaben über die eigenen finanziellen Möglichkeiten. Der Rekursgegner 1 habe mehrmals betont, die Fr. 100'000.– seien für ihn einfach ein weiterer Betrag wie er diese auch von anderen Kunden empfangen und damit erfolgreich geschäfte. Wenn ein Betreibungsregisterauszug vorliege, welcher bereits in der Zeit vom 29. März 2004 bis 6. Februar 2006 offene Schulden von über Fr. 280'000.– ausweise, so sei offensichtlich, dass die Schilderungen des Rekursgegners 1 völlig wahrheitswidrig gewesen seien, aber klassische Lügengebäude darstellten und insbesondere auch den Rekurrenten davon abhalten sollten, sich näher über den Rekursgegner 1 zu erkundigen, wie etwa einen Registerauszug zu verlangen. In diesem Zusammenhang sei auch die Mentalität gleicher Landsleute aus dem U._____ zu berücksichtigen; bei dieser Konstellation sei es Ehrensache, dass man sich habe vertrauen können, was der Rekurrent und seine Familie blindlings getan hätten, und der Rekursgegner 1 auch so gespürt und in jeder Hinsicht ausgenützt habe. Er habe gewusst, dass in solchen Situationen nicht nach Sicherheiten oder geschäftlichen Unterlagen verlangt würde. Deshalb habe er sich diesen potentiellen Kunden auch "warm" gehalten, bis er am Ziel seiner Absicht angelangt sei. Die Situation könne absolut nicht – wie dies der angefochtene Entscheid tue – damit verglichen werden, wie wenn jemand von einer Bank einen Kleinkredit beantrage. Die Vorzeichen seien hier ja komplett umgekehrt: Es sollte Geld angelegt werden, und dafür eine Rendite erzielt werden; nicht die Sicherheit des Darlehensbetrages sei im Vordergrund gestanden, sondern die Höhe des Zinses. Dazu sei das sehr seriöse Auftreten des Rekursgegners 1 gekommen, welcher zudem noch über eine eigene Unternehmung zu verfügen schien ("E._____"). Ebenso sei die anfänglich vereinbarte Laufzeit von neun Monaten als relativ kurz zu bezeichnen, was weiter die Bedenken habe zerstreuen sollen. Bedenkenswert und die betrügerische Absicht bestärkend sei auch das spätere Verhalten des Rekursgegners 1 zu werten: Auf die Rückzahlungsforderungen hin habe der Rekursgegner 1 ja weiterhin sogar auch schriftlich Versprechen abgegeben, das Geld in Raten zurück zu bezahlen, auch noch nach

dem Konkurs. Weiter habe er auch mündlich mehrmals erklärt, der Betrag sei für ihn kein Problem. Falsch seien auch die Angaben über den Verwendungszweck des Geldes gewesen; dieses hätte ja in W._____ angelegt werden sollen, sei aber offensichtlich für den persönlichen Lebensunterhalt verbraucht worden, was der Rekursgegner 1 bereits bei der Anbahnung des Geschäftes und bei der Entgegennahme des Geldes gewusst habe, wie ja sein Betreibungsregisterauszug auch beweise. Die Begründung in der angefochtenen Verfügung, es liege wohl eine Täuschung vor, aber keine Arglist, sei unhaltbar; aufgrund der konkreten Umstände habe vom Rekurrenten nicht verlangt oder erwartet werden können, dass er z.B. einen Betreibungsauszug hätte einholen respektive einfordern sollen; solches sei bei dieser Konstellation schlichtweg undenkbar, und der Rekursgegner 1 habe ja den Aufbau des Lügengebäudes inklusive des Vertrauensverhältnisses aktiv und nachhaltig betrieben, um den Rekurrenten auch von allfälligen lästigen Nachfragen abzuhalten. Die falschen Angaben des Rekursgegners 1 seien nicht überprüfbar gewesen und sie seien überzeugt, dass der Rekursgegner 1 selbst beim Vorliegen eines negativen Betreibungsauszuges diesen grosszügig weggewischt hätte unter Hinweis auf unberechtigte Forderungen etc. Die Pflicht, kritisch zu sein, dürfe nicht überzeichnet werden, ansonsten in einem klassischen Fall wie hier eine Verurteilung wegen Betrugs gar nicht mehr möglich wäre. Ebenso wenig könne dem Rekurrenten unterstellt werden, er habe die elementarsten Vorsichtsmassnahmen "im Geschäftsverkehr" missachtet. Der Rekurrent sei absolut geschäftsunerfahren und sei gutgläubig gewesen; dasselbe gelte für seine Angehörigen. Er habe sich einzig von den Ausführungen und Versprechungen des Rekursgegners 1 leiten lassen und wäre auch nicht auf die Idee gekommen, einen Registerauszug zu verlangen; es sei davon auszugehen, dass er diese Möglichkeit auch gar nicht gekannt habe, oder der Rekursgegner 1 hätte dazu erklärt, das Darlehen werde ja seiner Unternehmung übergeben, und nicht ihm privat. Einem persönlichen Registerauszug könne also so oder so nicht die Bedeutung zukommen, von welcher die angefochtene Verfügung spreche. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es sich um einen klassischen Fall des Erschleichens eines grossen Geldbetrages handle mit Hilfe des Ziehens sämtlicher Register. Der Rekursgegner 1 habe schnell gespürt, dass er vom geschäftsunerfahrenen Rekur-

renten punkto lästiger Nachfragen nichts zu befürchten hätte, was sich im Ergebnis auch bestätigt habe (Urk. 2).

4. Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zum Rekurs

Die Staatsanwaltschaft führte in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen zusammengefasst und sinngemäss aus, die im Rekurs dargelegten Vorgehensweisen des Rekursgegners 1 seien allenfalls einfache Lügen, jedoch keine Machenschaften und kein Lügengebäude. Sodann habe der Rekurrent die minimale Vorsicht nicht getätigt. Neben dem Einholen eines Betreuungsauszuges hätte er auch weitere Abklärungen tätigen können, was er jedoch unterlassen habe. So habe er es auch unterlassen, sich Geschäftsunterlagen über die Tätigkeiten in W. _____ oder über die Tätigkeiten des Rekursgegners 1 in der Schweiz oder den V. _____ zeigen zu lassen. Dieses Minimum an Abklärungen und Vorsicht hätte der Rekurrent zumindest tätigen bzw. aufbringen müssen. Ohne Abklärungen, ohne Unterlagen, einzig gestützt auf die mündlichen Ausführungen habe der Rekurrent dem Rekursgegner 1 den erheblichen Betrag überlassen. Aus den bei den Akten liegenden Ausführungen und der Rekursschrift ergebe sich nicht, dass der Rekursgegner 1 den Rekurrenten aktiv von einer Überprüfung abgehalten hätte. Der Rekurrent habe solche Abklärungen vielmehr unterlassen. Entgegen der Ansicht des Rekurrenten wären die Angaben des Rekursgegners 1 mittels verschiedenen geschäftlichen Unterlagen, Referenzen, Prospekten, getätigten Investitionen, Betreuungsauszug, Handelsregisterauszug etc. überprüfbar und bei einem Betrag von Fr. 100'000.– angezeigt gewesen (Urk. 11).

5. Stellungnahme des Rekursgegners 1

Der Rekursgegner 1 machte im Wesentlichen zusammengefasst und sinngemäss geltend, grundsätzlich sei auf die zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft zu verweisen, wonach es dem Rekurrenten damals ohne Weiteres zumutbar gewesen wäre, Einsicht in den bereits einschlägig belasteten Betreibungsregisterauszug des Rekursgegners 1 zu nehmen und daraus die richtigen Schlussfolgerungen zu ziehen. Dies gelte umso mehr, als der Rekurrent auch noch durch seine ganze Familie Unterstützung in der Angelegenheit erhalten habe, dem Re-

kursgegner 1 also nicht alleine gegenüber gestanden sei; der Rekurrent sei durch seine ganze Familie beraten worden. Der Rekurrent habe sich im konkreten Fall mehr als nur leichtfertig im Sinne bundesgerichtlicher Rechtsprechung verhalten, als er dem Rekursgegner 1 die nicht unerhebliche Summe von Fr. 100'000.– ohne weitere Sicherheiten oder Abklärungen übergeben habe und sich darüber gefreut habe, dass er monatlich nun eine Verzinsung von 10 % dafür erhalten werde. Eine Verzinsung, die schon allein für sich genommen derart hoch sei, dass Bedenken mehr als nur angezeigt gewesen seien.

Wer ohne zu wissen, was sein Gegenüber tatsächlich treibe, wo oder was er arbeite, irgendwelchen unbelegten Angaben vertraue und ohne mit einer minimalsten Aktivität wie bspw. dem problemlosen Einholen eines Betreibungsregisterauszugs Gelder in erheblichem Ausmass übergebe, zumal es ihm noch egal sei, wofür, handle mehr als nur leichtfertig und verdiene keinen strafrechtlichen Schutz, auch dann nicht, wenn er den Vertragspartner seit zwei Jahren gekannt habe.

In subjektiver Hinsicht, was die Staatsanwaltschaft gar nicht mehr erst geprüft habe, habe es dem Rekursgegner 1 ganz offensichtlich am nötigen Vorsatz gefehlt, den Rekurrenten betrügerisch zu schädigen. Er habe stets Zahlungsabsicht gehabt. So sei der Rekursgegner 1 damals noch fest davon überzeugt gewesen, dass seine Investition bei D._____ seinerseits gewinnbringend angelegt sei und es ihm ermöglicht hätte, die aufgenommenen Darlehen auch wieder zurückzuzahlen. Erst im Nachhinein habe sich leider gezeigt, dass er, der Rekursgegner 1 einem Betrug zum Opfer gefallen sei, was schliesslich dazu geführt habe, dass er Privatkonkurs habe anmelden müssen. Dennoch habe er auch heute noch den Willen, dem Rekurrenten das Darlehen zurückzubezahlen. Der Rekursgegner 1 habe sich also nie unrechtmässig am Geld des Rekurrenten bereichern wollen.

Zusammenfassend müsse von einer nicht schützenswerten augenfälligen Leichtfertigkeit beim Rekurrenten und von einem ebenso offenkundigen mangelnden betrügerischen Vorsatz beim Rekursgegner 1 ausgegangen werden. Damit rechtfertige es sich ohne Weiteres, die Strafuntersuchung einzustellen, bevor noch weitere Kosten anfielen (Urk. 12).

6. Stellungnahme des Rekurrenten

Der Rekurrent liess in seiner Stellungnahme im Wesentlichen zusammengefasst und sinngemäss geltend machen, er habe zwischenzeitlich die Akten einsehen können und habe noch folgende Bemerkungen dazu: Der Polizeirapport vom 6. Juli 2010 zeige unmissverständlich auf, dass der Rekursgegner 1 schon früher nach dem gleichen Strickmuster vorgegangen sei und der rapportierende Sachbearbeiter der Kantonspolizei sei von der Strafbarkeit des Tuns absolut überzeugt gewesen. Er habe sogar weiter die ältere Version aufrecht erhalten, das Geld jeweils an einen D. _____ weitergegeben zu haben zwecks Anlage, was ja nicht nur in diesem Fall, sondern auch früher bestritten sei und die entsprechende erwähnte Person ja über eine grössere Gegenforderung gegen den Rekursgegner 1 verfüge. Die Polizei habe dann auch im Rapport auf Seite 7 erwähnt, dass gestützt auf die Einvernahme vom 28. April 2010 der Betrug im Prinzip zugestanden worden sei. Weiter beweise der Betreibungsregisterauszug, dass ja schon vor der hier interessierenden Angelegenheit massive Forderungen bestanden hätten und von einer eigentlichen Überschuldung, ja leichtsinnigen oder eben strafbaren Lebensart habe ausgegangen werden müssen. Wenn dann unter diesen Vorzeichen weiter solche "Darlehensgeschäfte" getätigt würden, so nur im Bemühen, den eigenen Lebensunterhalt durch fraudulöse Handlungen zu ermöglichen. Der Beweis, dass das Geld weitergegeben worden sei, sei bekanntlich gescheitert. Selbst wenn das Geld einem Dritten übergeben worden wäre, ohne irgendwelche Formalitäten und Absicherungen, so würde dies den Rekursgegner 1 nicht entlasten. Im Gegenteil sei von einer hartnäckigen Vorgehensweise, absolut skrupellos und nur auf den eigenen Vorteil bedacht, auszugehen. Erschwerend falle auch ins Gewicht, dass der Rekursgegner 1 gewusst habe, dass der Rekurrent über keinerlei finanzielle Polster für die Lebensbewältigung verfüge und es sich beim dortigen Pensionskassenguthaben um das einzige Aktivum von Belang gehandelt habe (Urk. 14).

7. Rechtliches und Würdigung

7.1. Gemäss § 30 Abs. 1 StPO/ZH besteht der Zweck der Untersuchung darin, den Tatbestand soweit zu ermitteln, dass entweder Anklage erhoben oder das

Verfahren eingestellt werden kann. Bei der Verfolgung dieses Zweckes steht der Untersuchungsbehörde ein gewisser Ermessensspielraum zu. Insbesondere hat die Untersuchungsbehörde diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die zur Klärung des Falles Wesentliches beizutragen vermögen. Andererseits ist sie nicht verpflichtet, alle erdenklichen Ermittlungshandlungen vorzunehmen. Nach Beendigung des Untersuchungsverfahrens entscheidet die Untersuchungsbehörde in einem Zwischenverfahren, ob Anklage erhoben wird oder nicht (§ 35 StPO/ZH). Eine definitive Einstellung erfolgt, wenn eine Straftat nicht vorliegt bzw. der Tatverdacht sich in der Untersuchung nicht derart verdichtete, dass mit einem verurteilenden Erkenntnis des Gerichtes gerechnet werden kann. Sinn dieser Prüfung ist es, den Angeschuldigten vor Anklagen zu schützen, die mit einiger Sicherheit zu Freisprüchen führen müssten. Da Untersuchungsbehörden jedoch nicht dazu berufen sind, über Recht oder Unrecht zu richten, dürfen sie nicht allzu rasch, gestützt auf eigene Bedenken, zu einer Einstellung schreiten. In Zweifelsfällen tatsächlicher oder rechtlicher Natur soll tendenziell Anklage erhoben werden. Der Grundsatz "in dubio pro reo" spielt hier nicht (vgl. zum Ganzen: Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 2004, N 793 ff. sowie Schmid in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 12 ff. zu alt § 38 StPO/ZH; in diesem Sinne auch Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel etc. 2005, § 78 N 3 ff.).

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Rekursverfahren keine umfassende Beweiswürdigung und auch keine abschliessende Prüfung der Glaubwürdigkeit der einzelnen Beteiligten und der Glaubhaftigkeit von deren Aussagen vorzunehmen ist, sondern dies nur insofern zu prüfen ist, als es für die Frage, ob die Untersuchung zu Recht eingestellt wurde oder nicht, von Bedeutung ist.

7.2. Des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Arglist liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Täter sich zur Täuschung besonderer Machenschaften (Lügengebäude) bedient, oder wenn er bloss falsche Angaben macht, deren Überprüfung jedoch dem Getäuschten nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und schliesslich dann, wenn der Täter den Getäuschten von einer möglichen Überprüfung abhält oder wenn er nach den Umständen voraussieht, dass jener die Überprüfung unterlassen wird, weil ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (statt Vieler: Arzt, Basler Kommentar, Strafrecht II, Basel 2007, Art. 146 N 56). Unabhängig von den vorstehend angeführten Varianten ist Arglist ausgeschlossen, wenn das Opfer die angesichts der konkreten Umstände und seiner persönlichen Verhältnisse angemessenen, grundlegendsten Vorsichtsmassregeln nicht beachtet (Opfermitverantwortung) (vgl. dazu BGE 122 IV 205; Pra. 91 (2002) Nr. 60 E.3a; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2010, Art. 146 N 14).

Bei der Berücksichtigung der Opfermitverantwortung ist allerdings nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Das Mass der vom Opfer erwarteten Aufmerksamkeit richtet sich vielmehr nach einem individuellen Massstab. Es kommt mithin auf die Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall an. Namentlich ist auf geistesschwache, unerfahrene oder auf Grund von Alter oder Krankheit beeinträchtigte Opfer oder auf solche, die sich in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder in einer Notlage befinden, und deshalb kaum im Stande sind, dem Täter zu misstrauen, Rücksicht zu nehmen. Der Leichtsinn oder die Einfalt des Opfers mögen dem Täter bei solchen Opfern die Tat erleichtern, auf der anderen Seite handelt dieser hier aber besonders verwerflich, weil er das ihm entgegengebrachte – wenn auch allenfalls blinde – Vertrauen missbraucht. Auf der anderen Seite sind die allfällige besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers in Rechnung zu stellen, wie sie etwa im Rahmen von Kreditvergaben Banken beigemessen wird.

Auch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täu-

schungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen ihm zur Verfügung stehenden Vorkehren trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt. Die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opferverantwortung kann daher nur in Ausnahmefällen bejaht werden (BGE 135 IV 80 ff.).

Die alleinige Vortäuschung des Erfüllungswillens ist nicht in jedem Fall arglistig, sondern nur, wenn die Überprüfung der Erfüllungsfähigkeit unzumutbar oder unmöglich ist und daher auch keine Schlüsse auf den Erfüllungswillen des Täters gezogen werden können (BGE 125 IV 128).

7.3. Aus dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes T._____ vom 2. Februar 2009 ergibt sich, dass der Rekursgegner 1 bereits in der Zeit vom 29. März 2004 bis 6. Februar 2006 offene Schulden von über Fr. 280'000.– hatte (Urk. 6/ND 2/1/5).

Es wäre für den Rekurrenten zumutbar gewesen, einen Betreibungsregisterauszug einzuholen. Bei der Übergabe eines Betrages in der Höhe von Fr. 100'000.– – und dies zudem in bar – wären weitere Abklärungen auch angezeigt gewesen. Ein Betreibungsregisterauszug ist zudem auch einfach zu beschaffen. Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführte, wären aus diesem Betreibungsregisterauszug die finanziellen Verhältnisse des Rekursgegners 1 und die gegen ihn eingelebten Forderungen in erheblichem Betrag sofort ersichtlich gewesen. Indem er es unterliess, wenigstens einen Betreibungsregisterauszug einzuholen, beachtete der Rekurrent die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht. Der Rekurrent erklärte denn auch, wenn er das gewusst hätte, dann hätte er ihm ganz bestimmt keinen einzigen Rappen gegeben. Vor dem Hintergrund dieser Aussage ist das Argument des Verteidigers, der Rekursgegner 1 hätte, selbst wenn ein Registerauszug über ihn persönlich vorgelegen wäre, dazu erklärt, das Darlehen werde ja seiner Unternehmung übergeben, und nicht ihm privat, nicht stichhaltig. Zudem hätte der Rekurrent bei Vorliegen eines solchen Betreibungsregisteraus-

zuges des Rekursgegners 1 privat auch der E._____ GmbH nicht ohne weitere Abklärungen einen solch hohen Betrag übergeben dürfen, waren doch einzig der Rekursgegner 1 und dessen Ehefrau Gesellschafter und Geschäftsführer dieser GmbH (vgl. Urk. 6/ND 2/1/1).

Der Rekurrent erklärte, sein Kündigungstermin [gemeint wohl: für das Pensionskassengeld] habe damals drei Monate betragen. Während dieser Zeit habe er schon immer wieder überlegt, ob er das Geld dem Rekursgegner 1 geben solle oder nicht (Urk. 6/ND 2/5 S. 4). Gemäss Aussagen seines Sohnes wies der Rekurrent den Rekursgegner 1 mehrmals darauf hin, dass er ehrlich sein solle (Urk. 6/ND 2/7 S. 4). Es darf daher davon ausgegangen werden, dass dem Rekurrenten bewusst war, dass der Rekursgegner 1 unehrlich sein könnte. Auch vor diesem Hintergrund hätte sich eine genauere Überprüfung der finanziellen Verhältnisse und Geschäftsaktivitäten des Rekursgegners 1 aufgedrängt. Auch aufgrund des hohen Zinses von 12 % (Urk. 6/ND 2/1/1a) hätte sich eine genauere Überprüfung der Angaben des Rekursgegners 1 in Bezug auf seine geschäftlichen Aktivitäten sowie dessen finanziellen Lage aufgedrängt. Zudem stand der Rekurrent nicht unter Zeitdruck, hatte er damals doch gemäss eigenen Angaben mindestens drei Monate Zeit, um sich die Geldübergabe zu überlegen. Während dieser Zeit wäre es ihm auch möglich und zumutbar gewesen, einen Betriebsregisterauszug des Rekursgegners 1 zu beschaffen.

Entgegen dem Vorbringen des Rechtsvertreters des Rekurrenten kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Rekurrent nicht um die Möglichkeit, einen Betriebsregisterauszug zu verlangen, wusste, wurde er doch von seiner ganzen Familie unterstützt und ist es doch üblich, dass solche Betriebsregisterauszüge zu Beginn eines Mietverhältnisses vorgelegt werden müssen. Auch erklärte der Rekurrent anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme nicht, er hätte nicht um die Möglichkeit eines Betriebsregisterauszuges gewusst (Urk. 6/ND 2/5). Zudem hätte er sich auch nach Möglichkeiten zur Überprüfung der finanziellen Verhältnisse erkundigen können. Die Behauptungen des Rekursgegners 1 hätten sich auch auf andere Weise überprüfen lassen: Der Rekurrent liess in seiner Strafanzeige vom 11. Mai 2009 geltend machen, der Rekursgegner 1 habe zur

Untermauerung seiner Seriosität Verträge vorgelegt, welche sein Engagement respektive seine Investitionen in Autobahnen in W._____ belegen sollten (Urk. 6/ND 2/3 S. 2). In der Rekurschrift (Urk. 2) und in der weiteren Stellungnahme des Rekurrenten (Urk. 14) findet sich die Behauptung, der Rekursgegner 1 hätte Verträge betreffend seine Investitionen in W._____ vorgelegt, nicht mehr. In den polizeilichen Einvernahmen findet sich keine Behauptung, wonach der Rekursgegner 1 dem Rekurrenten Unterlagen über seine Tätigkeit vorgelegt hätte. Dem Rekurrenten wäre es zumutbar gewesen, vom Rekursgegner 1 Geschäftsunterlagen über seine Tätigkeit in W._____, in der Schweiz und in den V._____ zeigen zu lassen. Die Angaben des Rekursgegners 1 wären mit verschiedenen geschäftlichen Unterlagen, Referenzen, Prospekten, getätigten Investitionen, einem Handelsregisterauszug und einem Betriebsauszug überprüfbar gewesen. Dieses Minimum an Vorsicht hätte er, insbesondere bei einem Betrag von Fr. 100'000.–, aufbringen müssen.

Der Rekurrent kannte den Rekursgegner 1 vor der Vertragsunterzeichnung seit rund zwei Jahren. Er bezeichnete die Beziehung als ein "kollegiales Verhältnis" (Urk. 67ND 2/5 S. 3 f.). Zudem darf wie oben ausgeführt davon ausgegangen werden, dass dem Rekurrenten bewusst war, der Rekursgegner 1 könnte unehrlich sein. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass nicht ein derart enges Vertrauensverhältnis bestand, welches die Unterlassung einer Überprüfung voraussehbar oder unzumutbar machte. Aus den bei den Akten liegenden Ausführungen und der Rekurschrift ergibt sich nicht, dass der Rekursgegner 1 den Rekurrenten aktiv von einer Überprüfung abgehalten hätte.

Nach dem Gesagten wäre dem Rekurrenten eine Überprüfung der finanziellen Verhältnisse des Rekursgegners 1 sowie die Beschaffung von Geschäftsunterlagen zumutbar gewesen. Die Einsicht in den Betriebsregisterauszug hätte auch Schlüsse auf den allfällig fehlenden Zahlungswillen des Rekursgegners 1 zugelassen. Da der Rekurrent vorliegend die mögliche und zumutbare Überprüfung unterliess, drängt sich der Schluss auf, dass das Tatbestandsmerkmal der Arglist nicht erfüllt ist. Weil der Gesichtspunkt der Überprüfbarkeit der falschen Angaben auch bei einem Lügengebäude oder bei betrügerischen Machenschaften Bedeu-

tung erlangt (BGE 135 IV 81), kann offen bleiben, ob ein Lügengebäude oder betrügerische Machenschaften vorliegend überhaupt erfüllt wären.

Zudem beachtete der Rekurrent nach dem Gesagten die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht, weshalb Arglist auch aus diesem Grund zu verneinen ist (Opfermitverantwortung).

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass vorliegend keine strafrechtlich relevante Handlung im Sinne von Art. 146 StGB gegeben ist. Die Staatsanwaltschaft hat die Untersuchung demnach zu Recht eingestellt, weshalb der Rekursantrag Ziffer 1 gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 28. September 2010 abzuweisen ist.

Nachdem die Staatsanwaltschaft die Untersuchung zu Recht eingestellt hat, kann über eine Zivilforderung des Rekurrenten nicht entschieden werden. Demnach ist auch der Rekursantrag Ziffer 2 des Rekurrenten abzuweisen.

IV. Entschädigung für das Untersuchungs- und Strafverfahren

Der Rekurrent beantragt, der Rekursgegner 1 habe ihn für das Untersuchungs- und Strafverfahren angemessen zu entschädigen (Antrag Ziffer 3). Gemäss Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Einstellungsverfügung wäre die gerichtliche Beurteilung des Entscheides über Kosten und Entschädigung innert 20 Tagen von der Mitteilung an gerechnet beim Einzelrichter des Bezirkes Winterthur zu verlangen gewesen (Urk. 3; § 44 StPO/ZH). Seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 ist gegen den Entscheid über Kosten und Entschädigung nicht mehr die gerichtliche Beurteilung durch den Einzelrichter, sondern eine Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz, mithin der hiesigen Kammer, gegeben (Art. 322 StPO; Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, StPO, Basel 2011, Art. 322 N 5). Es erscheint daher sachgerecht, im vorliegenden Verfahren auch über die Entschädigung für die Strafuntersuchung materiell zu entscheiden. Ist der Angeschuldigte bei Einstellung kostenpflichtig, so kann er nach Praxis zur zürcherischen Strafprozessordnung wie bei Freispruch nach § 189 Abs. 1 Satz 2 StPO/ZH zu einer Entschädigung an den Geschädigten für

Umtriebe verpflichtet werden (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 42 N 38). Voraussetzung für eine Entschädigung ist nach § 189 Abs. 1 StPO/ZH, dass der Angeschuldigte die Einleitung der Untersuchung durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verursacht hat. Wie die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung zutreffend festhielt, kam der Rekursgegner 1 seinen vertraglichen Verpflichtungen gemäss Darlehensvertrag nicht nach, womit er Anlass zur Einleitung der Untersuchung gegeben hat, was er sich vorwerfen lassen muss. Entsprechend ist er zu verpflichten, dem Rekurrenten für die in der Strafuntersuchung eine Entschädigung zu bezahlen. Der Rekurrent war im Untersuchungsverfahren anwaltlich vertreten, was angemessen erscheint. Sein Rechtsvertreter formulierte insbesondere die Strafanzeige und erledigte weitere Korrespondenz (Urk. 6/ND 2/3; Urk. 6/ND 2/11). Die Aufwendungen erfolgten alle noch vor dem 1. Januar 2011 und damit unter Geltung eines Mehrwertsteuersatzes von 7,6 %. Es rechtfertigt sich damit eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer). Der Rekurs ist insoweit gutzuheissen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Rekurrent unterliegt mit seinen Anträgen fast vollständig. Die Kosten des Rekursverfahrens, eingeschlossen die Kosten der amtlichen Verteidigung, sind demzufolge dem Rekurrenten aufzuerlegen (§ 396a StPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses wird der Rekursgegner 1 verpflichtet, den Rekurrenten für das Untersuchungsverfahren mit Fr. 1'076.– zu entschädigen. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Diese Gerichtsgebühr sowie die noch festzusetzenden Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Rekurrenten auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an:

- den Vertreter des Rekurrenten, zweifach, für sich und zuhanden des Rekurrenten (per Gerichtsurkunde)
- den Vertreter des Rekursgegners 1, zweifach, für sich und zuhanden des Rekursgegners 1 und mit dem Ersuchen umgehend eine Zusammenstellung seiner Aufwendungen im Rekursverfahren einzureichen (per Gerichtsurkunde)
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (gegen Empfangsschein)

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:

- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (unter Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 6]; gegen Empfangsschein).

5. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

Zürich, 4. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. M. Wetli