

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.65 vom 18. September 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2016.65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2016.65)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.65 du 18 septembre 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.65 del 18 settembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

S. 3; 117 IV 97 E. 4a S. 104; ferner statt vieler: AGE 6/2004 vom 10. Juni 2005; 2/2004 vom 10. November 2004).

1.2Im Folgenden werden unter diesen Umständen zunächst die Erwägungen zum Prozessualen (E. 3.), danach diejenigen zum Betrug gegenüber den im Versandhandel tätigen Firmen (E. 4) sowie den geschädigten Personen D\_\_\_\_/J\_\_\_\_ (E. 5) abgehandelt. Anschliessend werden die vom Bundesgericht nicht beanstandeten Erwägungen in Ziff. 4.3 im Urteil des Appellationsgerichts vom 12. September 2017 zum Komplex der Drohung sowie diejenigen betreffend Betrug zum Nachteil der Geschädigten K\_\_\_\_ und F\_\_\_\_ (Ziff. 4.4 und 4.5) wiedergegeben, bei angepasster Nummerierung (nachfolgend E. 7 und 8).

### **E. 2**

2.1Der Berufungskläger beantragt, lediglich wegen Betrugs in den Fällen AS 2.4 und AS

### **E. 2.8**

sowie wegen Führens eines Motorfahrzeugs ohne Führerausweis schuldig erklärt und zu einer bedingten Gefängnisstrafe mit einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt zu werden. Auf den Vollzug der Vorstrafe sei zu verzichten.

2.2In prozessualer Hinsicht beantragt der Berufungskläger die Entfernung der Einvernahmen aus den Akten, welche erfolgt sind, bevor er verteidigt war. Ferner beantragt er, es seien die Verkaufsverantwortlichen der I\_\_\_\_, C\_\_\_\_ und B\_\_\_\_ sowie der Vater und der Bruder des Berufungsklägers als Zeugen zu befragen.

### **E. 3**

3.1In Bezug auf das vom Berufungskläger geltend gemacht Beweisverwertungsverbot kann grundsätzlich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vorinstanzliches Urteil E. I Ziff. 4). Der Verteidigung ist indessen insofern zu folgen, als dass die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung bereits zum Zeitpunkt der Einvernahme vom 4. Februar 2015 und nicht erst nach der Rückweisung der Anklageschrift vom 6. Mai 2014 durch das Strafgericht gegeben waren (so aber die Vorinstanz, vgl. vorinstanzliches Urteil S. 14), auch wenn in der Folge ein Teil der Anklage fallen gelassen wurde. Vielmehr ist festzuhalten, dass bereits zum Zeitpunkt der genannten Einvernahme im Februar 2015 der Gegenstand der Anklage klar umrissen war und in der Folge nur noch einzelne Punkte wegfielen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Aufforderung vom 24. März 2015 zur Bestellung einer Verteidigung (act. 74). Ebenso wenig entscheidend sein kann, ab welchem Zeitpunkt die Staatsanwaltschaft dem Berufungskläger die Taten erstmals als

gewerbsmässig begangen vorgeworfen hat ■ zumal es sich dabei lediglich um eine juristische Subsumtion von bereits vorliegenden Sachverhalten handelte. Die Frage nach dem Beweisverbot erübrigt sich vorliegend jedoch bzw. ist rein akademischer Natur, konnte sich doch der Berufungskläger zu allen Vorhalten nochmals in Anwesenheit des nunmehr bestellten notwendigen Verteidigers äussern und fielen die Aussagen nicht wesentlich anders aus als in der Einvernahme vom 4. Februar 2015. Damit erübrigt sich eine Entfernung der betreffenden Einvernahmen aus den Akten.

3.2 Was die beantragte Ladung des Vaters und des Bruders des Berufungsklägers betrifft, so ist zum einen festzuhalten, dass die Behauptung, die er mithilfe der Aussagen des Vaters und Bruders untermauern will ■ nämlich er habe das Auto für seinen Vater erworben, weil er dessen neues Auto verkauft und ihm entsprechend ein anderes habe beschaffen müssen ■, schon zum Vornherein äusserst unglaubwürdig scheint. Einerseits ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Vater, der im Unterschied zum Berufungskläger über ein Erwerbseinkommen und einen Fahrausweis verfügte, das Auto nicht in seinem eigenen Namen erworben haben soll ■ noch dazu wenn der Sohn für die Vorspiegelung seiner Bonität ein ganzes Lügengebäude aufbauen muss. Eine weitere Frage ist, warum als Ersatz für ein neues Auto ein Occasionswagen gekauft worden sein soll. Die Argumentation des Berufungsklägers ergibt jedoch auch bei näherer Betrachtung keinen Sinn: Wenn er schon das neue Auto seines Vaters ohne dessen Wissen und Zustimmung verkauft hat, ist es geradezu lebensfremd, anzunehmen, dass der Vater auch noch die Raten des Kaufs für das neue Auto beglichen wollte, wie der Berufungskläger behauptet. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, ist nicht erklärbar, warum der Vater in der Folge die Reparaturechnung und die Raten des Kaufs des Autos dann doch nicht beglichen hat, wenn er doch angeblich dazu bereit gewesen war. Diesbezüglich vermochte der Berufungskläger auch in der zweitinstanzlichen Verhandlung keine überzeugende Erklärung anzugeben (zweitinstanzliches Protokoll, S. 5).

Die Behauptung des Berufungsklägers schliesslich, sein Bruder habe ihm den ■Kautionsbetrag■ zur Verfügung gestellt (Berufungsbegründung Ziff. 2.4), steht einerseits im Widerspruch zu den Aussagen von K\_\_\_\_, wonach der Berufungskläger die Kautions bei der Bank abgehoben habe (vgl. act. 1054). Zum anderen ändert sie nichts am Umstand, dass der Berufungskläger die folgenden Raten nicht hätte bezahlen können (s. dazu unten E 4.4).

Nicht zuletzt ist auch davon auszugehen, dass die Aussagen der Familienmitglieder in dieser Angelegenheit nicht neutral wären ■ ist doch anzunehmen, dass sie den Berufungskläger schützen und damit seine Version decken wollen. Ihren Zeugenaussagen wären deshalb ohnehin lediglich von beschränkter Glaubhaftigkeit. Aus all diesen Gründen sind die Anträge auf Zeugenladung in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

3.3 Betreffend die beantragte Ladung und Befragung der Mitarbeiter der Versandhäuser ist festzuhalten, dass der Instruktionsrichter bei den Firmen I\_\_\_\_ und C\_\_\_\_ amtliche Erkundigungen eingeholt hat, welche die zur Debatte stehenden Fragen zu beantworten vermögen. Eine Ladung der betreffenden Personen erübrigt sich deshalb. Bei der Firma B\_\_\_\_ erfolgte die Befragung wie beantragt in der Hauptverhandlung des Appellationsgerichts.

#### **E. 4**

4.1 Das Bundesgericht hat erwogen, Art. 146 und Art. 147 StGB unterschieden sich dadurch, dass im ersten Fall eine Person getäuscht werde, während im zweiten auf eine

Datenverarbeitungsanlage eingewirkt werde. Entscheidend sei mithin bei einer Bestellung über das Internet bei einem Versandhaus, ob der Entscheid, diese anzunehmen und zu liefern, automatisiert oder durch eine Person getroffen werde. Ob eine Person bei der Identifikation, Verpackung und Versendung der Ware beteiligt sei, spiele keine Rolle, solange diesen Personen keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die Frage zukomme, ob und unter welchen Bedingungen eine Lieferung überhaupt erfolgen solle. Es sei deshalb festzustellen, wie die Bestellungen des Beschwerdeführers bei den einzelnen Versandhäusern behandelt worden seien, und entsprechend neu zu entscheiden.

4.2 Mit amtlicher Erkundigung vom 22. August 2019 hat der Instruktionsrichter bei den betroffenen Firmen eine amtliche Erkundigung mit folgendem Inhalt eingeholt:

"a) Wie verhält es sich bei einer elektronischen Bestellung bei Ihrer Firma: werden alle Abläufe elektronisch absolviert oder sind in gewissen Schritten Angestellte der Firma involviert, die Entscheidungen treffen (z.B. den Entscheid, ob und unter welchen Bedingungen eine Lieferung überhaupt erfolgen soll)?

b) Wie verhält es sich, wenn ein Kunde im Zahlungsverzug ist, aber während des Verzugs eine neue Bestellung tätigt? Gibt es ein System, welches auf den Zahlungsrückstand des Kunden bei derselben Firma oder bei anderen Gesellschaften desselben Konzerns hinweist und deshalb das Tätigen bzw. Ausliefern einer neuen Bestellung verhindert? Falls ja, ab welchem Zeitpunkt tritt diese Warnung auf und warum ab dann?"

4.2.1 Die Firma I\_\_\_\_ hat mit Eingabe vom 3. September 2019 in Beantwortung der gestellten Fragen ausgeführt, generell werde die Bonität der Besteller automatisch geprüft, wobei die eingegebenen Daten mit der Datenbank eines grossen Inkassobüros verglichen würden. Bei guter Bonität könne der Kunde die Zahlart Rechnung auswählen. In casu habe sich der Kunde mit der zweiten von fünf Bonitätsstufen befunden. Dies sei bei über 50% der Kunden der Fall. Die Bestellungen seien innerhalb der vorgegebenen Limite gewesen, und der Kunde habe sich auf keiner Ausschlussliste befunden. Die Entscheidung sei automatisiert getroffen worden. Bezüglich der Frage nach Datenaustausch innerhalb des Konzerns wurde festgehalten, die I\_\_\_\_ sei zwar ein Tochterunternehmen der L\_\_\_\_. Nichtsdestotrotz funktioniere sie als eigenständige Firma. Es seien keinerlei zentralen Services an den Konzern ausgelagert und es würden auch aus Datenschutzgründen keine Daten zwischen Mutter- und Tochterfirma ausgetauscht.

Mit amtlicher Erkundigung vom 2. Dezember 2019 hat der Instruktionsrichter die gestellte Frage a) folgendermassen ergänzt: ■ Sind in den Prozess zwischen Bestellungseingang und Auslieferung der bestellten Ware (unabhängig von der automatisierten Bonitätsprüfung) Menschen als Entscheidungsträger involviert? Oder erfolgt die Bearbeitung der Bestellung und deren Auslieferung automatisiert und ohne Intervention eines menschlichen Entscheidungsträgers? ■ Mit Eingabe vom 10. Dezember 2019 hat die Firma I\_\_\_\_ ergänzend geantwortet, es werde nicht jede Bestellung einzeln kontrolliert. Es gelangen aber Bestellungen aus einem bestimmten Muster auf eine Auswahlliste, welche von einer Person manuell geprüft und bearbeitet werde. Wenn eine Bestellung unauffällig erscheine, werde diese durchgelassen. Werde ein Betrug vermutet, werde die Bestellung gesperrt und ein Blacklisteintrag erstellt. Die Bestellung des Berufungsklägers habe keine Merkmale aufgewiesen, die auf einen Betrug hingewiesen hätten.

4.2.2 Die Firma B\_\_\_\_ hat sich mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 dahingehend geäußert, dass für jede Bestellung eine Überprüfung des Zahlungsmittels erfolge, entweder

über Datatrans (bei Kreditkartenzahlung) oder M\_\_\_\_ (beim Kauf auf Rechnung). Nur wenn diese Bonitätsprüfung erfolgreich gewesen sei, stehe dem Kunden eine Bestellung via Rechnung offen. Wenn ein Kunde im Zahlungsverzug sei, werde die Möglichkeit einer weiteren Bestellung per Rechnung automatisch blockiert. Es werde zudem eine Blacklist mit unerwünschten Bestellern geführt. Bezüglich der ergänzenden Anfrage wurde ausgeführt, sobald eine Bestellung auf Rechnung nach den genannten Überprüfungen habe aufgegeben werden können, erfolge die Bearbeitung der Bestellung und Auslieferung automatisch. Die präzisierende Nachfrage, ob zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen dem Eingang einer elektronischen Bestellung bei der Firma und dem Versand der Ware eine Person in die Entscheidung involviert sei, ob die Bestellung ausgelöst werde, oder ob alles rein maschinell bzw. elektronisch erfolge, wurde von den Mitarbeitern der Firma B\_\_\_\_ in der Verhandlung des Appellationsgerichts dahingehend beantwortet, dass die Bonitätsprüfung der Kunden mittels Anfrage bei der Firma M\_\_\_\_, also elektronisch, erfolge. Je nach Ergebnis könne der Kunde nicht mit Rechnung, sondern nur mit Kreditkarte zahlen. Als zweiter Punkt sei eine Limite der Einkäufe pro Monat von CHF 1'500.- relevant. Diese Entscheidungen würden automatisch getroffen. Dasselbe gelte dafür, was nach der Bestellung des Kunden geschehe: Die Bestellung gehe ans Warenhaus, dort werde die Ware "gepickt", verpackt und gehe auf die Post (Auss. N\_\_\_\_, zweitinstanzliches Protokoll S. 3 f.). Da die Bestellungen des Berufungsklägers vom Betrag her noch knapp unter der Limite von CHF 1'500.- gewesen seien, seien sie systematisch bearbeitet worden und nicht manuell (Auss. O\_\_\_\_, zweitinstanzliches Protokoll S. 4). Ein Datenaustausch zwischen I\_\_\_\_ und B\_\_\_\_ habe nicht stattgefunden, da es im Jahre 2010 verschiedene Registrierungsmöglichkeiten auf den online-Plattformen der beiden Firmen gegeben habe (Auss. N\_\_\_\_, zweitinstanzliches Protokoll S. 4).

4.2.3 Die Firma C\_\_\_\_ hat mit Eingaben vom 13. und 20. August 2020 angegeben, die Bonitätsprüfung der Kunden erfolge mittels des Bonitätspartners P\_\_\_\_. Werde der Kunde von dieser negativ bewertet, könne er nur mittels Vorauszahlung oder Kreditkarte bezahlen. Sei ein Kunde nach der zweiten Mahnung noch mit der Zahlung im Verzug, werde vom System die Möglichkeit blockiert, dass er mit Rechnung bezahlen könne (Eingabe vom 13. August 2020). Auf Nachfrage hielt C\_\_\_\_ fest, es entscheide keine physische Person darüber, ob eine Bestellung geliefert werde oder nicht (Eingabe vom 20. August 2020).

4.3 Nach dem Gesagten hat in Bezug auf den Betrug gegenüber der Firma I\_\_\_\_ ein Freispruch zu ergehen. Zwar ist nach wie vor nicht ganz klar, ob bei der konkreten Bestellung des Berufungsklägers ein Mensch involviert war. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, so hat jedoch nach den Erwägungen des Bundesgerichts ein Freispruch aufgrund der Opfermitverantwortung zu ergehen, da der Berufungskläger bei der Firma I\_\_\_\_ bereits am 28. Februar 2010 eine Bestellung getätigt und nicht bezahlt hat (act. 362, 366).

In Bezug auf den Betrug zum Nachteil der Firma C\_\_\_\_ ist gemäss letzter Antwort davon auszugehen, dass bei der Entscheidung, ob die vom Berufungskläger getätigte Bestellung ausgeliefert werde, kein Mensch involviert war. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts ist bei dieser Sachlage der Tatbestand des Betrugs ebenfalls nicht erfüllt. Dasselbe gilt gemäss den Angaben der Zeugen O\_\_\_\_ und N\_\_\_\_ für die bei der Firma B\_\_\_\_ getätigten Bestellungen. Die vom Berufungskläger geltend gemachte Opfermitverantwortung scheidet hier jedoch daran, dass gemäss Angaben der beiden Befragten kein Datenaustausch mit I\_\_\_\_ möglich war. In Bezug auf die versuchten

Bestellungen bei Q\_\_\_\_\_ und R\_\_\_\_\_ ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass hier ebenfalls keine menschlichen Entscheidungen getätigt wurden, womit der Tatbestand des Betrugs ebenfalls ausscheidet.

4.4 Das Bundesgericht hat erwogen, dass diesfalls eine Verurteilung gemäss Art. 147 StGB zu prüfen sei (Art. 344 StPO, vgl. E. 2.3.1 des Entscheids). Diesbezüglich ist Folgendes festzuhalten: Eine Umqualifizierung der angeklagten Delikte durch das Gericht unter den Tatbestand des Art. 147 StGB scheidet daran, dass keine Schilderung des entsprechenden strafbaren Verhaltens in der Anklage erfolgt ist. Vielmehr wird ausdrücklich ausgeführt, der Berufungskläger habe die Absicht gehabt, "die Verantwortlichen von Onlinehandelshäusern" zu täuschen (AS. Ziff. 1.2, 2.2.1). Fraglich ist, ob bei dieser Sachlage eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft ■ wie diese im Plädoyer beantragte ■ zur Prüfung der Frage angezeigt ist, ob ein betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage vorliegt. Nach Art. 333 StPO gibt das Gericht der Staatsanwaltschaft Gelegenheit, die Anklage zu ändern, wenn nach seiner Auffassung der in der Anklageschrift geschilderte Sachverhalt einen anderen Straftatbestand erfüllen könnte, die Anklageschrift aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Der Tatbestand des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage setzt voraus, dass durch unrichtige, unvollständige oder unbefugte Verwendung von Daten oder in vergleichbarer Weise auf einen elektronischen Datenträger eingewirkt wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall, hat doch der Berufungskläger (mit Ausnahme der Bestellung unter AS Ziff. 2.2.1, s dazu unten) keine falschen Daten eingegeben. Angesichts der Tatsache, dass somit aufgrund der Beweislage ohnehin keine Verurteilung zu erwarten ist, verzichtet das Gericht deshalb auf eine Rückweisung.

Im Anklagepunkt Ziff. E.2.2.1 hat der Berufungskläger eine Bestellung bei C\_\_\_\_\_ unter Verwendung eines falschen Namens ■ nämlich D\_\_\_\_\_ ■ getätigt. Bei dieser Sachlage wäre nach den obigen Erwägungen unter Umständen der Tatbestand des Art. 147 StGB gegeben, weshalb eine Rückweisung zur Verbesserung Anklage grundsätzlich möglich wäre. Angesichts der Tatsache, dass die Verletzung nur einen einzelnen Anklagepunkt betrifft, der in Anbetracht des Gesamtvolumens der Bestellungen des Berufungsklägers insgesamt nicht von wesentlichem Gewicht ist, an der Strafzumessung nichts ändern würde (vgl. E. 9.1 hiernach) und sich der Berufungskläger in dem Zeitablauf seit der Tat nichts mehr hat zuschulden kommen lassen, wird jedoch auf eine Rückweisung verzichtet, wobei eine solche in diesem Punkt von der Staatsanwaltschaft auch nicht beantragt wurde.

4.5 Nach dem Gesagten hat in Bezug auf die in AS Ziff. 1 und 2.2 geschilderten Punkte ein Freispruch zu erfolgen.

## **E. 5**

5.1 In Bezug auf den Betrug gegenüber den Geschädigten D\_\_\_\_\_/J\_\_\_\_\_ hat das Bundesgericht erwogen, der Tatbestand des Betrugs erfordere eine unmittelbare Vermögensverminderung durch das irrtumsbedingte Verhalten des Getäuschten, ohne dass dafür noch zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters erforderlich seien. In casu habe aber der Berufungskläger vor Fahrtritt noch eine Reservation der Fahrzeuge mittels Angabe des persönlichen Pin-Codes tätigen müssen (E. 3.3.1 des Entscheids). Mit der Unterzeichnung des Vertrages hätten die getäuschten D\_\_\_\_\_ und J\_\_\_\_\_ einzig in Bezug auf die Grundgebühr von CHF 70. ■ unmittelbar über ihr Vermögen verfügt. Dies sei hingegen nicht der Fall für die darüberhinausgehenden, aus den Fahrten resultierenden

Stunden- und Kilometerkosten. Jene seien somit nicht auf eine unmittelbare Vermögensverfügung seitens der Geschädigten, sondern auf spätere Handlungen des Berufungsklägers zurückzuführen. Der Tatbestand des Art. 146 StGB sei deshalb hinsichtlich Fahrtkosten nicht erfüllt. Für einen Schuldspruch hinsichtlich der Grundgebühr von CHF 70.■ bestehe kein Raum, zumal die AS diese weder bei D\_\_\_\_\_ noch bei J\_\_\_\_\_ erwähne (E 3.3.2 des Entscheids). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, der Schuldspruch verstosse gegen Bundesrecht. Die Vorinstanz habe zu prüfen, ob allenfalls ein anderer Tatbestand, etwa 147 StGB, erfüllt sei.

5.2Diesbezüglich ist wiederum festzuhalten, dass eine Umqualifizierung unter Art. 147 StGB durch das Gericht an der mangelnden Schilderung in der Anklageschrift scheitert. Eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft hält das Gericht ebenfalls nicht für angebracht, da die Voraussetzungen für einen Schuldspruch nach Art. 147 nicht gegeben sind: Im Gegensatz zum von der Staatsanwaltschaft angeführten BGE 6B\_6060/2015 erfolgte die Verwendung der Karte vorliegend im Einverständnis und gemäss Abmachung mit den Geschädigten. Diese gingen lediglich von der irrigen Vorstellung aus, dass ihnen letztlich keine Kosten entstehen würden.

5.3Nach dem Gesagten erfolgt auch in diesem Punkt der Anklage keine Rückweisung und wird der Berufungskläger freigesprochen.

6.Fraglich und zu prüfen ist weiter, ob sich der Berufungskläger mit seinen SMS an D\_\_\_\_\_ der Drohung schuldig gemacht hat.

6.1Der Berufungskläger macht geltend, D\_\_\_\_\_ habe ihn zu den zur Debatte stehenden Aussagen provozieren wollen und dessen Antworten zeigten, dass ihn die SMS des Berufungsklägers nicht im Mindesten in Angst und Schrecken versetzt hätten. Gegen diese Annahme spreche weiter, dass D\_\_\_\_\_ die SMS-Unterhaltung nicht abgebrochen, sondern weitergeführt habe (Berufungsbegründung Ziff. 9). Auch habe dieser nicht plausibel erklären können, weshalb er tatsächlich Grund zur Annahme gehabt habe, dass der Berufungskläger Kontakte zu Schlägertrupps habe (Berufungsbegründung a.a.O.).

6.2Mit diesem Vorbringen dringt der Berufungskläger jedoch nicht durch. Soweit er sinngemäss eine Retorsion geltend machen will, ist zum einen festzuhalten, dass es für das Vorliegen einer Drohung ■ im Unterschied zur Beschimpfung ■ keine Rolle spielt, ob D\_\_\_\_\_ den Berufungskläger provoziert hat oder nicht. Weiter ist zwar zutreffend, dass dessen Chat-Antworten den Anschein erwecken mögen, er sei durch die Drohungen des Berufungsklägers nicht in Angst und Schrecken versetzt worden. Dem stehen jedoch seine Aussagen in der Hauptverhandlung des Strafgerichts und in seiner Einvernahme gegenüber, wonach er sich nach Erhalt der Kurznachrichten sehr unsicher gefühlt und Angst gehabt habe, dass die gewaltbereiten Bekannten des Berufungsklägers ihn aufsuchen könnten. Er sei sogar erschrocken, als er den Zeitungsverkäufer gehört habe (Einvernahme D\_\_\_\_\_, Akten S. 724 ff., Auss. erstinstanzliches Protokoll S. 15 ff.). Auf diese Aussagen ist abzustellen, wiegen doch einerseits Antworten in einem Chat bezüglich Glaubwürdigkeit nicht gleich wie mündliche Angaben des Betroffenen auf Frage hin von Person zu Person im Gerichtssaal, und ist andererseits naheliegend, dass sich der Bedrohte bei einem derartigen Chat unter zwei Jugendlichen wohl auch keine Blösse geben wollte, weshalb seine betont ■coolen■ Antworten nicht für bare Münze genommen werden können.

6.3Ebenfalls irrelevant ist die Gewissheit des Bedrohten, ob der Berufungskläger tatsächlich einen Schlägertrupp mobilisieren könnte oder nicht ■ wobei in diesem

Zusammenhang festzuhalten ist, dass der Berufungskläger in der zweitinstanzlichen Verhandlung auf Frage angab, er kenne die ■Hells Angels■ schon, und zwar ■via mein Vater■ (vgl. zweitinstanzliches Protokoll S. 4), wenn er auch nicht direkt mit ihnen verkehre. Vor diesem Hintergrund scheint die Angst von D\_\_\_\_, der Berufungskläger könnte seine Drohungen in die Tat umsetzen, umso plausibler. Mit der Vorinstanz ist sodann in subjektiver Hinsicht davon auszugehen, dass der Berufungskläger die Verhängung seines Kollegen zumindest in Kauf genommen hat.

Nach dem Gesagten ist somit der vorinstanzliche Schuldspruch der Drohung zu bestätigen. Dass sich diese am unteren Rand befindet, ist in der vorinstanzlichen Strafzumessung bereits berücksichtigt worden.

7. Weiter ist der von der Vorinstanz bejahte Betrug zum Nachteil des K\_\_\_\_ (AS 2.5) zu prüfen.

7.1 Der Berufungskläger macht geltend, sein Vater bzw. Bruder und er hätten die Raten gemeinsam begleichen wollen (zweitinstanzliches Protokoll S. 5). Er führt weiter aus, K\_\_\_\_ hätte sich angesichts des Wortlauts des Inserats fragen müssen, ob der Beschuldigte sich während einer Ausbildung überhaupt ein Fahrzeug leisten könne (Berufungsbegründung Ziff. 2.4, S. 10).

7.2 In Bezug auf Behauptung, der Vater resp. Bruder des Berufungsklägers hätten die Raten bezahlt, kann vorab auf das oben zur Beweisverfügung Ausgeführte verwiesen werden (oben E 3.2). Der Berufungskläger macht weiter geltend, er hätte die Mietraten mittels Temporäranstellung begleichen können (Berufungsbegründung Ziff. 2.4). Er verfügte indessen über gar keine solche Anstellung, so dass diese Argumentation nicht glaubhaft ist. Zudem hat er in der Einvernahme zu keiner Zeit behauptet, er sei zahlungsfähig gewesen ■ sondern vielmehr angegeben, sein Vater hätte die Raten bezahlt (Einvernahme vom 15. Juli 2015 Akten S. 1034 ff.). Dasselbe hat er in der erstinstanzlichen Verhandlung (erstinstanzliches Protokoll S. 35f.) und vor Appellationsgericht angegeben. Dies ist bekanntlich aber nie geschehen und wäre ■ wie bereits erwogen ■ im Übrigen auch äusserst unglaubwürdig (s. dazu oben E. 2.3). Bezeichnend sind ferner die E-Mails, in welchen der Berufungskläger K\_\_\_\_ in Bezug auf die Zahlung auf unglaubwürdigste Art und Weise wochenlang vertröstete (act. 1045, 1046). Diese sprechen ebenfalls dafür, dass sich der Sachverhalt so präsentiert, wie ihn die Vorinstanz angenommen hat. Dieser gilt somit als erstellt.

7.3 In rechtlicher Hinsicht macht der Berufungskläger zum einen geltend, es habe sich um ein für einen Lehrabgänger ungewöhnliches Geschäft gehandelt ■ womit wohl die Opferverantwortung gemeint ist. Dieses Argument erweist sich jedoch spätestens dann als zirkulär, wenn er gleichzeitig ausführt, es wäre ihm möglich gewesen, die Mietraten mittels einer Temporäranstellung zu begleichen (s. dazu oben). Er macht weiter geltend, da der Beschuldigte den Mietzins ■ für die ersten Tage ■ mit der Kautions habe verrechnen dürfen und das Fahrzeug beim Unfall Ende August kaskoversichert gewesen sei, habe der Vermieter gar keinen Verlust erlitten, weshalb kein Schaden und somit kein Betrug vorliege (vgl. Berufungsbegründung S. 10). Damit verkennt der Berufungskläger, dass zwischen Vollendung des Delikts und offenem Schaden zu unterscheiden ist: Auch wenn der Schaden letztendlich gedeckt wurde, entstand K\_\_\_\_ durch seine Vermögensverfügung im Juli ■ das Überlassen des Fahrzeugs an den Berufungskläger ■ ein vorübergehender Vermögensschaden bzw. eine Vermögensverminderung in Höhe der nicht bezahlten

monatlichen Raten bis Ende August. Damit ist der Betrug vollendet (Niggli, in: Basler Kommentar StGB, N 130 zu Art. 146.). Im Übrigen hätte der Geschädigte auch nach dem Unfall weiter auf einer Bezahlung der Raten bestehen können, anstatt das Auto nach erfolgter Reparatur zurückzunehmen. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass der Schaden der nicht bezahlten Raten bis zum Unfall auch durch die anfänglich vom Berufungskläger geleistete Kautions von CHF 500.■ keineswegs gedeckt war, betrogen doch die monatlichen Raten, von denen bis zum Unfall alleine schon zwei fällig gewesen wären, je CHF 560.■.

7.4 Zusammenfassend ist auch hier der vorinstanzliche Schuldspruch zu Recht erfolgt.

8. Schliesslich ist der Betrug zum Nachteil des F\_\_\_\_\_ zu prüfen (AS 2.6).

8.1 Der Berufungskläger macht geltend, F\_\_\_\_\_ sei durch die Aussicht auf den ■ Spottpreis ■, zu dem er die Leistungen hätte erhalten können, geblendet gewesen (Berufungsbegründung S. 11). Der wesentlich ältere und im Vertragswesen erfahrene F\_\_\_\_\_ habe in Anbetracht der erkennbaren Risiken leichtfertig gehandelt, womit ein Betrug in dieser Phase zufolge Opfermitverantwortungsgründen entfalle (Berufungsbegründung S. 12). Auch die später verzögerte Leistungserfüllung des Berufungsklägers lasse nicht den Rückschluss auf eine arglistige Täuschung zu, sei der Vertrag doch rein aufgrund von Unfähigkeit gescheitert und hätte F\_\_\_\_\_ auffallen müssen, dass der Berufungskläger seine Fähigkeiten überschätzt habe (a.a.O.).

8.2 Mit dieser Argumentation dringt der Berufungskläger jedoch nicht durch. Mit der Vorinstanz ist vielmehr festzuhalten, dass erhebliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Berufungskläger gar nie ernsthaft vorhatte, die vereinbarte Leistung zu erbringen. Es kann diesbezüglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (vgl. vorinstanzliches Urteil S. 24 f.). Insbesondere hat der Berufungskläger von Anfang an falsche Angaben über seine Qualifikation und die angebliche Firma gemacht. Weiter hat er das bereits bezahlte Geld behalten, als ihm die Angelegenheit über den Kopf wuchs ■ ohne mindestens zu versuchen, die Leistung doch noch zu erbringen. Es liegt somit eine absichtliche Täuschung über seinen Erfüllungswillen vor.

8.3 In Bezug auf die Arglist bzw. deren Entfallen zufolge Opfermitverantwortung kann auf das oben Gesagte verwiesen werden (vgl. oben E. 4.2.2). Wie die Vorinstanz festhält, hat F\_\_\_\_\_ angegeben, dass der Berufungskläger der einzige gewesen sei, der die Arbeit innert der gewünschten Frist habe ausführen wollen. Weiter sei er ■ sehr überzeugend ■ und mit einem Fahrzeug mit Firmenlogo aufgetreten (vorinstanzliches Urteil E. 2.6 S. 26). Der Berufungskläger habe den tiefen Preis ihm gegenüber plausibel damit erklärt, dass sich sein Unternehmen noch im Aufbau befinde und er ein Referenzobjekt benötige. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, hat der Berufungskläger dem Geschädigten damit eine nachvollziehbare Erklärung für den tiefen Preis der Dienstleistung geliefert. Unter Berücksichtigung des weiteren Umstands, dass der Berufungskläger bereits im Online-Inserat falsche Angaben über seine Qualifikation machte und sich auch beim persönlichen Zusammentreffen mit dem Geschädigten fachmännisch und überzeugend gebärdete, kann entgegen der Ansicht des Berufungsklägers nicht gesagt werden, F\_\_\_\_\_ habe sich derart leichtfertig verhalten, dass die Arglist wegen Opfermitverantwortung entfalle.

Nach dem Gesagten ist die Tat gegenüber F\_\_\_\_\_ ebenfalls zu Recht als Betrug qualifiziert worden.

8.4 Zusammenfassend ist der Berufungskläger des mehrfachen gewerbsmässigen Betrugs und der Drohung schuldig zu sprechen.

#### **E. 9**

Der Berufungskläger beantragt, er sei zu einer Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen zu CHF 20.■ zu verurteilen. Festzuhalten ist vorab, dass die Vorinstanz ■ entgegen den Ausführungen der Verteidigung in ihrem Plädoyer ■ die Strafzumessung durchaus schlüssig begründet hat (vgl. vorinstanzliches Urteil S. 28 f.). Sie hat den Berufungskläger zu 14 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Aufgrund der diversen Freisprüche ist diese Strafe nun jedoch erheblich zu reduzieren.

9.1 Hat der Täter ■ wie hier ■ mehrere Delikte verwirklicht, so ist in einem ersten Schritt aufgrund des objektiven Tatverschuldens eine Einsatzstrafe festzulegen (BGE 136 IV 55). In einem zweiten Schritt ist eine Bewertung der subjektiven Gründe für die Deliktsbegehung im Tatzeitpunkt vorzunehmen und die Einsatzstrafe aufgrund dessen eventuell anzupassen. Schliesslich ist die so ermittelte hypothetische Strafe gegebenenfalls anhand täterrelevanter bzw. tatunabhängiger Faktoren zu erhöhen oder zu reduzieren.

Auszugehen ist vom Strafrahmen des schwersten Delikts. Dieses stellt vorliegend der gewerbsmässige Betrug dar, wobei der Strafrahmen Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen vorsieht (Art. 146 Abs. 2 StGB). Das Verschulden des Berufungsklägers wiegt nicht leicht, hat er sich doch in Bezug auf die Betrugstaten gegenüber den Geschädigten K\_\_\_\_ und F\_\_\_\_ die Notlagen oder die Naivität unbekannter Drittpersonen zu Nutze gemacht. Belastend wirken sich weiter die lange Dauer seiner Taten und die Tatsache aus, dass er die fraglichen Betrugstaten in der Probezeit der einschlägigen Vorstrafe vom 4. Dezember 2012 verübt hat. Der Deliktsbetrag hat sich jedoch aufgrund der Freisprüche erheblich reduziert. Insgesamt ist die Strafe am unteren Rand des Strafrahmens anzusiedeln. Als Einsatzstrafe scheinen somit 3,5 Monate angemessen, wobei bei diesem Strafmass gemäss Art. 41 StGB grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen ist. Diese wird auf 100 Tagessätze festgelegt.

Aufgrund der zweiten gewerbsmässigen Betrugsserie und der Drohung ist die Strafe entsprechend zu schärfen. Für die zweite Betrugsserie scheinen 60 Tagessätze und für die Drohung 30 Tagessätze angemessen, sodass eine hypothetische Gesamtstrafe von 190 Tagessätzen resultiert. Aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Berufungsklägers ist diese moderat zu mildern, ist doch sein damals jugendliches Alter zu berücksichtigen und die Tatsache, dass er sich in der nun doch langen Zeit seit seiner Delinquenz nichts mehr hat zuschulden kommen lassen. Auch persönlich scheint er sich nun zu stabilisieren (vgl. zweitinstanzliches Protokoll S. 5). Insgesamt scheint somit eine Strafe von 180 Tagessätzen dem Verschulden des Täters angemessen. Die Strafschärfung bei der Geldstrafe findet im Übrigen gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ihre Grenze bei 180 Tagessätzen (BGE 144 IV 217 E. 2.1).

Die Höhe des Tagessatzes beträgt in der Regel mindestens CHF 30.■ und kann ausnahmsweise bis zu CHF 10.■ gesenkt werden (Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Berufungskläger macht geltend, er habe seine Lehrstelle verloren und werde in Kürze Vater. In Anbetracht dieser Umstände ist die Höhe der Tagessätze ausnahmsweise auf CHF 20.■ festzusetzen.

9.2 Die Vorinstanz hat die fünfjährige Probezeit damit begründet, dass die einschlägige Vorstrafe und die bei der Tatbegehung an den Tag gelegte Hartnäckigkeit des

Berufungsklägers eigentlich eine unbedingte Strafe nahelegen. Aufgrund des Wohlverhaltens seit April 2013 und der Tatsache, dass die Vorstrafe vollzogen werde, könne den Bedenken hinsichtlich der Legalprognose jedoch mit einer 5-jährigen Probezeit Rechnung getragen werden (vorinstanzliches Urteil, S. 29).

Grundsätzlich ist den Erwägungen der Vorinstanz bezüglich Vorstrafe und Hartnäckigkeit zwar zuzustimmen. Dennoch ist festzuhalten, dass eine derart lange Probezeit bei einer nur einmaligen Vorstrafe unüblich ist. Dies gilt umso mehr, als dass der Berufungskläger nunmehr seit über vier Jahren keine Delikte mehr verübt hat. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Appellationsgerichts (vgl. etwa AGE SB.2014.122 vom 8. Juni 2016; SB.2013.26 vom 11. November 2014; SB.2014.113 vom 22. Februar 2016) erscheint den Bedenken bezüglich der Legalprognose mit einer Probezeit von drei statt der üblichen zwei Jahre genügend Rechnung getragen. Es ist deshalb eine bedingte Strafe mit einer Probezeit von drei Jahren auszusprechen, wobei festzuhalten ist, dass die Probezeit durch das kassierende Urteil des Bundesgerichts nicht unterbrochen wird und somit inzwischen verstrichen ist (BGer 6B\_306/2020).

9.3 Die Vorinstanz hat die Vorstrafe vom 4. Dezember 2012 für vollziehbar erklärt. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB ein Widerruf nicht mehr angeordnet werden darf, wenn seit Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind. Dies ist in casu der Fall, ist doch die Probezeit der Vorstrafe von 2 Jahren inzwischen seit mehr als 3 Jahren verstrichen. Die Vorstrafe wird deshalb gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB nicht vollziehbar erklärt.

#### **E. 10**

In Bezug auf die noch nicht in Rechtskraft erwachsenen Schadenersatzforderungen des S\_\_\_\_ und K\_\_\_\_ kann vollumfänglich auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (vorinstanzliches Urteil S. 30). Diese werden auf den Zivilweg verwiesen. Die Schadenersatzforderung der C\_\_\_\_ wird zufolge des im vorliegenden Urteil ergangenen Freispruchs in diesem Anklagepunkt ebenfalls vollumfänglich auf den Zivilweg verwiesen.

#### **E. 11**

11.1 Aufgrund der erfolgten Freisprüche sind gemäss Art. 428 StPO sowohl die erstinstanzlichen Kosten als auch die erstinstanzliche und zweitinstanzliche Urteilsgebühr (Art. 428 StPO) entsprechend zu reduzieren. Da anhand der Kostennote der Staatsanwaltschaft nicht nachvollzogen werden kann, welche konkreten Kosten aus den zu den Freisprüchen gehörenden Anklagepunkten resultieren, wird gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil bei dessen Kosten ein Pauschalabzug von 50% vorgenommen. Ebenfalls um die Hälfte werden die jeweiligen Urteilsgebühren reduziert.

11.2 Die amtliche Verteidigung wurde für das zweitinstanzliche bewilligt. Der mit Honorarnote vom 12. September 2017 geltend gemachte Aufwand erscheint angemessen. Jedoch erscheint der mit Honorarnote vom 17. September 2020 geltend gemachte Aufwand für die zweite Verhandlung vor Appellationsgericht im Verhältnis dazu übersetzt. Das Honorar wird deshalb inklusive Hauptverhandlung ausgerichtet.

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