

# **BGer 6B 125/2012 vom 28. Juni 2012**

Bundesgericht, 2012-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_125\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_125_2012)

FR: TF 6B 125/2012 du 28 juin 2012

IT: TF 6B 125/2012 del 28 giugno 2012

## **Regeste**

Betrug; rechtliches Gehör, Willkür | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des Anklageprinzips geltend. Die Tatbestandsmerkmale der Arglist, eines täuschungsbedingten Irrtums sowie der Bereicherungsabsicht würden in der Anklageschrift weder rechtsgenügend behauptet noch näher dargelegt.

### **E. 1.2**

Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Die Anklageschrift muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör ( BGE 126 I 19 E. 2a; 120 IV 348 E. 2b mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Das Anklageprinzip ist verletzt, wenn der Angeschuldigte für Taten verurteilt wird, bezüglich welcher die Anklageschrift den inhaltlichen Anforderungen nicht genügt. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Die A. \_\_\_\_\_ leistete die Versicherungszahlungen gemäss der Anklageschrift in der Meinung, eine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, was sich jedoch als teilweise falsch erwiesen habe. Aus der Anklage ergibt sich zudem zumindest sinngemäss, dass der Beschwerdeführer in Bereicherungsabsicht sowie mit Wissen und Willen gehandelt haben soll.

### **E. 1.4**

Ob das in der Anklageschrift umschriebene Verhalten des Beschwerdeführers arglistig war und die falsche Vorstellung der A. \_\_\_\_\_ einem Irrtum im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB gleichkommt, ist eine Rechtsfrage und wird nachfolgend zu beurteilen sein.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet, die Untersuchungsrichterin habe ihm im Untersuchungsverfahren gedroht, seine Kunden zu kontaktieren, wenn er sich weiterhin auf sein Aussageverweigerungsrecht berufe. Damit habe sie sein Recht auf ein faires Verfahren sowie das Willkürverbot verletzt, da die Kontaktaufnahme mit seinen Kunden klar unverhältnismässig gewesen wäre und als konkrete Drohung zu verstehen gewesen sei.

## **E. 2.2**

Die Befragung der Kunden des Beschwerdeführers wäre unter den gegebenen Umständen durchaus zulässig und geeignet gewesen, um die Arbeitstätigkeit zu beweisen. Darin kann weder eine Drohung noch eine unverhältnismässige Untersuchungshandlung gesehen werden. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet.

## **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie von Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. d EMRK, da die Vorinstanz seinen Antrag auf Zeugeneinvernahme der ihn im Auftrag der A. \_\_\_\_\_ observierenden Person abgewiesen habe.

### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz stellt für die Ermittlung der effektiven Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers auf die Observationsberichte der D. \_\_\_\_\_ AG ab, welche von der A. \_\_\_\_\_ zwecks Überwachung beigezogen wurde. Die Berichte würden belegen, dass der Beschwerdeführer an mehreren Tagen im relevanten Zeitraum verschiedene, nicht unerhebliche geschäftliche Arbeiten erledigt habe. Dies ergebe sich mit aller Deutlichkeit aus dem beiliegenden Filmmaterial. Es zeige unter anderem den Beschwerdeführer, der sich morgens teils bereits vor acht Uhr auf den Weg zur Arbeit mache (Urteil E. III. 1c/cc S. 7). Den Antrag auf Einvernahme des Observierenden weist die Vorinstanz mit der Begründung ab, die Observationsberichte seien dem Beschwerdeführer bekannt gewesen, und er habe dazu Stellung nehmen können. Das rechtliche Gehör sei ihm vollumfänglich gewährt worden. Die Observationsberichte würden im Wesentlichen äusserlich wahrnehmbare Vorgänge dokumentieren, welche durch im Recht liegende Fotos und Videoaufnahmen belegt würden und damit überprüfbar seien sowie für sich sprechen würden. Die observierende Person könnte darüber hinaus nichts aussagen, weshalb der Antrag auf ihre Einvernahme abzuweisen sei (Urteil E. III.1.c/dd S. 8).

### **E. 3.2.2**

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, die Videoaufnahmen seien derart eindrücklich, dass eine Befragung des Observierenden keine zusätzliche Klärung gebracht hätte (act. 12 S. 2).

### **E. 3.3.1**

Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Angeschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind, muss der Beschuldigte namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können ( BGE 133 I 33 E. 2.2 ; 131 I 476 E. 2.2 ; 129 I 151 E. 3.1 und 4.2; je mit Hinweisen). Dieser Anspruch wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet ( BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 480 ; 129 I 151 E. 3.1 mit Hinweisen). Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich ein absoluter Charakter zu ( BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481 ; 129 I 151 E. 3.1). Die Beantwortung von Fragen der Verteidigung an den Belastungszeugen darf nicht

mittels antizipierter Beweiswürdigung für nicht notwendig erklärt werden ( BGE 129 I 151 E. 4). Dies gilt - entgegen dem Hinweis in BGE 129 I 151 E. 4.3 - auch, wenn das streitige Zeugnis nicht den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] i.S. Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011, § 120 mit Hinweisen). Unerheblich ist, dass die belastende Aussage lediglich eines von mehreren Gliedern einer Indizienkette ist (Urteile 6B\_56/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 2.1; 6B\_781/2009 vom 6. Januar 2010 E. 1; 6B\_708/2007 vom 23. April 2008 E. 4.4.3). Nach der Rechtsprechung des EGMR kann auf eine Konfrontation des Angeklagten mit dem Belastungszeugen oder auf die Einräumung der Gelegenheit zu ergänzender Befragung des Zeugen unter besonderen Umständen verzichtet werden. Der Gerichtshof liess die fehlende Befragung des Belastungszeugen unbeanstandet, wenn dieser berechtigterweise das Zeugnis verweigerte oder trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar blieb oder verstorben war. Erforderlich war in diesen Fällen jedoch, dass der Beschuldigte zu den belastenden Aussagen hinreichend Stellung nehmen konnte, die Aussagen sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch nicht allein darauf abgestützt wurde ( BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481 f. mit zahlreichen Hinweisen). Verlangt wurde zudem, dass die Behörden den Umstand nicht selbst zu vertreten hatten, dass der Angeklagte seine Rechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte ( BGE 131 I 476 E. 2.3.4). Im Urteil i.S. Al-Khawaja und Tahery relativierte der EGMR seine bisherige Rechtsprechung insofern, als unter Umständen auch ein Streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung ("preuve unique ou déterminante") ohne Konfrontation mit dem Belastungszeugen verwertbar sein kann, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, um den Anspruch des Angeschuldigten auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels zu gewährleisten (Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien, a.a.O., § 147; vgl. dazu ARQUINT/SUMMERS, Al-Khawaja and Tahery v. UK, forum poenale 2/2012 S. 112 ff.; FRANK MEYER, Die "sole or decisive"-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen - not so decisive anymore, HRRS 3/2012 S. 117 ff.; ANTJE DU BOIS-PEDAIN, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der nicht verfügbare Zeuge: Weist der modifizierte Lucà-Test den Weg aus der Sackgasse?, HRRS 3/2012 S. 120 ff.). Auch bei dieser Gelegenheit betonte der EGMR jedoch, dass dies nur gilt, wenn die Einschränkung des Konfrontationsrechts notwendig war, d.h. das Gericht vorgängig vernünftige Anstrengungen unternommen hat, um das Erscheinen des Zeugen vor Gericht sicherzustellen (Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien, a.a.O., § 120 ff.).

### **E. 3.3.2**

Der Begriff des Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können ( BGE 131 I 476 E. 2.2 ; 125 I 127 E. 6a mit Hinweisen). Auch ein verdeckter Ermittler, der im Strafverfahren nie einvernommen wurde, sondern sich lediglich in einem schriftlichen Bericht zu seinen Beobachtungen äusserte, ist als Zeuge im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK zu betrachten (Urteil des EGMR i.S. Lüdi gegen die Schweiz, Serie A, Bd. 238, Ziff. 42-44; vgl. dazu auch BGE 121 I 306 E. 1c sowie Urteil 1P.520/2000 vom 27. Oktober 2000 E. 2). Dass sich die Verfahrensgarantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht nur auf mündliche (Zeugen-)Aussagen erstreckt, ergibt sich auch aus weiteren Entscheiden des EGMR (vgl. Urteil des EGMR i.S. Papageorgiou Georgios gegen Griechenland, Recueil CourEDH 2003-VI, § 35 ff.; vgl. zur Konfrontation mit

Sachverständigen zudem das Urteil des EGMR i.S. Balsyte-Lideikiene gegen Litauen vom 4. November 2008, § 62 ff.; BGE 127 I 73 E. 3f mit Hinweisen sowie JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N. 243 zu Art. 6 EMRK ; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2011, N. 117 S. 452). Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist nicht die mündliche Einvernahme (unter Zeugnispflicht), sondern ob sich eine Person im Strafverfahren schriftlich oder mündlich wie ein Zeuge äussert und es dem Beschuldigten daher möglich sein muss, die Glaubhaftigkeit der belastenden Aussage zu prüfen und deren Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage zu stellen. Der Konfrontationsanspruch soll nicht dadurch umgangen werden können, dass auf die Einvernahme von Personen, welche den Angeschuldigten schriftlich belasten, gänzlich verzichtet wird. Die Zeugeneinvernahme bewirkt in solchen Fällen auch, dass die Betroffenen auf die Wahrheitspflicht und die strafrechtlichen Folgen eines falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB aufmerksam gemacht werden. Dieser Aspekt bildet ebenfalls Bestandteil des Anspruchs auf ein faires Verfahren. Davon zu unterscheiden sind andere belastende Dokumente - beispielsweise Verträge oder Protokolle von Verwaltungsratssitzungen - deren Ersteller keine Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sind (Urteil 6B\_102/2011 vom 14. Februar 2012 E. 8.3) und auf welche unter Umständen auch ohne vorgängige Konfrontation mit diesen abgestellt werden kann.

### **E. 3.3.3**

Der Observierende ist gleich wie auch ein verdeckter Ermittler Zeuge im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK . Der Beschwerdeführer war nur in geringem Umfang geständig. Die vorinstanzlich festgestellte Arbeitstätigkeit im Umfang von 30 % basiert massgeblich auf dem Observationsbericht vom 13. Februar 2008. Die Vorinstanz durfte den Antrag des Beschwerdeführers auf Einvernahme des Observierenden nicht in antizipierter Beweiswürdigung abweisen, da der Anspruch des Angeschuldigten auf Konfrontation mit dem Belastungszeugen grundsätzlich absoluter Natur ist. Gründe, weshalb die Einvernahme des Observierenden nicht möglich gewesen wäre, bringt sie nicht vor. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin, wenn sie argumentieren, das vom Observierenden erstellte Foto- und Filmmaterial würde für sich sprechen. Einerseits wäre dieses ohne den dazugehörigen Observationsbericht wenig aussagekräftig. Andererseits dokumentiert die DVD von ca. 26 Minuten betreffend die Überwachungsphase vom 3. Dezember 2007 bis am 8. Februar 2008 nur gewisse kurze Sequenzen. Die Vorinstanz stellt klarerweise auch auf die zusätzlichen, ausschliesslich im Observationsbericht wiedergegebenen Beobachtungen ab.

### **E. 3.4**

Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet. Die Observationsberichte der D. \_\_\_\_\_ AG sind ohne vorgängige Konfrontation mit dem Observierenden grundsätzlich nicht verwertbar. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen und die Angelegenheit zur ergänzenden Beweiserhebung und Sachverhaltsfeststellung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nicht weiter einzugehen ist damit auf den Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz gehe willkürlich und in Verletzung ihrer Begründungspflicht von einer über die Schadensminderungspflicht hinausgehenden Arbeitstätigkeit aus.

### **E. 3.5**

Im Hinblick auf den neuen Entscheid der Vorinstanz rechtfertigt es sich, die weiteren Rügen in der Beschwerde zu behandeln.

### **E. 4.1**

In tatsächlicher Hinsicht wendet der Beschwerdeführer ein, er habe bei der A. \_\_\_\_\_ nicht bloss eine Unfall- und eine Krankentaggeldversicherung gehabt, sondern er sei umfassend (Krankenversicherung, Unfallversicherung, Unfallversicherung in Ergänzung zum UVG, Motorfahrzeugversicherung, BVG-Versicherung, Betriebshaftpflicht usw.) versichert gewesen. Entgegen der Annahme der Vorinstanz habe er die A. \_\_\_\_\_ zudem nicht erst am 5. November 2007 über den Unfall in Kenntnis gesetzt. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der A. \_\_\_\_\_ sei das Taggeld zu bezahlen, wenn der Versicherte "nach ärztlicher Feststellung" arbeitsunfähig sei. Die Formulierung in den AVB lasse explizit Raum für Tätigkeiten des Versicherten, welche ihm ärztlicherseits und objektiv nicht zugemutet würden, indessen seinen Wiedereinstieg in das Berufsleben erleichterten.

### **E. 4.2**

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann nur gerügt werden, wenn sie willkürlich ( Art. 9 BV ) ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 134 IV 36 E. 1.4.1).

### **E. 4.3**

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer nicht vor, er habe die A. \_\_\_\_\_ verspätet über den Unfall informiert. Sie geht entgegen dessen Behauptung vielmehr davon aus, die Web-Schadensmeldung sei bereits am 18. Oktober 2007 erfolgt (Urteil E. III. 1.a/aa S. 4). Die Frage nach der vollständigen Versicherungsdeckung durfte sie offen lassen, da dies für die sich vorliegend stellenden Rechtsfragen nicht von Relevanz war.

### **E. 4.4.1**

Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der beteiligten Parteien ( Art. 18 Abs. 1 OR ). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vor dem Bundesgericht nur gerügt werden kann, wenn sie willkürlich ist oder einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG gleichkommt ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 III 410 E. 3.2; 133 III 675 E. 3.3 mit Hinweisen). Die Rüge der Willkür muss präzise vorgebracht und begründet werden, ansonsten darauf nicht eingetreten wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 136 II 489 E. 2.8; je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Die objektivierte Vertragsauslegung prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage ( BGE 135 III 410 E. 3.2; 133 III 675 E. 3.3).

### **E. 4.4.2**

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, die vorinstanzliche Vertragsauslegung, welche erkennbar auf subjektiven Kriterien basiert, sei willkürlich. Selbst wenn ein subjektiver Konsens verneint würde, wären der Versicherungsvertrag und die AVB vorliegend im

Lichte des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) und der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen auszulegen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern die Vorinstanz dies verkannt und eine rechtswidrige Auslegung vorgenommen haben soll. Nicht einzutreten ist auf seinen Einwand, die Taggelder seien unabhängig von einer allfälligen Arbeitstätigkeit geschuldet gewesen, da er aus medizinischer Sicht arbeitsunfähig gewesen sei ( Art. 106 Abs. 2; Art. 42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung und eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 146 Abs. 1 StGB , da sein Verhalten nicht arglistig gewesen sei. Er bringt wie bereits im kantonalen Verfahren vor, der A. \_\_\_\_\_ sei bekannt gewesen, dass er als Innenarchitekt einen Einmann-Betrieb führe, laufende Grossprojekte zu betreuen gehabt habe und es sich nicht habe leisten können, gar nichts zu machen. Er habe sich organisieren und das Notwendigste und Dringlichste (Outsourcing, Kontrolle) erledigen müssen. Die A. \_\_\_\_\_ habe gewusst, dass er ein - in solchen Fällen übliches und von ihr auch angebotenes - Case Management und eine Regelung der notwendigsten Arbeiten trotz (bekannter) 100 %iger medizinischer Arbeitsunfähigkeit gebraucht habe. Sie sei auch gestützt auf Art. 43 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) verpflichtet gewesen, die notwendigen Abklärungen zu treffen und die erforderlichen Auskünfte einzuholen. Er habe nie behauptet, er mache rein gar nichts mehr, sondern habe die A. \_\_\_\_\_ im Gegenteil auf sein Dilemma hingewiesen. Dieser wäre es ohne besondere Mühe möglich gewesen, die behauptete Täuschung mit einer simplen Nachfrage zu vermeiden. Er habe auch nie versucht, die Mitarbeiter der A. \_\_\_\_\_ von einer Überprüfung abzuhalten. Die Vorinstanz habe seine Beweisanträge auf Edition des vollständigen Versicherungsdossiers und Einvernahme seines Beraters bei der A. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, sowie von F. \_\_\_\_\_ in Verletzung von Art. 63 Abs. 1 und 2 StP/SG sowie seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren abgewiesen. Er habe E. \_\_\_\_\_ unmittelbar nach dem Unfall vom 16. Oktober 2007 insgesamt fünfmal angerufen und über 40 Minuten mit ihm gesprochen. Mit Schreiben der A. \_\_\_\_\_ vom 22. Oktober 2007 sei er für Fragen im Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall vom 16. Oktober 2007 explizit auf diesen verwiesen worden. Im November 2007 habe er fünfmal und in der Folge auch im Dezember 2007 mit F. \_\_\_\_\_ telefonisch Kontakt aufgenommen. Anlässlich dieser Telefonate habe er E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ orientiert und um Beratung ersucht. Dabei sei auch über das Geschäft gesprochen worden.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei sich im Klaren gewesen, dass seine Äusserungen gegenüber den Ärzten auch so der Versicherung kommuniziert würden. Er habe die A. \_\_\_\_\_ glauben lassen, ab dem 16. Oktober 2007 und bis etwa Mitte Januar 2008 vollumfänglich arbeitsunfähig (gewesen) zu sein. Zugleich habe er um Auszahlung von Taggeldern ersucht. Die Annahme der 100 %igen Arbeitsunfähigkeit während des relevanten Zeitraums stütze sich gerade auf die wiederholten Meldungen und Angaben des Beschwerdeführers (Web-Schadensmeldung, eingereichte Arztzeugnisse, Unfallscheine UVG, Angaben gegenüber dem Vertrauensarzt der A. \_\_\_\_\_). Seine Vorwürfe, die A. \_\_\_\_\_ sei ihrer Opfermitverantwortung nicht nachgekommen bzw. sie habe das "Case Management" vernachlässigt, zielten ins Leere. Auch wenn es sich bei diesem um einen

Einzelunternehmer handle, habe die Versicherung ihn auf der von ihm wiederholt geltend gemachten 100 %igen Arbeitsunfähigkeit behaften dürfen und sei nicht verpflichtet gewesen, Hand zur Lösung geschäftlicher Probleme zu bieten. Entsprechend seien die Anträge auf Befragung des Versicherungsberaters und Einholung des vollständigen Versicherungsdossiers der A.\_\_\_\_\_ abzuweisen (Urteil E. III. 1a/cc S. 5 f.). Es sei nicht davon auszugehen, dass die Ärzte eine 100 %ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt hätten, wenn ihnen der tatsächliche Umfang der Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers bekannt gewesen wäre (Urteil E. III.2.c S. 9). Ebenso wenig habe die A.\_\_\_\_\_ bei einer vom Beschwerdeführer geltend gemachten 100 %igen Arbeitsunfähigkeit trotz ihres möglichen Wissens um seine berufliche Situation von einem Arbeitsumfang ausgehen müssen, wie ihn dieser tatsächlich praktiziert habe (Urteil E. III.2.d S. 9). Die Täuschung sei arglistig gewesen. Der A.\_\_\_\_\_ sei es nicht möglich gewesen, die Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers ohne Weiteres zu überprüfen. Eine direkte Nachfrage bei ihm hätte der Versicherung keine neuen Erkenntnisse gebracht (Urteil E. III.2.e S. 10). Gemäss dem Vorermittlungsbericht der D.\_\_\_\_\_ AG vom 5. Dezember 2007 habe zwar der Verdacht bestanden, dass der Beschwerdeführer erwerbstätig sei, aber eben nur ein Verdacht. Lediglich ein solcher hätte zum damaligen Zeitpunkt auch vorgelegen, wenn die Sachbearbeiterin bei der A.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, die geschäftliche Situation des Beschwerdeführers bzw. seine spezielle Problematik als selbstständiger Einzelunternehmer gekannt hätte. Auf die beantragte Befragung von F.\_\_\_\_\_ sei daher zu verzichten (Urteil E. III.2.g S. 10).

### **E. 5.3.1**

Den Tatbestand des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt, 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.

### **E. 5.3.2**

Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Zukünftige Ereignisse sind, soweit sie jedenfalls ungewiss sind, keine Tatsachen ( BGE 135 IV 76 E. 5.1 mit Hinweisen). Der Täter handelt arglistig im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB , wenn er ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Ein Lügengebäude liegt vor, wenn mehrere Lügen derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind und von besonderer Hinterhältigkeit zeugen, dass sich selbst eine kritische Person täuschen lässt. Als besondere Machenschaften gelten Erfindungen und Vorkehren sowie das Ausnützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt auf Lügen oder Kniffe geeignet sind, den Betroffenen irrezuführen ( BGE 135 IV 76 E. 5.2 S. 81 mit Hinweisen). Arglist wird auch bei einfachen falschen Angaben bejaht, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und wenn der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieses die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde ( BGE 135 IV 76 E. 5.2 S. 81 f.; 128 IV 18 E. 3a; je mit Hinweisen). Besondere betrügerische Machenschaften sind nach der Rechtsprechung unter anderem gegeben, wenn dem Gutachter anlässlich der Exploration

jedenfalls im vorgegebenen Ausmass nicht vorhandene Schmerzen und Beeinträchtigungen in einer eigentlichen Inszenierung vorgespielt werden (Urteil 6B\_46/2010 vom 19. April 2010 E. 4.3). Im Zusammenhang mit einem geltend gemachten Schleudertrauma wurde Arglist in der Rechtsprechung wiederholt mit der Begründung bejaht, der Betroffene habe tatsächlich nicht bestehende Beschwerden vorgetäuscht (vgl. Urteile 6B\_188/2007 vom 15. August 2007 E. 6.4; 6B\_225/2009 vom 13. Juli 2009 E. 1.5; vgl. auch Urteile 6B\_299/2007 vom 11. Oktober 2007 und 6S.379/2004 vom 29. November 2004 E. 2).

### **E. 5.3.3**

Arglist scheidet aus, wenn der Getäuschte den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Das Mass der vom Opfer erwarteten Aufmerksamkeit richtet sich nach einem individuellen Massstab. Es kommt mithin auf die Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall an. Namentlich ist auf geistesschwache, unerfahrene oder aufgrund von Alter oder Krankheit beeinträchtigte Opfer oder auf solche, die sich in einem Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder in einer Notlage befinden, und deshalb kaum imstande sind, dem Täter zu misstrauen, Rücksicht zu nehmen. Auf der anderen Seite sind 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 Opfermitverantwortung erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehren trifft. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Getäuschten, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt ( BGE 135 IV 76 E. 5.2 S. 80 f.; 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a; je mit Hinweisen). Nach der im Bereich der Sozialhilfe ergangenen Rechtsprechung handelt eine Behörde leichtfertig, wenn sie die eingereichten Belege nicht prüft oder es unterlässt, die um Sozialhilfe ersuchende Person aufzufordern, die für die Abklärung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse relevanten Unterlagen wie beispielsweise die letzte Steuererklärung und Steuerveranlagung oder Kontoauszüge einzureichen. Hingegen kann ihr eine solche Unterlassung nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn diese Unterlagen keine oder voraussichtlich keine Hinweise auf nicht deklarierte Einkommens- und Vermögenswerte enthalten (vgl. Urteile 6B\_1071/2010 vom 21. Juni 2011 E. 6.2.3; 6B\_22/2011 vom 23. Mai 2011 E. 2.1.2 m.w.H.). Leichtfertigkeit wird namentlich angenommen, wenn die Behörde den Gesuchsteller nicht zu den von ihm vorgetragenen widersprüchlichen Angaben befragt (Urteil 6B\_576/2010 vom 25. Januar 2011 E. 4.2). Diese Grundsätze gelangen auch im Sozialversicherungsrecht zur Anwendung.

### **E. 5.4**

Die Rügen des Beschwerdeführers sind auch in diesem Punkt begründet.

#### **E. 5.4.1**

Der vorliegende Fall ist mit den zuvor zitierten, welche ebenfalls ein Schleudertrauma betreffen (vgl. die unter E. 5.3.2 in fine erwähnten Urteile), nicht gleich gelagert. Damals wurde den Betroffenen vorgeworfen, ein Schleudertrauma simuliert bzw. über einen längeren Zeitraum in beträchtlichem Umfang offensichtlich nicht bestehende Beeinträchtigungen vorgetäuscht zu haben. Vorliegend geht es demgegenüber um eine umstrittene Arbeitstätigkeit in einer ersten, relativ kurzen Zeit von drei Monaten nach dem

Unfallereignis im eher geringen Umfang von 30 %, während nicht zur Diskussion steht, dass der Beschwerdeführer tatsächlich an den typischen Beschwerden eines Schleudertraumas litt. Eine Täuschung über die Symptome wird ihm ausdrücklich nicht vorgeworfen. Er soll den Ärzten jedoch den tatsächlichen Umfang seiner Arbeitseinsätze verschwiegen haben (Urteil E. III.2.c und d S. 9; erstinstanzliches Urteil S. 16 und 18). Grundsätzlich ist es am Arzt und nicht am Patienten, das Krankheitsbild festzustellen und gestützt darauf die Arbeitsfähigkeit zu ermitteln. Dies muss auch bei einem Schleudertrauma gelten, obschon die Ärzte auf diesem Gebiet bei der Feststellung des Grades der Arbeitsunfähigkeit mangels organisch nicht nachweisbarer pathologischer Befunde oftmals in hohem Masse auf das Ergebnis der Befragung des Patienten zu seinen Beschwerden und Einschränkungen angewiesen sind (vgl. Urteil 6B\_188/2007 vom 15. August 2007 E. 6.4). Die Vorinstanz schliesst von der Arbeitstätigkeit im Umfang von 30 % auf eine bloss 70 %ige Arbeitsunfähigkeit, ohne dem Beschwerdeführer jedoch explizit anzulasten, er habe Schmerzen und Einschränkungen simuliert, bzw. zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin wirft dem Beschwerdeführer beispielsweise auch vor, er habe gegenüber mehreren Stellen geltend gemacht, er könne keine 50 Kilometer Auto fahren. Dennoch sei er mehrfach mit seinem Fahrzeug von seinem Wohnort ins Wallis gefahren (vgl. act. 12, Vernehmlassung S. 3). Die Vorinstanz äussert sich nicht dazu.

#### **E. 5.4.2**

Liess der Beschwerdeführer unter diesen Umständen wie von ihm behauptet gegenüber der A.\_\_\_\_\_ anlässlich zahlreicher Telefongespräche durchblicken, dass er trotz der ärztlich attestierten 100 %igen Arbeitsunfähigkeit weiterhin die notwendigsten Arbeiten erledigte, konnte von dieser verlangt werden, dass sie nachfragt und den Beschwerdeführer auffordert, den Umfang seiner Tätigkeit offenzulegen. Nicht willkürlich ist zwar die Auffassung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe, indem er der A.\_\_\_\_\_ die Arztzeugnisse und Unfallscheine einreichte bzw. von den Ärzten einreichen liess und gestützt darauf die Auszahlung der Taggelder verlangte, (sinngemäss) auch geltend gemacht, er gehe keiner Arbeitstätigkeit nach, da die volle Versicherungsleistung nur für diesen Fall geschuldet war. Insofern ist auch unerheblich, dass es sich bei der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit für einen künftigen Zeitraum um eine bloss Prognose handeln kann (vgl. Beschwerde S. 22 f.), da jedenfalls die Behauptung, nicht mehr arbeitstätig zu sein, eine vergangene oder gegenwärtige Tatsache betrifft (Urteil E. III.2.a.d S. 9). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Versicherung Widersprüchen nachzugehen hat, ansonsten ihr Leichtfertigkeit vorgeworfen werden muss und eine arglistige Täuschung zu verneinen ist. Immerhin sah sich die A.\_\_\_\_\_ bereits kurze Zeit nach dem Unfall vom 16. Oktober 2007 zu einer Observation veranlasst. Die Argumentation der Vorinstanz, eine direkte Nachfrage beim Beschwerdeführer hätte keine neuen Erkenntnisse gebracht, ist unhaltbar, da diesem damit ohne weitere Begründung unterstellt wird, er hätte ohnehin falsche Informationen geliefert.

#### **E. 5.4.3**

Die Vorinstanz stützt sich für die Begründung der Arglist scheinbar ausschliesslich auf die Web-Schadensmeldung vom 18. Oktober 2007 und die Angaben des Beschwerdeführers gegenüber den Ärzten (Arztzeugnisse, Unfallscheine UVG, Gespräche mit dem Vertrauensarzt der A.\_\_\_\_\_), unter Ausklammerung der telefonischen Kontakte des Beschwerdeführers mit der A.\_\_\_\_\_ bzw. deren Mitarbeitern (Urteil E. III. 1.a S. 4-6

und E. III.2.c-e S. 9 f.). Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass der Beizug des vollständigen Versicherungsdossiers und die Befragung von E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ zur Klärung der Frage beitragen kann, ob die ihm vorgeworfene Täuschung arglistig war. Hätte er die A. \_\_\_\_\_ anlässlich von verschiedenen Telefongesprächen auf sein Dilemma und die Notwendigkeit, sein Geschäft zu organisieren, hingewiesen, wäre Arglist unter Umständen zu verneinen (oben E. 5.4.2). Ob das Merkmal der Arglist erfüllt ist, beschlägt eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht mit voller Kognition prüft ( Art. 95 lit. a BGG ). Die Vorinstanz verletzt Art. 146 Abs. 1 StGB , wenn sie Arglist bejaht und dabei unberücksichtigt lässt, dass zwischen dem Beschwerdeführer und den Mitarbeitern der A. \_\_\_\_\_ unbestrittenermassen auch verschiedene Telefongespräche stattfanden. Wohl verweist die Vorinstanz für die rechtliche Würdigung pauschal auch auf die Ausführungen des Kreisgerichts (Urteil E. III.2.b S. 9). Dieses stellt überdies auf die den Beschwerdeführer belastenden Telefonnotizen von F. \_\_\_\_\_ vom 27. November und 12. Dezember 2007 ab. Der Beschwerdeführer soll F. \_\_\_\_\_ gemäss den Telefonnotizen an diesen Tagen telefonisch mitgeteilt haben, dass es ihm "gar nicht gut gehe", er "massive Einschränkungen" erleiden müsse und die volle Arbeitsunfähigkeit immer noch anhalte (erstinstanzliches Urteil S. 4, 5 f. und 16). Gleichzeitig wies das Kreisgericht den Antrag des Beschwerdeführers auf Einvernahme von F. \_\_\_\_\_ jedoch ab (erstinstanzliches Urteil S. 14 f.), obschon es sich unter den gegebenen Umständen auch bei dieser um eine Belastungszeugin im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK gehandelt hätte. Gründe, weshalb die Einvernahme nicht möglich gewesen wäre, werden auch diesbezüglich nicht geltend gemacht. Dieses Vorgehen ist mit dem Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren nicht vereinbar, da die A. \_\_\_\_\_ die Möglichkeit erhielt, belastende Telefonnotizen ins Recht zu legen, der Beizug des vollständigen Versicherungsdossiers und die Einvernahme von E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ aber verweigert wurden. Nicht vorbehaltslos zu überzeugen vermag auch die Argumentation des Kreisgerichts, E. \_\_\_\_\_ sei innerhalb der A. \_\_\_\_\_ für die Akquisition und Pflege der Kundenbeziehungen verantwortlich gewesen. Er habe den Beschwerdeführer beim Abschluss der obligatorischen Unfallversicherung, der Krankentaggeldversicherung und der Unfallversicherung in Ergänzung zum UVG beraten. Für die Betreuung und Abwicklung der Versicherungsleistungen nach dem Unfall vom 16. Oktober 2007 sei er hingegen nicht zuständig gewesen, weshalb seine Einvernahme unterbleiben könne (erstinstanzliches Urteil S. 14). Wäre erstellt, dass der Beschwerdeführer E. \_\_\_\_\_ anlässlich der behaupteten fünf Telefongespräche über seine Situation nach dem Unfall vom 16. Oktober 2007 orientierte, wäre dem bei der Beurteilung der Arglist grundsätzlich Rechnung zu tragen. Das Kreisgericht legt nicht dar, weshalb sich der Beschwerdeführer die Aufgabenteilung bei der A. \_\_\_\_\_ entgegenhalten lassen muss.

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer moniert, die A. \_\_\_\_\_ sei keinem Irrtum im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB unterlegen. Bereits der Vorermittlungsbericht vom 5. Dezember 2007 schliesse mit der zweifelsfreien Bemerkung, er sei "erwerbstätig". Ihr sei zudem kein Vermögensschaden entstanden, nachdem ihr ein äquivalenter Ersatzanspruch gegenüber der Nationale Suisse als Haftpflichtversicherung zustehe. Es fehle des Weiteren an der Bereicherungsabsicht. Motivation sei eine "Kompensation" gewesen. Auch habe er mittels Outsourcing Kosten von über Fr. 200'000.-- gehabt. Schliesslich sei seine Tätigkeit nicht zum Schaden, sondern zum Nutzen der Versicherung erfolgt, da die Wiedereingliederung durch Arbeitsversuche erleichtert werde.

## **E. 6.2**

Der Tatbestand des Betruges setzt eine irrtumsbedingte Vermögensdisposition des Getäuschten voraus, wodurch dieser sich selbst bzw. das seiner tatsächlichen Verfügung unterliegende Vermögen eines Dritten unmittelbar schädigt (vgl. BGE 133 IV 171 E. 4.3 zum Dreiecksbetrug). Erforderlich ist sodann ein Handeln in Bereicherungsabsicht. Der Schaden als Vermögensnachteil hat beim Betrugstatbestand der Bereicherung als Vermögensvorteil zu entsprechen (Erfordernis der Stoffgleichheit; BGE 134 IV 210 E. 5.3). Fehlt es an einer irrtumsbedingten Vermögensdisposition, d.h. blieb die Täuschung erfolglos, macht sich der Täter unter Umständen wegen vollendeten Betrugsversuchs strafbar, wenn sein Vorgehen arglistig war ( BGE 128 IV 18 E. 3b).

## **E. 6.3**

Die Auszahlung der Versicherungsleistungen an den Beschwerdeführer erfolgte am 28. November und 20. Dezember 2007 sowie am 6. Februar 2008. Die Vorinstanz führt mit Hinweis auf das erstinstanzliche Urteil aus, der Vorermittlungsbericht vom 5. Dezember 2007 stütze sich einzig auf die Auskunft von G.\_\_\_\_\_. Trotz der klaren Schlussbemerkung sei der Irrtum damit nicht beseitigt gewesen. Es habe damals ein Verdacht bestanden, dass der Beschwerdeführer erwerbstätig sei, aber eben nur ein Verdacht. Die A.\_\_\_\_\_ habe erst nach und nach sichere Kenntnis von den geschäftlichen Tätigkeiten des Beschwerdeführers erlangt. Gewissheit habe erst bei Vorliegen der späteren Observationsberichte der D.\_\_\_\_\_ AG bestanden. Sie habe die Versicherungsleistungen an den Beschwerdeführer zu Recht nicht bereits auf einen vorläufigen Verdacht hin eingestellt (Urteil E. III. 2.f und g S. 10; erstinstanzliches Urteil S. 18 f.).

## **E. 6.4**

Dass der Getäuschte an der Wahrheit des Vorbringens des Täuschenden zweifelt, schliesst einen Irrtum im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB nicht aus (GUNTHER ARZT, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl. 2007, N. 75 zu Art. 146 StGB ; TRECHSEL/CRAMERI, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, N. 14 zu Art. 146 StGB ). Dies muss namentlich gelten, wenn eine Leistung wie vorliegend bei Eintreffen eines bestimmten Sachverhalts vertraglich geschuldet ist und erst die sichere Kenntnis über die Täuschung dem Vertragspartner ermöglicht, diese zu verweigern. Die Rüge des Beschwerdeführers, die A.\_\_\_\_\_ sei keiner Täuschung unterlegen, geht fehl.

## **E. 6.5**

Die Einwände des Beschwerdeführers betreffend den Vermögensschaden und die Bereicherungsabsicht sind ebenfalls nicht stichhaltig. Das Regressrecht des Unfallversicherers gegenüber der Haftpflichtversicherung bezieht sich nur auf geschuldete Leistungen. Es schliesst einen Schaden des Ersteren nicht aus, wenn er täuschungsbedingt nicht geschuldete Leistungen erbringt. Gleiches gilt für die nicht näher substantiierte "Kompensation" und das behauptete Outsourcing. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, seine Tätigkeit habe der Wiedereingliederung gedient, macht er erneut und ohne nähere Begründung geltend, die Versicherungsleistungen seien nicht bloss im Umfang der tatsächlich unterbliebenen Arbeitstätigkeit geschuldet gewesen (vgl. dazu oben E. 4.1 und 4.4). Darauf ist nicht mehr einzugehen.

## **E. 7**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Soweit er obsiegt, sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton St. Gallen hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.