

# **BGer 6B\_469/2019 vom 7. November 2019**

Bundesgericht, 2019-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_469\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_469_2019)

FR: TF 6B\_469/2019 du 7 novembre 2019

IT: TF 6B\_469/2019 del 7 novembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht vereinigt mehrere Verfahren, wenn diese in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, namentlich wenn sie sich gegen denselben Entscheid richten, und wenn sie den gleich gelagerten Sachverhalt, dieselben Parteien sowie ähnliche oder gleichlautende Rechtsfragen betreffen (vgl. BGE 133 IV 215 E. 1 S. 217; 126 V 283 E. 1; Urteil 6B\_1208/2018 vom 6. August 2019 E. 1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Beschwerden gestützt auf Art. 71 BGG in sinngemässer Anwendung von Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP zu vereinigen und in einem einzigen Entscheid zu beurteilen.

### **E. 2**

Die Staatsanwaltschaft rügt, die Vorinstanz habe mit dem Freispruch vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs abermals mehrfach Bundesrecht verletzt und den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt.

#### **E. 2.1**

Zunächst, so die Staatsanwaltschaft, habe die Vorinstanz bei der Frage der Dienst-, Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit von A. \_\_\_\_\_ in Verletzung von Art. 10 Abs. 2 StPO ihr Ermessen bei der Beweiswürdigung überschritten. Indem sie erwäge, auch unter Berücksichtigung der Musikertätigkeit von A. \_\_\_\_\_ könne nicht auf eine volle Erwerbsfähigkeit geschlossen werden, weiche sie ohne Angabe von triftigen Gründen von der Einschätzung Sachverständiger ab. Das Gutachten des Zentrums für medizinische Begutachtung vom 23. April 2013 sei in den entscheidenden Fragen der rückwirkenden Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit unpräzise, weshalb der Beurteilung des Regionalen Ärztlichen Dienstes (nachfolgend: RAD) grosse Bedeutung zukomme. Laut dieser sei aus der Hobbytätigkeit von A. \_\_\_\_\_ als Musiker, Produzent und Arrangeur auf eine volle Erwerbsfähigkeit zu schliessen. Die Vorinstanz habe ihre vom RAD abweichende Ansicht nicht stichhaltig begründet und sich auch mit den Aussagen des Amtsarztes als Zeuge nicht auseinandergesetzt. Die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts habe in seinem Urteil vom 5. März 2019 (9C\_315/2018) festgehalten, es sei davon auszugehen, dass A. \_\_\_\_\_ zwar als Musiker tätig gewesen sei, das ihm aus medizinischer Sicht mögliche und zumutbare Erwerbspotential aber nicht ausgeschöpft habe.

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwägt, gutachterlich sei lediglich erstellt, A. \_\_\_\_\_ habe im festgestellten Umfang musizieren können, und nichts Weitergehendes (angefochtenes Urteil, E. 4.3.2 S. 14).

Vom Gutachten des Zentrums für medizinische Begutachtung vom 23. April 2013 nicht unterstellt werde A.\_\_\_\_\_, er sei als Psychiatriepfleger arbeitsfähig gewesen und habe simuliert. Damit entfalle der Vorwurf, er habe gegenüber den untersuchenden Ärzten zu seiner Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf falsche Angaben gemacht. Zumindest in diesem Beruf sei eine Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen gutachterlich nicht auszuschliessen (angefochtenes Urteil, E. 4.2 S. 13).

Der Schluss des RAD, wonach aus der Hobb ytätigkeit von A.\_\_\_\_\_ auf eine volle Erwerbsfähigkeit geschlossen werden könne, sei sodann unhaltbar und nicht nachvollziehbar. Der RAD begründe seine Schlussfolgerung damit, A.\_\_\_\_\_ habe mit seiner Tätigkeit über Jahre bewiesen, in der Lage zu sein, komplexe Tätigkeiten durchzuführen. Dem sei zu widersprechen. Es sei notorisch (der unterzeichnende Gerichtsschreiber verfüge über ein Leh rdiplom für Gitarre sowie über ein Solistendiplom für Gitarre des Konservatoriums Basel), dass die von A.\_\_\_\_\_ gespielte Musik in keiner Weise komplex sei. Es handle sich um einfache Bluesschemen und nicht etwa um Bach-Partiten. A.\_\_\_\_\_ habe diese Musik schon viele Jahre vor dem Unfall einstudiert und aufgeführt, sodass er sie nun gleichsam intuitiv und ohne nennenswerte geistige oder körperliche Anstrengungen selbst bei allfälligen Kopfschmerzen zu spielen in der Lage sei. Die Motorik funktioniere dabei gleichsam automatisiert. Die Band übe auch nicht und verfüge über keinen Proberaum. Seien die Kopfschmerzen einmal allzu stark gewesen, habe A.\_\_\_\_\_ aussetzen und die Bühne verlassen können, während der Pianist mit Boogie-Woogie- Solomusik überbrückt habe. Wie auch die Durchsicht der Verträge mit den Veranstaltern bestätige, beträfen die sich dort zu klärenden Fragen in der Regel stereotyp Ort und Zeit der Veranstaltung sowie die Entschädigung, wofür es weniger Telefonate und mithin ebenfalls keines nennenswerten Aufwandes bedürfe. Dazu, in welchem Umfang A.\_\_\_\_\_ hätte musizieren können, äussere sich das Gutachten nicht. Eine Erwerbsfähigkeit sei also lediglich im Umfang der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit als Hobb ymusiker objektiv nachgewiesen (angefochtenes Urteil, E. 4.3 f. S. 14 f.).

Eine Verweistätigkeit für leichte Tätigkeiten habe die IV nicht geprüft und lasse sich retrospektiv nicht mehr festlegen (angefochtenes Urteil, E. 4.5 S. 15). Eine weitergehende Erwerbsfähigkeit, über welche A.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 146 StGB hätte täuschen können, sei damit nicht nachgewiesen (angefochtenes Urteil, E. 4.6 S. 16).

### **E. 2.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 ; 143 I 310 E. 2.2; je mit Hinweis). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 mit Hinweisen).

Ob ein Gericht die in einem Gutachten oder Fachbericht enthaltenen Erörterungen für überzeugend hält oder nicht und ob es dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen soll, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die mit Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung des Willkürverbots gerügt werden kann. Dasselbe gilt für die Frage, ob ein Gutachten in sich schlüssig ist. Das Gericht darf in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen ( BGE 142 IV 49 E. 2.1.3 S. 53; 141 IV 369 E. 6.1 S. 372 f.; je mit Hinweisen). Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat es nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot der Willkür verstossen (vgl. BGE 142 IV 49 E. 2.1.3 S. 53; Urteile 6B\_244/2017 vom 12. Februar 2018 E. 1.1.2; 6B\_265/2015 vom 3. Dezember 2015 E. 4.2; je mit Hinweisen).

#### **E. 2.4.1**

Die Beweiswürdigung ist Aufgabe der Vorinstanz. Das Bundesgericht greift nur bei Willkür ein (vgl. E. 2.3 hiervor). Soweit die Kritik der Staatsanwaltschaft den qualifizierten Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG ) genügt, zeigt sie jedoch keine Willkür auf. Dazu hätte sie darlegen müssen, dass A.\_\_\_\_\_ im angeklagten Zeitraum klarerweise arbeitsfähig war, sei es im angestammten Beruf, in anderen beruflichen Tätigkeiten (Verweistätigkeiten) oder als Musiker in einem grösseren als dem tatsächlich ausgeübten Umfang. Dies tut die Staatsanwaltschaft nicht. Aus dem Gutachten des Zentrums für medizinische Begutachtung vom 23. April 2013, welches die Vorinstanz auf den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 1. September 2017 (Urteil 6B\_1099/2016) hin berücksichtigte, drängen sich entsprechende Fähigkeiten nicht geradezu auf. Vielmehr seien laut Gutachten etwa die in den Akten attestierten Arbeitsunfähigkeiten von A.\_\_\_\_\_, sofern sie das psychiatrische Fachgebiet betreffen, alle nachvollziehbar. Die Gutachter äussern sich zwar zurückhaltend, da sie sich betreffend die Arbeitsunfähigkeit, welche zu den Rentenleistungen führte, nur auf die damaligen ärztlichen Berichte abstützen könnten. Es liessen sich aus ärztlicher Sicht auch keine eindeutigen objektivierbaren Befunde oder Faktoren heranziehen, welche als Kriterium für die Beurteilung der damaligen Arbeitsunfähigkeit dienen würden (vgl. kant. Akten, act. SB1/9.285 und 9.307). Unschlüssig ist das Gutachten jedoch nicht und es ist insbesondere nicht schlechterdings unhaltbar, dass die Vorinstanz trotz der von ihr festgestellten Tätigkeiten von A.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Band "B.\_\_\_\_\_" eine darüber hinaus gehende Erwerbsfähigkeit als nicht erstellt erachtet.

Die Vorinstanz erwägt sodann plausibel (vgl. E. 2.2 hiervor), weshalb sie von der Ansicht des RAD abweicht. Die vorinstanzliche Begründung, von der Musikertätigkeit von A.\_\_\_\_\_ könne nicht auf eine Fähigkeit, komplexe Tätigkeiten durchzuführen, geschlossen werden, ist nachvollziehbar. Die Vertretbarkeit dieser Auffassung ergibt sich auch schon aus dem Urteil und den entsprechenden Verweisen der ersten Instanz. Demnach sei die von A.\_\_\_\_\_ gespielte Musik einfach strukturiert, was sowohl dieser selber als auch die in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung angehörten Zeugen bestätigten. A.\_\_\_\_\_ musiziere seit Jahrzehnten und könne alle Stücke auswendig spielen, wobei die Band über die Jahre kaum neue Stücke ins Repertoire aufgenommen habe. Er habe nie zu den Konzerten fahren müssen, sondern sich im Bandbus hinlegen und die Bühne zeitweise verlassen können. Es sei sodann erstellt, dass A.\_\_\_\_\_ sich aus gesundheitlichen

Gründen gelegentlich durch einen Ersatzmusiker habe vertreten lassen müssen (vgl. kant. Akten, act. 1329 f.). Unter diesen Umständen ist unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht auf eine Arbeitsfähigkeit von A.\_\_\_\_\_ schliesst, über welche er im Sinne des ihm von der Staatsanwaltschaft vorgeworfenen Tatbestandes des (gewerbsmässigen) Betrugs hätte täuschen können. Im Übrigen ist auch der Zusammenfassung des RAD zu entnehmen, A.\_\_\_\_\_ sei in seiner angestammten Tätigkeit lediglich zu einem Teilpensum, dessen Umfang nur schwierig einzuschätzen sei, erwerbsfähig gewesen (kant. Akten, act. 1077). Der Amtsarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_, mit dessen Aussagen sich die Vorinstanz gemäss Rüge der Staatsanwaltschaft nicht auseinandergesetzt habe, konnte die Frage, ob er eine vollständige Pensionierung aus gesundheitlichen Gründen trotz der musikalischen Tätigkeit befürwortet hätte, nicht beantworten (kant. Akten, act. 870). Dem Einwand der Staatsanwaltschaft, die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts habe festgehalten, es sei davon auszugehen, A.\_\_\_\_\_ habe das ihm aus medizinischer Sicht mögliche und zumutbare Erwerbspotential nicht ausgeschöpft, ist schliesslich zu entgegnen, dass diese Erwägungen auf einer sozialversicherungsrechtlichen Umkehr der Beweislast basieren (vgl. Urteil 9C\_315/2018 vom 5. März 2019 E. 6.3.2.1 f.), welche im Strafrecht aufgrund des Grundsatzes "in dubio pro reo" als Beweislastregel, wonach eine beschuldigte Person nicht mit der Begründung verurteilt werden darf, sie habe ihre Unschuld nicht nachgewiesen (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a S. 40), nicht zur Anwendung gelangen kann.

#### **E. 2.4.2**

Bei diesem Ergebnis, insbesondere angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur - vorliegend nicht angeklagten - Versuchsstrafbarkeit betreffend Betrug zum Nachteil der Sozialversicherungen bei vollständiger Arbeitsunfähigkeit (vgl. BGE 140 IV 150 E. 3.7) und der laut Vorinstanz nicht erstellten Erwerbsfähigkeit, über welche A.\_\_\_\_\_ hätte täuschen können, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Rügen bezüglich des subjektiven Tatbestands. Immerhin ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz auch ausführlich und vertretbar begründet, weshalb A.\_\_\_\_\_ nicht bewusst gewesen sei, dass die Weiterführung seiner Tätigkeit als Hobbymusiker nach dem Unfall für die Berentung eine Rolle hätte spielen können. Die SUVA habe von ihm gar eine Resterwerbstätigkeit von 20 % erwartet (vgl. angefochtenes Urteil, E. 5 S. 16 ff.).

#### **E. 3.1**

In der durch seinen Rechtsvertreter verfassten Beschwerdeschrift rügt A.\_\_\_\_\_ eine Verletzung des Akkusationsprinzips betreffend den Schuldspruch wegen mehrfachen Vergehens gegen das IVG. Die entsprechende Eventualanklage beinhalte keine Umschreibung, inwiefern sein Verhalten Einfluss auf den Leistungsanspruch gehabt habe. Sodann hätten die von ihm nicht gemeldeten Tatsachen keine wesentlichen Auswirkungen auf seinen Leistungsanspruch, weshalb er ohnehin freizusprechen sei.

Anhand eines mit 24. Mai 2019 datierten und an diesem Datum der deutschen Post übergebenen Schreibens stellt A.\_\_\_\_\_ sodann ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist gemäss Art. 50 BGG. Er macht darin im Sinne einer Beschwerdeergänzung zusammengefasst und sinngemäss geltend, sein Vertreter im vorliegenden Verfahren habe in der fristgerecht eingereichten Beschwerdeschrift trotz entsprechenden Auftrags und Hinweises seines weiteren Vertreters im Verfahren der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts nicht dargelegt, dass diese im Urteil

9C\_315/2018 vom 5. März 2019 festgestellt habe, er habe keine Meldepflicht verletzt, weshalb er von Schuld und Strafe freizusprechen sei.

### **E. 3.2**

Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids hat die mit der neuen Entscheidung befasste Instanz ihrem Urteil die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, zugrunde zu legen. Jene bindet auch das Bundesgericht, falls ihm die Sache erneut unterbreitet wird. Aufgrund dieser Bindungswirkung ist es den erneut mit der Sache befassten Gerichten wie auch den Parteien - abgesehen von allenfalls zulässigen Noven - verwehrt, der Überprüfung einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zugrunde zu legen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist demnach auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen ( BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 S. 220; 140 III 466 E. 4.2.1; 135 III 334 E. 2 S. 335 f.; Urteil 6B\_463/2019 vom 6. August 2019 E. 1.2; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Die Staatsanwaltschaft, welche im Gegensatz zu A. \_\_\_\_\_ Beschwerde gegen das erste Urteil der Vorinstanz vom 23. Juni 2016 führte, stellte darin zwar keinen materiellen Antrag, doch liess sich ihrer Beschwerdebegründung entnehmen, dass sie einen Schuldspruch wegen (gewerbsmässigen) Betrugs erreichen wollte. Das Bundesgericht interpretierte die Beschwerde in diesem Sinne (vgl. Urteil 6B\_1099/2016 vom 1. September 2017 E. 1). Der Schuldspruch wegen mehrfacher Vergehen gegen das IVG war mangels entsprechender Beschwerde hingegen nicht Gegenstand des Rückweisungsentscheids vom 1. September 2017 und die bundesgerichtlichen Erwägungen wirkten sich auf diesen nicht aus. Noven sind von A. \_\_\_\_\_ weder geltend gemacht noch ersichtlich. Über den Schuldspruch wegen mehrfacher Vergehen gegen das IVG wurde mithin definitiv entschieden und er konnte nicht mehr Gegenstand des neuen Berufungsverfahrens sein. Für eine Überprüfung dieses Schuldspruchs bestand bzw. besteht weder vor Vorinstanz noch vor Bundesgericht Raum und die von A. \_\_\_\_\_ ausschliesslich dagegen gerichtete Beschwerde erweist sich somit als unzulässig.

In der Folge braucht alsdann nicht beurteilt zu werden, ob das Gesuch von A. \_\_\_\_\_ um Wiederherstellung der Beschwerdefrist gemäss Art. 50 BGG , mit welchem er in der Sache ebenfalls lediglich ein Argument gegen den Schuldspruch wegen mehrfacher Vergehen gegen das IVG vorbringt, begründet ist.

### **E. 4**

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Auf die Beschwerde von A. \_\_\_\_\_ ist nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang hat A. \_\_\_\_\_ die Gerichtskosten im Verfahren 6B\_495/2019 zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage von A. \_\_\_\_\_ ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen ( Art. 65 Abs. 2 BGG ). Der Staatsanwaltschaft sind keine Kosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). A. \_\_\_\_\_ ist keine Parteientschädigung auszurichten, da ihm im Verfahren 6B\_469/2019 keine Kosten

entstanden sind.

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