

# ZH\_OBERGERICHT SB120214 vom 22. August 2012

ZH Obergericht, 2012-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB120214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120214)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB120214 du 22 août 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT SB120214 del 22 agosto 2012

## Erwägungen

### E. 1

Der Verfahrensgang bis zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung ergibt sich aus dem Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 25. Februar 2009 (Urk. 59 S. 3 und 4; Art. 82 Abs. 4 StPO). Mit diesem eingangs im Dispositiv wie- dergegebenen Urteil wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB sowie der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen und mit 15 Monaten Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmatt/Albis vom 2. Juni 2008, unter Anrechnung von einem Tag erstandener Haft, bestraft. Der Vollzug der Freiheits- strafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Ferner wurde der Beschuldigte verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 37'110.– zuzüglich 5% Zins auf Fr. 35'050.20 ab dem 27. Juli 1998 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Privatklägerin auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen (Urk. 59 S. 47 und S. 48). 2.1. Gegen dieses Urteil liessen sowohl der Beschuldigte als auch die Privatklä- gerin mit Eingaben vom 1. April 2009 (Beschuldigter) bzw. 6. April 2009 (Privat- klägerin) rechtzeitig die Berufung erklären (Urk. 51 und Urk. 53). Mit Schreiben vom 8. April 2009 liess der Beschuldigte seine Beanstandungen nennen (Urk. 54). Er macht im Wesentlichen geltend, dass die Rückweisung der ersten Anklage- schrift vom 27. März 2008 gestützt auf § 182 Abs. 3 StPO/ZH nicht zulässig ge- wesen sei, weil ohne ergänzende Untersuchungshandlungen kein Schuldspruch hätte ausgefällt werden dürfen. Abgesehen davon habe der Beschuldigte betref- fend der in der revidierten Anklageschrift aufgeführten Tatvorwürfe aber weder je den objektiven noch den subjektiven Tatbestand erfüllt, weshalb ohnehin ein voll- umfänglicher Freispruch zu erfolgen habe (Urk. 54 S. 3 ff.). Die Privatklägerin ih- rerseits beanstandet demgegenüber, dass die Vorinstanz lediglich das Schaden- ersatzbegehren im Umfang der Übertragung der C.\_\_\_\_\_ Aktien in der Höhe von Fr. 37'110.– zuzüglich Zinsen gutgeheissen und das restliche Begehren, welches

- 6 - im Zusammenhang mit den Geldern aus den Lebensversicherungspolice n stehe, wegen mangelnder Liquidität auf den Zivilweg verwiesen habe. Diese Ansicht der Vorinstanz sei nicht haltbar, da sich der Schaden auch hinsichtlich der aus den Lebensversicherungspolice n resultierenden Gelder exakt beziffern lasse, indem dieser Vermögensschaden, der unmittelbar zum Zeitpunkt eingetreten sei, als der Beschuldigte das ihm zur Verfügung gestellte Geld der Privatklägerin auf seinem Konto mit seinem Guthaben bzw. seinem Negativsaldo vermischt habe, der Höhe der erfolgten Transaktionen entspreche. Der Beschuldigte habe daher der Privat- klägerin in jedem Falle den Nominalwert der auf seinem Konto überwiesenen Gelder zu ersetzen (Urk. 53 S. 2 ff.). 2.2. Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2009 wurde den Parteien Frist angesetzt, um allfällige Beweisanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 61). Der Rechts- vertreter der Privatklägerin teilte dem Gericht mit Schreiben vom 2. Juni 2009 mit, dass auf das Stellen

von Beweisanträgen verzichtet werde (Urk. 64). Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis beantragte mit Eingabe vom 5. Juni 2009 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete ebenfalls darauf, Beweisanträge zu stellen (Urk. 65). Schliesslich liess der Beschuldigte dem Gericht das Datenerfassungsblatt samt weiteren Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen zukommen, mit dem Hinweis, dass einstweilen darauf verzichtet werde, Anträge zur Beweisergänzung zu stellen (vgl. dazu Urk. 66 S. 2 und Urk. 67/1-4). Die erste Berufungsverhandlung fand am 30. Oktober 2010 statt (Urk. 79 S. 4 ff.).

### **E. 1.1**

Am 1. Januar 2007 trat der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft. Der Beschuldigte delinquierte in der Zeit von Juni 1998 bis Ende 1998, mithin unter der Herrschaft des alten Rechts, weshalb er grundsätzlich nach diesem zu bestrafen wäre (Art. 2 Abs. 1 StGB). Eine Beurteilung nach dem heute geltenden Recht hat indessen dann zu erfolgen, wenn das neue Recht milder ist als das im Zeitpunkt der Tatbegehung geltende Recht (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB). Auf Veruntreuung und Betrug steht nach neuem Recht im Unterschied zum früheren Recht, welches für beide Delikte je Zuchthaus bis zu 5 Jahre oder Gefängnis vorsah, Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe. Das revidierte Recht ist folglich als das mildere zu betrachten, so dass dieses, obwohl die Delikte vor Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgten, vorliegend zum Zug kommt (Art. 2 Abs. 2 StGB). Gleiches gilt für die sich nach neuem Recht für den Beschuldigten milder erweisenden Regeln der Strafzumessung (Art. 47 ff. StGB) und die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 StGB).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz hat den (rein theoretisch) anwendbaren Strafrahmen unter Berücksichtigung der gegebenen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe korrekt mit einem Tagessatz Geldstrafe bis zu siebeneinhalb Jahren Freiheitsstrafe abgesteckt und überdies ausgeführt, dass eine Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. Juni 2008 auszufallen ist. Da jedoch mit diesem Strafbefehl lediglich eine Geldstrafe und eine Busse ausgefällt wurden, ist im Licht der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 49 Abs. 2 StGB, die für eine Zusatzstrafe die Gleichartigkeit der Strafen voraussetzt,

- 45 - keine Zusatzstrafe auszufallen. Im Ergebnis hatte schon die Vorinstanz keine solche ausgesprochen (vgl. Urk. 59 Erw. 4.5). Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 40 und S. 41; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Einschränkend ist anzumerken, dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die tat- und täterangemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen ist. Dieser ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). 2. Die eigentliche Strafzumessung durch die Vorinstanz ist im Übrigen nicht zu bemängeln. Sie hat die massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren grundsätzlich richtig genannt und gewürdigt (Urk. 59 S. 42 und S. 43; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachstehenden Ausführungen sind - soweit nicht ausdrücklich als Korrekturen dargestellt - deshalb lediglich als Präzisierungen bzw. Ergänzungen zu verstehen.

### E. 3

Mit Urteil der erkennenden Kammer vom 16. November 2009 wurde der Beschuldigte von den Vorwürfen der Veruntreuung und des Betrugs zum Nachteil der Privatklägerin vollumfänglich freigesprochen, unter Aufhebung der Verpflichtung des Beschuldigten zur Bezahlung der Zivilforderung und Prozessentschädigung an die Privatklägerin. Ferner wurden die Untersuchungs- und Verfahrenskosten beider Instanzen, inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte und der Privatklägerin zu einem Viertel auferlegt; überdies verpflichtete die Kammer die Privatklägerin, dem Beschuldigten für die erbe-

- 7 - tene Verteidigung eine reduzierte Entschädigung von Fr. 7'500.– sowie eine Umtriebsentschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen (Urk. 80 S. 17 ff.). 4.1. Gegen dieses Urteil erhob die Privatklägerin Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht, mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 89 S. 2). Der Beschuldigte seinerseits liess den Kostenentscheid mit separater Beschwerde (6B\_19/2010) anfechten (Urk. 87 S. 2). Mit Urteil vom 8. Juni 2010 hiess die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde der Privatklägerin gut, hob das Urteil der erkennenden Kammer vom 16. November 2009 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 94 S. 7); gleichzeitig wurde die Kostenbeschwerde des Beschuldigten entsprechend als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Urk. 93 S. 4). 4.2. Mit Präsidialverfügung vom 28. Juni 2010 wurde vorgemerkt, dass die Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden seien und auf öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilsöffnung verzichtet hätten; im Weiteren wurde dem Beschuldigten mit der gleichen Verfügung Frist angesetzt, um schriftlich zum Verfahren Stellung zu nehmen und, soweit erforderlich, Beweisanträge zu stellen (Urk. 97). Die entsprechende Eingabe des Beschuldigten datiert vom 23. August 2010 (Urk. 100). In der Folge nahmen die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis am 7. September 2010 (Urk. 101) und die Privatklägerin am 14. September 2010 (Urk. 102) zur Eingabe des Beschuldigten Stellung. Letzterer äusserte sich mit Schreiben vom 24. September 2010 zu den Ausführungen der Privatklägerin vom 14. September 2010 (Urk. 103). 5.1. Am 16. Dezember 2010 befand die erkennende Kammer den Beschuldigten der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 15 Monaten, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. Juni 2008; ferner wurde der Beschuldigte verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 476'129.10 Schadenersatz nebst Zins zu bezahlen (Urk. 105).

- 8 - 5.2. Mit Eingabe vom 26. Januar 2011 liess der Beschuldigte gegen diesen Entscheid Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht einreichen (Urk. 109). Mit Urteil vom 20. Juni 2011 hiess die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde des Beschuldigten gut, hob das Urteil der erkennenden Kammer vom 16. Dezember 2010 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung wiederum an die Vorinstanz zurück (Urk. 116 S. 4). 6.1 Nachdem sich der amtliche Verteidiger des Beschuldigten mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens auf telefonische Anfrage hin nicht einverstanden erklärt hatte, fand die zweite Berufungsverhandlung am 9. November 2011 statt (Urk. 127). Mit Urteil der erkennenden Kammer vom 8. Dezember 2011 wurde der Beschuldigte vollumfänglich freigesprochen (Urk. 128). 6.2 Gegen dieses Urteil erhob die

Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. Sie beantragte, das angefochtene Urteil sei wegen Verletzung von Bundesrecht aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 132/2 S. 2). Mit Urteil vom 30. März 2012 hiess die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft gut, hob das Urteil der erkennenden Kammer vom 9. November 2011 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 137 S. 6).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat das Tatverschulden des Beschuldigten als insgesamt „mittelschwer“ taxiert (Urk. 59 S. 42). Diese Einschätzung des Bezirksgerichts ist im Lichte der nachfolgenden Erwägungen nicht zu beanstanden. Der Beschuldigte nutzte das ihm von der Privatklägerin entgegengebrachte Vertrauen schamlos aus und missbrauchte seine Vertrauensposition als deren Berater in skrupelloser und hinterhältiger Weise, indem er das Geld der Privatklägerin an der Börse im Sinne eines "Spielkässelis" ausgab. Um zu diesem Ziel zu kommen, musste der Beschuldigte diverse organisatorische Vorkehrungen treffen. Sein deliktisches Verhalten erstreckte sich über mehrere Monate und zeugt von einer erheblichen kriminellen Energie. Dabei richtete der Beschuldigte einen Schaden von rund einer halben Million Franken an. Ein solches Verhalten ist verwerflich und zeugt von einer beträchtlichen Geringschätzung gegenüber der hier geltenden Eigentumsordnung und der Rechte Dritter. Sein Motiv war sodann ausschliesslich finanzieller und damit egoistischer Natur.

### **E. 3.2**

Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren

- 46 - (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd, Uneinsichtigkeit ist dagegen strafe erhöhend zu werten (vgl. dazu Trechsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 47 StGB sowie Wiprächtiger in BSK StGB I, N 129 ff. zu Art. 47 StGB). Der Beschuldigte zeigte sich im gesamten bisherigen Strafverfahren gänzlich uneinsichtig; zuletzt sowohl in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung als auch anlässlich der Berufungsverhandlung vom 30. Oktober 2009, wo er ausführte, er habe massivste Konsequenzen zu tragen, ohne sich schuldig gemacht zu haben, wogegen die Privatklägerin versuche, aus dem laufenden Strafverfahren Profit zu schlagen. Sein einziger Fehler sei gewesen, dass er kein Konto für die Privatklägerin eröffnet habe (Prot. I S. 24, Urk. 79 S. 15 ff.). Auch in der zweiten Berufungsverhandlung vom 9. November 2011 erklärte er, er möchte klar sagen, dass nie ein Straftatbestand entstanden sei (Urk. 121 S. 6 f.). Unter dem Titel Nachtatverhalten ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten Uneinsichtigkeit vorwirft und diese strafe erhöhend veranschlagt hat (Urk. 59 S. 43).

#### **E. 3.2.1**

Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen, sei es durch die Mittel der (mündlichen oder schriftlichen) Sprache, durch Gesten oder durch konkludentes Verhalten. Entscheidend ist dabei, welcher Erklärungswert einer typischen Verhaltensweise im Geschäftsverkehr zukommt. Wurde keine solche Erklärung abgegeben, ist zu fragen, ob

den Täter eine Aufklärungspflicht trifft, welche sich zum Beispiel aus Vertrag oder aus Treu und Glauben ergeben kann. Die Täuschung muss sich auf objektiv bestimmte Tatsachen der Gegenwart oder der Vergangenheit beziehen, was bei Prognosen, Wahrsagungen oder Werturteilen nicht zutrifft (Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 146 StGB N 2 ff.). Indem der Beschuldigte der Privatklägerin am 30. Juni 1998 einen von ihm vorbe-reiteten Auslieferungsauftrag zukommen liess, welcher lediglich auf die Übertra-gung der "gesamten Anteile" auf das Depot ... lautete und den Hinweis "Vermerk: A.\_\_\_\_\_ melden" trug, ohne jedoch den Depotinhaber zu benennen bzw. die Pri-vatklägerin darüber zu informieren, dass er (der Beschuldigte) der alleinige Depot-inhaber war und dass es sich bei den "Anteilen" um 30 Aktien der C.\_\_\_\_\_ han-delte, wurde diese (die Privatklägerin) getäuscht. Der Beschuldigte unterdrückte damit bewusst eine für die Privatklägerin relevante Tatsache im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Die Privatklägerin durfte ohne weiteres davon ausgehen, dass ihre "Anteile" mit der Unterzeichnung des Auslieferungsauftrages entsprechend den geschäftlichen Gepflogenheiten der Z.\_\_\_\_\_ Vorsorge AG (treuhänderisch) in deren Zugriffsbereichs verbleiben und ihre Interessen (weiterhin) gewahrt würden.

- 40 - Dazu kommt, dass der Beschuldigte gegenüber der Privatklägerin aufgrund des bestehenden langjährigen Vertrags- und Vertrauensverhältnisses eine Aufklä-rungspflicht sowohl hinsichtlich des Depotinhabers als auch bezüglich der Art der „Anteile“ gehabt hätte, welcher er in keiner Weise nachgekommen ist (vgl. dazu auch Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2008, S. 204 ff. sowie Trechsel/Cramer, a.a.O., Art. 146 StGB N 4). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Täuschung er-füllt.

### **E. 3.2.2**

a) Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB muss die Täuschung indes auch arglistig sein, um einen Betrug im Sinne des schweizerischen Strafgesetzbuches begrün-den zu können. Von einer arglistigen Täuschung ist nach der geltenden Recht-sprechung zunächst einmal dann auszugehen, wenn der Täter ein ganzes Lü- gengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Ein Lügengebäude liegt vor, wenn die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeu- gen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kriti- sche Opfer täuschen lässt. Ist dies nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild insgesamt wie auch die fal- schen Tatsachen für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte (BGE 119 IV 28 E. 3c; BGE 128 IV 18 E. 3a). Als be- sondere Machenschaften gelten Erfindungen und Vorkehrungen sowie das Aus- nützen von Begebenheiten, die allein oder gestützt durch Lügen oder Kniffe ge- eignet sind, das Opfer irrezuführen. Machenschaften sind eigentliche Inszenie- rungen. Sie bestehen aus einem ganzen System von Lügen und setzen damit ge- genüber einer blossen Summierung von Lügen höhere Anforderungen an die Vorbereitung, Durchführung und Wirkung der Täuschungshandlung voraus. Ge- kennzeichnet sind sie durch intensive, planmässige und systematische Vorkeh- ren, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellek- tuelle Komplexität (BGE 122 IV 197). Arglist kann aber auch bei einfachen fal- schen Angaben gegeben sein, sofern die Überprüfung der Angaben nicht bzw. nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der

Angaben aufgrund ei-

- 41 - nes besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wird (BGE 125 IV 124 E. 3; BGE 122 IV 246 E. 3a). Nach der neueren Rechtsprechung erlangt das Kriterium der Überprüfbarkeit auch bei einem Lügengebäude und bei besonderen Macheigenschaften Relevanz. Nach dem Gesagten verleiht der Gesetzgeber beim Tatbestandsmerkmal der Arglist dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung wesentliche Bedeutung. Dabei ist nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit der Täter diese kennt und ausnützt. Auf der anderen Seite ist aber auch die besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers in Rechnung zu stellen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals indes nicht erforderlich, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle nur denkbaren Vorsichtsmassnahmen trifft. Entscheidend ist somit nicht, ob der Betroffene alles vorgekehrt hat, um den Irrtum zu vermeiden. Arglist scheidet lediglich dann aus, wenn das Opfer grundlegende Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet hat. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit (vgl. dazu BGE 126 IV 165 ff.; Cassani, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, in: ZStrR 117/1999 S. 163 sowie Thommen, Opfermitverantwortung beim Betrug, in: ZStrR 1/2008 S. 17 ff.). b) Der Beschuldigte beging die Täuschung in der Form einer einfachen Lüge, indem er der Privatklägerin relevante Tatsachen vorenthielt. Eine solche Lüge ist insbesondere dann arglistig, wenn der Beschuldigte - wie bereits vorstehend dargestellt - nach den Umständen voraussieht, dass die Privatklägerin die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wird. Nach der bundesgerichtlichen Praxis genügt für die Bejahung der Vorraussehbarkeit indes nicht nur eine auf gewissen Beobachtungen beruhende Erwartung, sondern es muss vielmehr eine diesbezügliche Gewissheit des Täters bestehen (BGE 107 IV 171).

- 42 - Gemäss Lehre und Praxis sind die Anforderungen an das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses eher hoch anzusetzen. So begründet noch nicht jede Geschäftsbekanntschaft ein besonderes Vertrauensverhältnis (BGE 119 IV 37). Grundsätzlich ist nur dann von einem besonderen Vertrauensverhältnis auszugehen, wenn tatsächlich eine enge und langjährige Geschäftsbeziehung besteht (Wismer, Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug, Diss. Zürich 1988, S. 68 ff.). Klarerweise sieht aber derjenige das Unterbleiben einer Überprüfung voraus, der vom Privatklägerin als Fachmann beigezogen worden ist, um diesen gerade bei den in Frage stehenden Dispositionen zu beraten (BGE 118 IV 38), was beispielsweise gerade bei Vermögensanlagen der Fall ist (vgl. dazu auch Donatsch, a.a.O., S. 203). Vorstehend wurde bereits wiederholt auf das langjährige Vertrauensverhältnis der Privatklägerin zur Z.\_\_\_\_\_ Vorsorge AG hingewiesen, bei der sie zunächst von Herrn Z.\_\_\_\_\_ und danach vom Beschuldigten betreut wurde und in deren Rahmen sie auch mehrfach zu Hause besucht worden ist. Die Privatklägerin vertraute ihr Vermögen in der Schweiz im Hinblick auf eine gute und sichere Anlage der dafür spezialisierten Z.\_\_\_\_\_ Vorsorge AG an und konnte sich seit vielen Jahren hundertprozentig auf deren Geschäftstätigkeit verlassen. Insofern ist ohne weiteres von einem besonderen Vertrauensverhältnis auszugehen. Im Übrigen darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass auch das Diskretionsbedürfnis der in E.\_\_\_\_\_

wohnhaften Privatklägerin bezüglich ihren Vermögensanlagen in der Schweiz eine Rolle spielte, woraus sich zusätzlich eine gewisse Schutzbedürftigkeit ergab. Angesichts dieses langjährigen Vertrauensverhältnisses konnte der Beschuldigte auch mit Gewissheit davon ausgehen, dass die Privatklägerin keine näheren Überprüfungen vornimmt, zumal ihr der Beschuldigte als speziell ausgebildeter Vermögensverwalter der Privatklägerin (wie oben bereits erwähnt) im Finanzbereich weit überlegen war und letztere als beruflich stark engagierte Gewerbetreibende kaum Zeit fand, um sich um ihre Finanzanlagen zu kümmern. Die Judikatur zum Merkmal der Arglist beim Betrug beruht auf dem Grundgedanken der Subsidiarität des Strafrechts im Bereiche des Vermögensschutzes sowie dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Individuums im Geschäftsverkehr.

- 43 - Vor diesem Hintergrund soll dem leichtsinnigen und allzu vertrauensseligen Opfer, welches elementarste Vorsichtsmassnahmen vermissen lässt, kein strafrechtlicher Schutz gewährt werden (vgl. dazu Cassani, a.a.O., S. 155; Arzt, BSK StGB II, N 50 ff. zu Art. 146 StGB). Nach den geschilderten Umständen kann jedenfalls nicht gesagt werden, dass die Privatklägerin durch ihr Verhalten bzw. das Unterlassen der Abklärung, auf welchen Namen das Depot ... lautet, grundlegendste Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet und damit leichtfertig gehandelt hat. In diesem Zusammenhang ist auch auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Betrug zu verweisen, woraus eine deutliche Tendenz zur Ablehnung des Opfermitverschuldens besteht (vgl. dazu ausführlich Thommen, Opfermitverantwortung beim Betrug, a.a.O., S. 28 ff. mit zahlreichen weiteren Verweisen). Insgesamt ergibt sich, dass die Privatklägerin keine Opfermitverantwortung trifft und das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfüllt ist.

### **E. 3.2.3**

Die vorliegend zu bejahende arglistige Täuschung führte offensichtlich zu einem Irrtum der Privatklägerin, worauf diese dem Beschuldigten 30 C.\_\_\_\_\_ Aktien übertrug, mithin eine entsprechende Vermögensdisposition vornahm, was bei ihr wiederum einen Vermögensschaden auslöste und beim Beschuldigten eine unrechtmässige Bereicherung bewirkte, was alles mit Wissen und Willen des Beschuldigten geschah. Nachdem die Vorinstanz diesbezüglich alles Erforderliche bereits umfassend und zutreffend erläutert hat, worauf (wie eingangs erwähnt) zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO), erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Auch aus der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 7. September 2010 ergibt sich kein anderes Bild (vgl. Urk. 101 sowie 137 S. 4). Damit sind sämtliche Tatbestandselemente des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt.

- 44 - C. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen ist. IV. Sanktion

### **E. 3.3**

Die Angaben zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich zunächst aus den Vorakten (Urk. 19/4 S. 1 ff. und Prot. I S. 3 ff.) und aus dem vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 59 S.42 und S. 43). Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Im Rahmen der Berufungsverhandlung vom 30. Oktober 2009 führte der Beschuldigte sodann aus, er sei arbeitslos und suche eine Stelle im Finanzbereich. Er erhalte monatlich zwischen rund Fr. 7'500.– und Fr. 8'000.– aus der Arbeitslosenversicherungskasse ausbezahlt. Seine Lebenspartnerin sei dagegen berufstätig und erziele ein

Jahreseinkommen von etwa Fr. 100'000.– pro Jahr; zudem verfüge sie zusätzlich über eine Witwenrente, welche sich auf jährlich zirka Fr. 80'000.– belaufe. Da sein Wohneigentum vollständig belastet sei, habe er kein Nettovermögen. Neben der Hypothekarschulden sei er vielmehr mit zusätzlichen Kredit- und Steuerschulden im Umfang von ca. Fr. 300'000.– belastet (Urk. 79 S. 7 ff.).

- 47 - Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 9. November 2011 erklärte der Beschuldigte, seine Partnerin trage die Hauptlast der Haushalts- und Wohnkosten. Er bezahle seinen eigenen Unterhalt, jedoch nichts an die Wohnung. Der Beschuldigte betreibt die Firma "A. \_\_\_\_\_ Consulting", woraus er ein monatliches Einkommen von Fr. 3'000.– bis 4'000.– erzielt. Die Eigentumswohnung in G. \_\_\_\_\_ wurde verkauft, wobei jedoch kein Erlös resultierte, sondern lediglich die darauf lastenden Hypotheken und ein Teil der Steuerschulden getilgt werden konnte. Der Beschuldigte gab zudem an, kein Vermögen, sondern diverse Schulden zu haben (Urk. 121 S. 2 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich nichts für die vorliegende Strafzumessung Relevantes. Weitere technische Strafzumessungsgründe sind nicht vorhanden. 4. In Würdigung aller massgebenden Umstände erweist sich die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Anzurechnen an diese Strafe ist ein Tag erstandene Haft (Art. 51 StGB). V. Strafvollzug Die Vorinstanz gewährte dem nicht vorbestraften Beschuldigten richtigerweise den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer minimalen Probezeit von zwei Jahren (Urk. 59 S. 44 und S. 45; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dieser Entscheid ist heute auch aus prozessualen Gründen zu bestätigen (Art. 391 Abs. 2 StPO). VI. Zivilansprüche 1. Wie schon unter der Herrschaft des bisherigen Rechts (§ 192 Abs. 1 StPO/ZH) kann die geschädigte Person auch nach der neuen StPO zivilrechtliche Ansprüche aus einer Straftat als Privatklägerin adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 119 Abs. 1 lit. b und Art. 122 Abs. 1 StPO). Das mit der Strafsache befasste Gericht beurteilt den Zivilanspruch ungeachtet des Streitwerts (Art. 124 Abs. 1 StPO). Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage,

- 48 - wenn es die beschuldigte Person: a) schuldig spricht; b) freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 StPO). Die Zivilklage wird auf den Zivilweg verwiesen, wenn: a) das Strafverfahren eingestellt oder im Strafbefehlsverfahren erledigt wird; b) die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat; c) die Privatklägerschaft die Sicherheit für die Ansprüche der beschuldigten Person nicht leistet; d) die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 2 StPO). Wäre die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig, so könnte das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen. Ansprüche von geringer Höhe beurteilt das Gericht nach Möglichkeit selbst (Art. 126 Abs. 3 StPO). 2.1. Die Vorinstanz stellte zunächst mit zutreffender Begründung fest, dass der Beschuldigte im Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien der C. \_\_\_\_\_ zu verpflichtet ist, der Privatklägerin Fr. 37'110.– zuzüglich 5% Zins ab dem 27. Juli 1998 auf Fr. 35'050.20 zu bezahlen. Darauf ist zu verweisen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (Urk. 59 S. 46). Der Entscheid des Bezirksgerichtes Horgen ist auch diesbezüglich ohne weiteres zu bestätigen. 2.2.1. Den restlichen die Gelder aus den Lebensversicherungspolice betreffenden Teil des Schadenersatzbegehrens der Privatklägerin verwies die Vorinstanz dagegen auf den Zivilweg, im Wesentlichen mit der Begründung, dass diese Forderung mangels vorhandener Unterlagen illiquid sei, da unklar

sei, welchen Wert die Vermögenswerte, welche die Privatklägerin dem Beschuldigten anvertraute, aufweisen würden, hätte dieser sie weisungsgemäss angelegt (Urk. 59 S. 46). Dagegen erhob die Privatklägerin Berufung und verlangt die Zusprechung des gesamten Deliktsumbetrages samt Zinsen unter Hinweis darauf, dass sich der Schaden vorliegend genau beziffern lasse und der Höhe der erfolgten Transaktionen entspreche, weshalb auch dieser Teil der Forderung ausgewiesen sei (Urk. 53 S. 2 ff., Urk. 75 S. 2 ff.). 2.2.2.

Aufgrund des erstellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich im Zusammenhang mit den Lebensversicherungspolice im Laufe des Jahres 1998 in deliktischer Absicht Gelder der Privatklägerin im Umfang von

- 49 - insgesamt Fr. 441'078.90 auf sein Konto überweisen liess. Damit trat aber, worauf die Privatklägerin zu Recht hinweist (vgl. Urk. 53 S. 3), der Vermögensschaden unmittelbar zum Zeitpunkt ein, als der Beschuldigte das Geld der Privatklägerin auf seinem Konto mit seinem eigenen Geld bzw. Negativsaldo vermischte. Da die Vermögenswerte der Privatklägerin entsprechend dem deliktischen Ansinnen des Beschuldigten in der Folge nicht weisungsgemäss angelegt worden sind, ist unerfindlich, auf welche Unterlagen abzustellen wäre, um in der Zivilsache entscheiden zu können. Die Begründung der Vorinstanz überzeugt diesbezüglich nicht. Der Beschuldigte hat der Privatklägerin vielmehr den Nominalwert der auf sein Konto überwiesenen Gelder zu ersetzen, zumal eine Neuanlage von gleicher Güte wie die bisherigen Lebensversicherungspolice vereinbart worden ist. Da sich das schädigende Ereignis bereits zum Zeitpunkt der Vermischung der betreffenden Vermögenswerte auswirkte, ist der gesetzliche Zinssatz von 5% ab den jeweiligen Überweisungsdaten zuzusprechen. 3. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, der Privatklägerin Fr. 476'129.10 Schadenersatz zuzüglich 5% Schadenszins auf Fr. 35'050.20 ab 27. Juli 1998, 5% Schadenszins auf Fr. 168'641.70 ab 4. September 1998, 5% Schadenszins auf Fr. 120'000.– ab 22. September 1998 und 5% Schadenszins auf Fr. 152'437.20 ab 26. November 1998 zu bezahlen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 5, 6 und 7) zu bestätigen (Art. 428 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 426 Abs. 1 StPO und Art. 433 Abs. 1 StPO). 2. Was die zweitinstanzlichen Kosten betrifft, erfolgt die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung im Berufungsverfahren gemäss Art. 428 StPO und Art. 436 StPO i.V.m. Art. 433 StPO in der Regel im Verhältnis von Ob- und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten.

- 50 - 2.1. Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich, weshalb ihm grundsätzlich die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Es ist dem Beschuldigten jedoch nicht anzulasten, dass infolge der Rückweisungen durch das Bundesgericht weitere Berufungsverfahren durchgeführt werden mussten. Die Kosten des ersten und zweiten Berufungsverfahrens (SB090312 und SB100406) sind somit auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es rechtfertigt sich, dem Beschuldigten die Kosten eines Berufungsverfahrens mit erfolgter mündlicher Verhandlung, somit des dritten (SB110446), aufzuerlegen. Die Kosten des vorliegenden vierten Verfahrens (SB120214) wiederum sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die durch den Beschuldigten (für das dritte Berufungsverfahren) zu bezahlende Gerichtsgebühr ist auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Diese ist dem Beschuldigten aufzuerlegen. 2.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sämtlicher Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten, dies jedoch nur im Umfang der Kostenaufgabe, somit der Kosten der amtlichen Verteidigung des dritten Berufungsverfahrens SB110446 (Art. 135

Abs. 4 StPO). 2.3. Die Privatklägerschaft hat gegenüber der beschuldigten Person auch im Rechtsmittelverfahren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren, wenn a) sie obsiegt oder b) die beschuldigte Person nach Art. 426 Abs. 2 kostenpflichtig ist (Art. 436 StPO i.V.m. Art. 433 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerschaft hat ihre Entschädigungsforderung bei der Strafbehörde zu beantragen, zu beziffern und zu belegen. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, so tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein (Art. 433 Abs. 2 StPO). Nachdem die Privatklägerin vorliegend vollständig obsiegt, hat sie Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 433 StPO. Gegenteiliges liess auch der Beschuldigte nicht ausführen. Der Anspruch beschränkt sich gemäss klarem Gesetzeswortlaut auf "notwendige Aufwendungen im Verfahren" (Art. 433 Abs. 1 StPO). Darunter fallen in erster Linie die Anwaltskosten, soweit diese durch die Beteiligung am Strafverfahren

- 51 - selbst verursacht wurden und für die Wahrung der Interessen der Privatklägerschaft notwendig waren (vgl. Schmid, Praxiskommentar StPO, N. 3 zu Art. 433 StPO). Der Rechtsvertreter der Privatklägerin verlangt die erneute Ausfällung des Entscheids vom 16. Dezember 2010, mit welchem der Privatklägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.– zugesprochen wurde. Für die der Privatklägerin aus dem Berufungsverfahren erwachsenden Kosten und Umtriebe erscheint diese Prozessentschädigung als angemessen. Im vorliegenden (vierten) Verfahren wurden keine weiteren Entschädigungsforderungen erhoben. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, der Privatklägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen. Das Gericht erkennt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig – der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und – des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon ein Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 476'129.10 Schadenersatz zu bezahlen, zuzüglich 5% Schadenszins auf Fr. 35'050.20 ab 27. Juli 1998, 5% Schadenszins auf Fr. 168'641.70 ab 4. September 1998, 5% Schadenszins auf Fr. 120'000.– ab 22. September 1998 und 5% Schadenszins auf Fr. 152'437.20 ab 26. November 1998. 5. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 5, 6 und 7) wird bestätigt.

- 52 - 6. Die Gerichtsgebühr des dritten Berufungsverfahrens SB110446 wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt. 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr für das vorliegende (vierte) Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'306.35 amtliche Verteidigung 8. Die Kosten des ersten, zweiten und vierten Berufungsverfahrens (SB090312, SB100406 und SB120214) werden auf die Gerichtskasse genommen. 9. Die Kosten des dritten Berufungsverfahrens SB110446 werden dem Beschuldigten auferlegt. 10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sämtlicher Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für das dritte Berufungsverfahren SB110446 (Art. 135 Abs. 4 StPO). 11. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen. 12. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten – die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis – die Privatklägerschaft und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA mit

Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten.

- 53 -

#### **E. 7**

Mit Präsidialverfügung vom 17. April 2012 wurde im Einverständnis mit den Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet und der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin Frist zur Begründung ihrer Anträge angesetzt (Urk. 138). Die Privatklägerin verzichtete darauf, erneut schriftliche Anträge zu stellen und erklärte, sie gehe davon aus, dass die hiesige Kammer einen Entscheid fällen werde, welcher exakt demjenigen vom 16. Dezember 2010 entspreche (Urk. 140). Auch die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung des Urteils vom 16. Dezember 2010 (Urk. 141). Die entsprechenden Eingaben wurden in der Folge dem Beschuldigten zugestellt, welcher keine konkreten Anträge stellte, sondern anmerkte, es dürfte aus formellen Gründen tatsächlich richtig sein, dass ein Entscheid auszufallen sei, welcher demjenigen des 16. Dezember 2010 entspreche. Die ursprünglich gerügten Nichtigkeitsgründe würden dem Urteil jedoch noch anhaften

- 9 - und seien vom Bundesgericht noch nicht geprüft worden (Urk. 144). Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Privatklägerin verzichteten auf weitere Stellungnahmen (Urk. 147; Urk. 148), was den jeweils anderen Parteien mit Präsidialverfügung vom 11. Mai 2012 mitgeteilt wurde (Urk. 149). II. Prozessuales

#### **E. 8**

Juli 1998 in sein Depot eingebucht, wobei der Wert einer Aktie an diesem Tag Fr. 1'237.– und der Gesamtwert Fr. 37'110.– betrug. Am 27. Juli 1998 verkaufte der Beschuldigte die 30 C.\_\_\_\_\_ Aktien, wobei der Erlös von Fr. 35'050.20 mit Valuta vom 30. Juli 1998 auf seinem Kontokorrent ... gutgeschrieben wurden (vgl. Urk. 39 S. 4 und 5).

#### **E. 13**

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 22. August 2012 Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. Th. Meyer lic. iur. Aardoom

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