

ZH_OBERGERICHT SB130003 vom 3. September 2013

ZH Obergericht, 2013-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130003

FR: ZH_OBERGERICHT SB130003 du 3 septembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB130003 del 3 settembre 2013

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Da der angefochtene Entscheid nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten der StPO angeordnet oder durchgeführt wurden, behalten gemäss Art. 448 Abs. 2 StPO ihre Gültigkeit. Beweise, die nach altem Verfahrensrecht abgenommen wurden, können somit weiterhin beweismässig verwertet werden, auch wenn die Beweiserhebung nicht der StPO entspricht oder nach dieser sogar ungültig wäre (SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozesses, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1860). Voraussetzung für die Verwertbarkeit der unter altem Verfahrensrecht abgenommenen Beweise ist, dass diese gemäss dem im Zeitpunkt ihrer Abnahme geltenden Recht gültig sind. Soweit sich das Gericht auf solche Beweise abstützt, ist die Frage der Verwertbarkeit derselben nach der Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) zu beantworten.

- 28 -

E. 2

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene nicht mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 5. Juli 2012 liessen der Beschuldigte B. _____ mit Eingabe vom 9. Juli 2012 und der Beschuldigte A. _____ mit Eingabe vom 16. Juli 2012 rechtzeitig Berufung anmelden (Prot. I S. 86; Urk. 90 f.). Ebenfalls rechtzeitig meldeten sie Berufung an gegen die wiederum schriftlich mitgeteilte Urteilsergänzung vom 20. August 2012 betreffend Zivilforderung der Privatklägerin K. _____ (Prot. I S. 89 f.; Urk. 84/2+3; Urk. 92 f.; Art. 90 Abs. 2 StPO). Von Seiten der Privatkläger und der Staatsanwaltschaft wurden keine Berufungen angemeldet. Nach Erhalt des begründeten Urteils je am 1. November 2012 liessen beide Beschuldigten fristgerecht ihre Berufungserklärungen im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO einreichen (Urk. 94/3+4; Urk. 100; Urk. 101).

E. 2.1

Wie bereits dargelegt, ist die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass die von den Beschuldigten bestrittene Behauptung in der Anklage, wonach die ca. 10'000 Geschädigten nie einen Vertrag für einen ...-Infodienst hätten abschliessen wollen, was die Beschuldigten gewusst hätten (Urk. 22 S. 3, 5. Absatz), erstellt sei (Urk. 98 S. 14). Im Vorverfahren wurden indessen keinerlei Beweise zu den tatsächlichen Beweggründen der Geschädigten unter Wahrung der Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO (bzw. § 14 StPO ZH) erhoben. Es liegen daher keinerlei Beweiserhebungen zu den Beweggründen vor, welche zur jeweili-

- 39 - gen Vermögensdisposition führten (vgl. vorstehend, Erw. II.3.2. ff.). Die Nichtbeachtung von Art. 147 StPO (bzw. § 14 StPO ZH) und das gänzliche Absehen von den genannten Beweiserhebungen, stellt einen wesentlichen Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO dar. Eine Rückweisung zur Ergänzung des Beweisverfahrens drängt sich daher auf, da ansonsten der Grundsatz, wonach das Beweisverfahren im Berufungsverfahren nur punktuell zu ergänzen ist, unterlaufen (Hug, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 7 zu Art. 409 StPO) und das Berufungsgericht überdies unzulässigerweise in die Parteirolle der Untersuchungsbehörde gedrängt würde.

E. 2.2

Dabei wird die Vorinstanz zu prüfen haben, inwieweit sie das Verfahren zur Durchführung von Beweiserhebungen und Ergänzung des Vorverfahrens, evt. zur Ergänzung oder Berichtigung der Anklage (vgl. vorstehend, Erw. I. 5.2.), an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen gedenkt (Art. 329 Abs. 2 StPO). IV. Kosten Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigungen, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

E. 3

Mit Verfügung des Kammerpräsidenten vom 4. Februar 2013 wurde den Privatklägern und der Staatsanwaltschaft Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 104). Mit Eingabe vom 22. Februar 2013 erklärte die Staatsanwaltschaft rechtzeitig Anschlussberufung und beschränkte diese auf die Strafzumessung und den bedingten Vollzug der Strafe (Urk. 105/1; Urk. 113). Von den Privatklägern erhob einzig C. _____ mit Eingabe vom 13. Februar 2013 fristgerecht Anschlussberufung, jedoch ohne Anträge zu stellen (Urk. 109), weshalb ihm mit Präsidialverfügung vom 12. April 2013 eine Frist von 10 Tagen angesetzt wurde, um im Sinne von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO anzugeben, in welchen Teilen er das Urteil anfechte; dies unter der Androhung, dass bei Säumnis oder ungenügender Angabe das Urteil mit entsprechender Kostenfolge als Ganzes angefochten gelte, soweit seine rechtlichen Interessen betroffen seien (Urk. 120 S. 3). Mit dem Datum des 13. Februar 2013 tragenden Eingabe (Poststempel: 26.04.2013 und damit rechtzeitig; Urk. 121/1) hielt Privatkläger C. _____ an seiner Anschlussberufung fest und beschränkte diese auf Dispositivziffer 9.a) des vorinstanzlichen Urteils, da ihm kein Schadenersatz zugesprochen worden sei, obwohl er Fr. 130.– einbezahlt habe und in Ziff. 20 des Urteils vom 5. Juli 2012 als Privatkläger aufgeführt sei (Urk. 122). Schliesslich wurde die präzisierete Anschlussberufung des Privatklägers den Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 123 f.).

- 29 -

E. 3.1

In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fließenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 StPO verankerten Maxime „in dubio pro reo“ ist bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld zu vermuten, dass die einer strafbaren Handlung beschuldigte Person unschuldig ist (Art. 10 Abs. 1 StPO; BGE 127 I 38 ff., 40, BGE 120 Ia 31 ff., 35 f.). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandes-

- 35 - gemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozess- rechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 233 ff.). Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld der beschuldigten Person hätte zwei- feln müssen (BGE 127 I 38 ff., 41; BGE 124 IV 86 ff., 87 f.). Wenn erhebliche oder nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so abgespielt hat, wie er eingeklagt ist, so ist die beschuldigte Person nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen (z.B. Schmid, a.a.O., N 235, m.w.H.). Soweit ein di- rekter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren „Mosaik“ (Arzt, In dubio cont- ra, ZStrR 115 [1997] 197), zu würdigen ist (vgl. dazu auch Pra 2004 Nr. 51 S. 257 Ziff. 1.4; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f. Ziff. 3.4.). Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld der beschuldigten Person mit hinreichender Si- cherheit erwiesen ist, d.h. Beweise dafür vorliegen, dass die beschuldigte Person mit ihrem Verhalten objektiv und subjektiv den ihr zur Last gelegten Straftatbe- stand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststehe (Schmid, a.a.O., N 227). Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person ausgeschlossen werden können. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesam- ten Beweisergebnisses, zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (Art. 10 Abs. 2 StPO; ZR 72 [1973] Nr. 80; Pra 2004 Nr. 51 S. 257 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 86 ff., 88; BGE 120 Ia 31 ff., 36 f.). Es liegt in der Natur der Sa- che, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss es genügen, dass das Beweis- ergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl. Entscheid des Kassati- onsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2003 Nr. 2002/387S, E. 2.2.1, m.w.H.). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen daher nicht massge- bend sein, weil solche immer möglich sind (Schmid, a.a.O., N 233 ff.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Lässt sich ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, was schon im Wesen

- 36 - menschlichen Erkenntnisvermögens liegt, so hindert dies den Richter nicht, sub- jektiv mit Gewissheit davon überzeugt zu sein.

E. 3.2

Der Beschuldigte A._____ bejahte anlässlich seiner untersuchungsrich- terlichen Hafteinvernahme vom 8. Juli 2010 die Frage des Staatsanwaltes, ob er davon überzeugt sei, dass alle Kunden Informationen über ... gewünscht und da- her freiwillig einen Vertrag abgeschlossen hätten, ohne zu zögern (Urk. 4/2 S. 7) und blieb bei dieser Haltung. Auch der Beschuldigte B._____ antwortete auf diese Frage des Staatsanwaltes, er nehme (zwar) nicht an, dass alle Anrufer den Dienst hätten in Anspruch nehmen wollen, aber dass alle gewusst hätten, was sie taten (Urk. 5/2 S. 4). Mithin machte auch der Beschuldigte B._____ geltend, dass zu- mindest ein Teil der Anrufer den Infodienst tatsächlich in Anspruch nehmen woll- ten. Daraus folgt fraglos, dass dieser Anklagevorwurf, wonach die ca. 10'000 Ge- schädigten jedoch nie einen Vertrag für einen solchen ...-Infodienst hätten ab- schliessen wollen, was die Beschuldigten gewusst hätten (Urk. 22 S. 3, 5. Ab- satz), als ausdrücklich bestritten zu gelten hat und damit des Nachweises bedarf.

E. 3.3

Die Vorinstanz hat diesbezüglich erwogen (Urk. 98 S. 14 ff., 16 f.), "es sei davon auszugehen, dass" von den rund 10'000 Personen nur sehr wenige diesen Infodienst gewollt hätten. Die allermeisten jener Personen, die auf eine der Telefonnummern der Infoline zurückgerufen hätten, "dürften" sich ungewollt für den ...-Infodienst angemeldet haben. Denn als die Beschuldigten im Frühling 2010 über die Infoline einen ...-Infodienst anzubieten begonnen hätten, sei keine ... im Gange gewesen, weshalb das Interesse an einem solchen Infodienst damals gering gewesen sei (s. Urk. 73 S. 11 Rz 43).

E. 3.3.1

Mit diesen Erwägungen traf die Vorinstanz eine Reihe von Vermutungen und unzulässigen Annahmen ("es ist davon auszugehen"; "es dürfte sein"; Urk. 98 S. 16 ff.), ohne eine eigentliche Beweisführung vorzunehmen und für ihre Annahmen allenfalls vorhandene Beweismittel zu benennen und zu würdigen. Nachdem weder im Vorverfahren durch den Staatsanwalt oder die Polizei noch (allenfalls) durch die Vorinstanz wenigstens eine repräsentative Anzahl aus den 174 Geschädigten zu ihren Beweggründen im Zusammenhang mit der getätigten Vermögensdisposition über Fr. 130.– im Hinblick auf das Angebot des ...- und ...- Infodienstes befragt wurden, lässt sich diese Behauptung der Anklage bei der ge-

- 37 - genwärtigen Beweislage nicht erstellen. Zwar haben drei Geschädigte auf ihrem von der Staatsanwaltschaft nicht akturierten Formular "Zivilansprüche" handschriftliche Angaben angebracht oder einen Begleitbrief mit Angaben mitgeschickt (Ordner "Geschädigte Infoline": K.____, G44.____, G319.____), die darauf schliessen lassen, dass diese drei Geschädigten die Vermögensdisposition vornahmen, in der irrtümlichen Meinung, aufgrund ihres Telefonanrufes dazu verpflichtet gewesen zu sein. Aber auch diese drei Geschädigten wurden nicht zu ihren Absichten unter Wahrung der Teilnahmerechte der Beschuldigten (Art. 147 StPO; § 14 StPO ZH) befragt. Auch aufgrund von diesen vereinzelt, handschriftlichen Angaben lässt sich nicht ohne in Willkür zu verfallen ausschliessen, dass einzelne oder auch eine grössere, nicht näher bekannte Anzahl Interessenten aus diesen 174 Geschädigten tatsächlich inskünftig einen solchen Infodienst entgeltlich in Anspruch zu nehmen beabsichtigten.

E. 3.3.2

Damit wird ohne jegliche Beweismittel dafür ins Feld zu führen, ausgeblendet, dass durchaus die Möglichkeit bestand, dass eine nicht näher bekannte Anzahl von Geschädigten die Fr. 130.– überwiesen, da sie – aus welchen Gründen auch immer – Interesse an einem Vertragsabschluss im Hinblick auf einen funktionierenden ...-Infodienst hatten und sich deshalb nur (aber immerhin) darüber getäuscht haben könnten, dass die Beschuldigten pflichtwidrig gar nie beabsichtigt haben könnten, einen funktionierenden Infodienst zu betreiben und ihre vertragliche Leistung vereinbarungsgemäss zu erbringen.

E. 3.3.3

Demzufolge lassen sich entscheidende, bestrittene Passagen des Anklagesachverhaltes mangels Kenntnissen über die tatsächlichen Beweggründe der Geschädigten aufgrund der derzeitigen Beweislage nicht rechtsgenügend erstellen, weshalb eine Rückweisung zur Erhebung der Beweggründe der Geschädigten zu erfolgen hat. III. Rückweisung 1. Gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO kann eine Rückweisung angeordnet werden, wenn

kumulativ die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind: Der Mangel muss sich auf das "Verfahren" beziehen, er muss "wesentlich" sein und er muss "im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können". Die Bestimmung greift nur,

- 38 - wenn die Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens und Urteils derart gravierend sind, dass die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich erscheint (Urteil des Bundesgerichts 6B_630/2012 vom 15. Juli 2013, E. 2; Urteile 6B_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.3 sowie 6B_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2 mit Hinweisen; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 1085 ff. Ziff. 2.9.3.3). 2. Grundsätzlich sieht die Strafprozessordnung vor, dass das Gericht selber Beweise erheben oder ergänzen kann (das erstinstanzliche Gericht nach Art. 343 StPO; das Berufungsgericht nach Art. 389 StPO). Das Bundesgericht hat sich zum Verhältnis zwischen Art. 329 StPO (Rückweisung zur Ergänzung oder Berichtigung) und Art. 343 StPO (Beweisabnahme vor Gericht) geäußert und festgestellt, dass es grundsätzlich der Staatsanwaltschaft obliege, die nötigen Beweise zu sammeln (Urteil des Bundesgerichts 1B_304/2011 vom 26. Juli 2011, E. 3.2.1). Entgegen der in einem Teil der Literatur geäußerten Auffassung umfasse die Anklageprüfung nach Art. 329 StPO nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfung (E. 3.2.2). Wenn ein unverzichtbares Beweismittel fehle und dazu führe, dass die Sache nicht von Grund auf geprüft werden könne, stehe eine Rückweisung in Anwendung von Art. 329 Abs. 2 StPO deshalb offen. Allerdings dürfe das Gericht die Möglichkeit der Rückweisung nicht so weit auslegen, um jegliche Beweisabnahme vor Gericht zu vermeiden, insbesondere, wenn die Beweisabnahme nur wenig kompliziert sei oder wenn ein Beweismittel bloss wünschbar wäre. Konkret erachtete das Bundesgericht die Rückweisung an die Staatsanwaltschaft zur Einholung einer psychiatrischen Expertise als zulässig (E. 3.2.2 f.).

E. 4

Es ist mithin das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten, mit Ausnahme der Abweisung der von diversen Privatklägern gestellten Genugtuungsbegehren mangels einer schweren Verletzung in deren persönlichen Verhältnissen (Dispositivziffer 10 a) und 10 b)).

E. 4.1

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID, StPO-Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 402 N 1; vgl. auch Art. 437 StPO).

E. 4.2

Nachdem die Urteilsdispositivziffern 10 a und b (Genugtuungsbegehren) unangefochten blieben, ist das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen.

E. 5

Im Berufungsverfahren lässt der Beschuldigte A. _____ daran festhalten, dass beim Vorwurf des gewerbsmässigen Betruges im Zusammenhang mit dem

- 30 - Anklagesachverhalt "Infoline" das Anklageprinzip verletzt sei (Urk. 22 S. 2 ff.; Urk. 100 S. 2; vgl. auch Urk. 73 S. 4 ff., 8 ff.; Urk. 134 S. 3).

E. 5.1

Gemäss Art. 9 StPO kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat. Nach Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift "möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat". Das Anklageprinzip gewährleistet das rechtliche Gehör und die Verteidigungsrechte des Beschuldigten (BGE 120 IV 348 E. 2b). Damit die Anklageschrift ihre doppelte Funktion der Umgrenzung und Information wahrnehmen kann, muss sie hinreichend präzise formuliert sein (vgl. BGE 133 IV 2335 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_304/2012 vom 8. November 2012 E. 1).

E. 5.2

Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten A._____ ist zwar zuzustimmen, dass im Anklagesachverhalt "Infoline" der Begriff "Irrtum" nicht explizit umschrieben ist. Insofern ist die Wortwahl etwas unpräzise. Aus dem Gesamtzusammenhang des Anklagesachverhaltes und der von der Verteidigung zitierten Passage des Anklagetextes (vgl. Urk. 73 S. 4; Urk. 134 S. 3): "Unter dem Eindruck der Täuschung, dass sie einen rechtsgültigen Vertrag mit den Beschuldigten abgeschlossen hatten, bezahlten 174 Geschädigte..." geht indessen offenkundig hervor, dass die Geschädigten sich darüber geirrt haben sollen, dass sie sich vertraglich verpflichteten hätten und dementsprechend auch zur Bezahlung der Jahresgebühr verpflichtet sein würden, und aus diesem Grunde bezahlten. Es konnte den Beschuldigten daher nicht zweifelhaft sein, was ihnen vorgeworfen wird. Insofern ist die den Beschuldigten zur Last gelegte Tat hinreichend bestimmt umschrieben und das Anklageprinzip nicht verletzt, wie dies bereits die Vorinstanz erkannt hat (Urk. 98 S. 8). Allerdings wurde in der Anklageschrift zwar festgehalten, die Beschuldigten hätten gar keinen ...-Infodienst betrieben, sondern auf dem programmierten Tonband der angeblichen Dienst-Nummer ..., welche von den Kunden hätte gewählt werden sollen, lediglich Musik abgespielt (Urk. 22 S. 3, 5. Absatz, 2. Satz). Der daraus ableitbare Vorwurf, dass die Beschuldigten jene nicht näher bekannte Anzahl möglicher Geschädigter, welche wissentlich und willentlich und damit insoweit irrtumsfrei Fr. 130.- entrichtet haben könnten, um den In-

- 31 - fodienst tatsächlich in Anspruch zu nehmen, mit ihren täuschenden Machenschaften arglistig über ihre von Beginn weg vorhandene Absicht getäuscht haben könnten, trotz eingegangener Jahresgebühren gar nie einen funktionierenden ...- Infodienst einrichten zu wollen, wird den Beschuldigten in der Anklage indessen nicht gemacht. Die Anklage ist daher diesbezüglich unvollständig.

E. 6

Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten A._____ lässt in prozessualer Hinsicht weiter geltend machen, die Aussagen der im Vorverfahren lediglich polizeilich befragten ehemaligen Mitarbeiter der D._____ GmbH seien nicht zulasten des Beschuldigten A._____ verwertbar, da seine Teilnahmerechte im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO nicht beachtet worden seien. Daran ändere auch deren Befragung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nichts. Es sei an den Strafverfolgungsbehörden, innert nützlicher Frist die erforderlichen Beweiserhebungen und die entsprechenden Konfrontationen durchzuführen (Urk. 73 S. 9 f.; Urk. 134 S. 4 und S. 7).

E. 6.1

Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO statuiert den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren und bestimmt, dass die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Es kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO; s. auch Art. 101 Abs. 1 StPO) eingeschränkt werden (vgl. Botschaft StPO, S. 1187). Beweise, die in Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO; Urteil des Bundesgerichts 1B_264/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 4 ff.).

E. 6.2

Zu Recht hat der amtliche Verteidiger des Beschuldigten A._____ die Frage aufgeworfen, weshalb es der Staatsanwalt unterlassen habe, die gebotenen Konfrontationseinvernahmen mit den Mitarbeitern der D._____ GmbH durchzuführen (Urk. 73 S. 9 f.). Dieselbe Frage stellt sich im Zusammenhang mit den Geschädigten, deren Befragung der Staatsanwalt ebenfalls unterliess (dazu nachfolgend, Erw. II.A.3.3.1.). Da jedoch nicht geregelt ist, zu welchem Verfahrens-

- 32 - zeitpunkt Belastungszeugen zu befragen sind, ist den Teilnahmerechten der Beschuldigten durch die vor Vorinstanz nachgeholten Zeugenbefragungen der Mitarbeiter der D._____ GmbH Genüge getan, zumal es den Anforderungen an ein "fair trial" im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK genügt, dass die beschuldigte Person oder die Verteidigung im Laufe des Verfahrens einmal eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, von ihrem Konfrontationsrecht Gebrauch zu machen (BGE 133 I 33 E. 2.2; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 13 zu Art. 147 StPO).

E. 6.3

Die Auffassung der Verteidigung des Beschuldigten A._____, wonach erst durch die erste Gerichtsstanz durchgeführte Befragungen von Belastungszeugen nicht verwertbar sein sollen, ist im Übrigen auch nicht in Einklang zu bringen mit Art. 343 StPO, was jedoch nichts daran ändert, dass die Durchführung dieser Konfrontationen dem Staatsanwalt obliegt (Art. 16 StPO; Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 4 zu Art. 16 StPO; so bereits § 25 StPO ZH; Schmid, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 1 ff., insbes. N 9 ff. zu § 25 StPO ZH; Urteil des Bundesgerichts 1B_304/2011 vom 26. Juli 2011, E. 3.2.1), zumal dies, wie vom Verteidiger zu Recht ins Feld geführt wurde (Urk. 73 S. 9, Rz 32 ff.), das Beschleunigungsgebot und das Gebot der Wahrheitsfindung angesichts des mit dem Zeitablauf stetig abnehmenden Erinnerungsvermögens von zu befragenden Beteiligten gebieten (Art. 5 Abs. 1 StPO; Art. 6 StPO i.V.m. Art. 139 Abs. 1 StPO; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 6 StPO; vgl. auch nachfolgend, Erw. III.2.).

E. 7

Anlässlich der Berufungsverhandlung stellten die Parteien die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 133 S. 1, Urk. 134 S. 2, Urk. 101 S. 2 und Urk. 122 S. 1). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt (Urk. 100; Urk. 101 S. 2, Ziff. 7; Urk. 113). II. Sachverhalt A. Infoline

- 33 - 1. Den Beschuldigten wird im Wesentlichen vorgeworfen, sie hätten zwischen ca. März und Mai 2010 in gemeinsamem, arbeitsteiligem Zusammenwirken als Mittäter durch diverse in der Anklage teilweise aufgeführte täuschende Machenschaften, mit Hilfe eines eigens dafür programmierten Telefon-Dialers und unter falschen Namen erworbenen, lokalen Telefonnummern ca. 10'000 Geschädigte dazu gebracht, anlässlich ihres Rückrufes, bei welchem diese durch eine vorprogrammierte Tonbandansage angeleitet worden seien, innert kürzester Zeit sich ungewollt bei der Infoline H. _____ Ltd. für einen inexistenten, telefonischen ...- und ...-Infodienst anzumelden. Die Beschuldigten hätten weiter angestrebt, diese Geschädigten mittels Zustellung eines entsprechenden Einzahlungsscheines samt Kundennummer und Zugangscode sowie unter Angabe der genauen Uhrzeit des Rückrufes inklusive der Telefonnummer des betreffenden Geschädigten, dazu zu veranlassen, eine Jahresgebühr von Fr. 130.– für den Infodienst der Infoline zu überweisen. Dabei hätten die Beschuldigten bei den Geschädigten, welche sich anlässlich eines Rückrufes telefonisch ungewollt für den ...-Infodienst angemeldet hätten, den falschen Eindruck erweckt, sich rechtsgültig vertraglich gegenüber der Infoline verpflichtet zu haben. 174 Geschädigte hätten sich durch diese Machenschaften der Beschuldigten über eine gar nicht bestehende Zahlungspflicht täuschen lassen und die Jahresgebühr von Fr. 130.– aufgrund ihrer unzutreffenden Überzeugung aufforderungsgemäss einbezahlt. Dadurch hätten die Beschuldigten bei diesen 174 Geschädigten einen Vermögensschaden von gesamthaft Fr. 22'620.– verursacht und sich in diesem Umfang unrechtmässig bereichert, wobei sich der Deliktsbetrag auf insgesamt Fr. 1.3 Mio. belaufen hätte, sofern alle 10'000 Rechnungsadressaten die Jahresgebühr einbezahlt hätten. Mit den erwähnten Einnahmen hätten die Beschuldigten Lebenshaltungskosten gedeckt (Urk. 22 S. 2 ff.). Die ca. 10'000 Geschädigten hätten jedoch nie einen Vertrag für einen solchen ...-Infodienst abschliessen wollen, was die Beschuldigten gewusst hätten (Urk. 22 S. 3, 5. Absatz). 2. Die Beschuldigten haben den äusseren Sachverhalt nicht bestritten. So bestritten sie insbesondere nicht, • das Verwenden eines Telefon-Dialers und von lokalen Telefonnummern, • das automatische Abrechnen der Verbindung bei Annahme des Anrufes durch die Geschädigten, um dadurch möglichst einen Rückruf der Geschädigten zu erwirken,

- 34 - • das Abspielen eines programmierten Tonbandes bei Rückruf auf die Nummer des Dialers mit dem Angebot, sich für den telefonischen Infodienst gegen ... und ... zu einer Jahresgebühr von Fr. 130.– anzumelden, wobei der Vertrag rechtsgültig werde, sofern der Geschädigte während einiger, kurzer Zeit, weiter in der Leitung bleibe, • das anschliessende Zusenden einer Rechnung über Fr. 130.– an alle, welche zurückriefen und in der Leitung blieben, • das Versenden von 10'000 Rechnungen (Urk. 4/2 S. 8; Urk. 4/3 S. 4; Urk. 5/5 S. 6), • das Einzahlen der Jahresgebühr durch 174 Geschädigte (insgesamt Fr. 22'600.–). Darüber hinaus machten sie teilweise auch immer wieder von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch oder bestritten pauschal. Daneben bestritten sie im Wesentlichen, etwas Illegales getan und die Geschädigten getäuscht zu haben. Sie bestreiten insbesondere, dass die 174 Geschädigten, welche die Jahresgebühr einzahlten, gar keinen Infodienst hätten nutzen wollen und die Jahresgebühr daher unfreiwillig und irrtümlich bezahlt hätten. Schliesslich bestreiten sie, gar nie beabsichtigt zu haben, einen funktionierenden ...-Infodienst einzurichten und sich durch das vorgeworfene Vorgehen unrechtmässig bereichert oder Schaden verursacht zu haben (Urk. 4/1 S. 2; Urk. 4/2 S. 5 ff., insbes. 7 f.; Urk. 4/3 S. 5; Urk. 5/1; Urk. 5/2 S. 3 ff.; Urk. 5/3 S. 5 ff., insbes. S. 9 ff.; Urk. 5/5 S. 4, 6; Urk. 4/4 S. 3 ff., insbes. S. 7 f.; Urk. 73 S. 11 ff.; Prot. I S. 34, 39 ff.). 3.

Die bestrittenen Teile des Anklagesachverhaltes sind daher aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den all- gemein gültigen Beweisregeln zu prüfen und zu erstellen.

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