

ZH_OBERGERICHT SB130347 vom 4. Februar 2014

ZH Obergericht, 2014-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130347

FR: ZH_OBERGERICHT SB130347 du 4 février 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB130347 del 4 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

B._____,

E. 1.1

Die Vorinstanz hat das Verfahren gegen die Beschuldigten in Bezug auf alle Handlungen vor dem 16. Dezember 2001 zufolge Verjährung eingestellt (Urk. 54 S. 6 - 10). Der Privatkläger liess dazu vor Vorinstanz ausführen, dass er zunächst generell auf Art. 60 Abs. 2 OR verweise. Zweitens verwies er auf das Urteil des Bezirksgerichts Zürich gegen den Beschuldigten B._____ sowie auf das entsprechende Urteil des Obergerichts Zürich vom 24. August 2010 gegen den Beschuldigten B._____. Es sei damals um Zivilforderungen des Privatklägers aus den Jahren 1997 und 1999 gegangen. Diese seien dem Zivilkläger zugesprochen worden. Die Verjährung sei für das Obergericht kein Thema gewesen. Würde nun die von der Verteidigung aufgestellte Theorie mit den altrechtlichen Verjährungsregeln zutreffen, so hätte das Obergericht Zürich diese damaligen Forderungen ebenfalls als verjährt betrachten müssen, was es aber offensichtlich nicht gemacht hätte. Dass die Verjährungsfrist immer wieder unterbrochen wurde, sei sodann aktenkundig (Prot. I S. 28 f.). Der Privatkläger liess dazu anlässlich der Berufungsverhandlung ausführen, im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanz liege Tateinheit vor, da zwischen den einzelnen Tathandlungen, in casu der monatlichen Verrechnung von fiktiven Hauswartungslohnkosten, kein längerer Zeitraum gelegen habe. Da von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen sei, habe die Verjährung erst mit der letzten Rechnungsstellung am 25. Mai 2003 zu laufen begonnen. Zudem sei die Verjährung nicht erst mit dem Beschluss des Obergerichts vom 16. Dezember 2011 unterbrochen worden, sondern schon mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 23. Dezember 2000 (recte: 2010). Damit seien auch die Tathandlungen betreffend die Heiz- und Nebenkostenabrechnung vom 23. April 2001 nicht verjährt (Urk. 72 S. 4 f.).

- 10 -

E. 1.2

Den Beschuldigten werden strafbare Handlungen für die Zeit vom 1. April 1999 bis 31. März 2003 vorgeworfen.

E. 1.2.1

Der Beschuldigte B._____ soll sich dabei als schwerstes Delikt des gewerbsmässigen Betrugs schuldig gemacht haben. Dieser wird bestraft gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen. Gemäss dem im Zeitpunkt der Straftaten gültigen Strafbestimmung betrug der Strafraum gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis

nicht unter drei Monaten. Sodann soll er sich der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, welche Tat mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bzw. gemäss damals geltendem Recht mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis belegt wird.

E. 1.2.2

Der Beschuldigte C._____ soll sich des mehrfachen Betrugs und der Urkundenfälschung schuldig gemacht haben, welche Straftatbestände mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bzw. gemäss damals geltendem Recht mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis belegt wird.

E. 1.3

Gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB verjährt die Strafverfolgung in 15 Jahren, wenn die Tat mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist. Im alten Recht (bis 30. September 2002) beträgt die relative Frist für die Verfolgungsverjährung nach aArt. 70 Abs. 2 StGB 10 Jahre, wenn die Tat mit mehr als 3 Jahren Gefängnis oder Zuchthausstrafe bestraft wurde; die absolute Frist nach aArt. 72 Ziff. 2 StGB beträgt (unter Berücksichtigung der Unterbrechungsgründe) 15 Jahre. Gemäss Art. 389 StGB sind dabei die Bestimmungen des neuen Rechts auch anwendbar auf Täter, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Tat verübt haben, wenn das neuere Recht das mildere ist. Damit gilt der Grundsatz der *lex mitior* auch bei Verjährungsfristen (BGE 130 IV 401; 129 IV 51). Indessen ist zu beachten, dass alle Straftaten, welche nach dem 1. Oktober 2002 begangen wurden, zwingend unter die neuen Regeln fallen. Ist sodann bereits ein erstinstanzliches Urteil i.S. von Art. 97 Abs. 3 StGB ergangen - darunter fallen auch freisprechende

- 11 - Urteile (BSK StGB-Matthias Zurbrügg, Art. 97 N 56 unter Hinweis auf BGE 139 IV 62) -, kann die Verjährung nach neuem Recht nicht mehr eintreten. Das alte Recht kann sich dann nicht mehr als das strengere erweisen (BSK StGB-Christof Riedo, Art. 389 N 31 f.).

E. 1.4

Vorliegend erging ein erstinstanzliches Urteil am 17. Mai 2013. Damit erweist sich das ältere Recht als das mildere, weshalb für die vor dem 30. September 2002 verübten Straftaten die Frage der Verjährung nach aArt. 70 - 72 StGB zu beurteilen ist. Die Strafuntersuchung wurde mit Eingabe vom 24. November 2009 bei der Staatsanwaltschaft am 25. November 2009 beanzeigt (Urk. 1). Im Lichte von aArt. 72 Ziff. 2 StGB ist zu prüfen, ob die Verfolgungsverjährung durch Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft unterbrochen worden ist und die relative Verjährungsfrist (von 10 Jahren) neu zu laufen begonnen hat. Die Verjährung wird unterbrochen durch jede Untersuchungshandlung einer Strafverfolgungsbehörde oder Verfügung des Gerichts gegenüber dem Täter, namentlich durch Vorladungen, Einvernahmen, durch Erlass von Haft- oder Hausdurchsuchungsbefehlen sowie durch Anordnung von Gutachten, ferner durch jede Ergreifung von Rechtsmitteln gegen einen Entscheid. Nach der Rechtsprechung wird die Unterbrechung bewirkt durch Tätigkeiten der Strafverfolgungsbehörden, die dem Fortgang des Verfahrens dienen und nach aussen in Erscheinung treten (BGE 126 IV 5 S. 7, BGE 90 IV 62 E. 1 mit Hinweisen). Das Erstellen der Strafanzeige durch den Privatkläger bewirkt keine Unterbrechung der Verjährung. Ebenso wenig bewirkte das Telefonat der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat mit dem Betriebsamt Zürich 6 am 21. September 2010 (Urk. 7) eine Unterbrechung, da es sich um behördeninterne Vorkehren handelt, die für die Beschuldigten nicht erkennbar sind

(BSK StGB-Matthias Zurbrügg, Art. 72 aStGB, N 24). Während das Aktenstudium keine Unterbrechung zu begründen vermag, wirkt in der Regel das Beiziehen von Akten aus einem anderen Verfahren verjährungsunterbrechend (ebd., unter Hinweis auf BGE 73 IV 258, 259). Die Akten müssen als förmliche Prozessvorkehr beigezogen und in die Akten integriert werden. Ob der Richter die Akten im Archiv des eigenen oder fremden Gerichts erhebt, ist belanglos. Massgebend ist allein, dass der Beizug von dem beim Richter hängigen Verfahren aus gesehen nach aussen in Erscheinung tritt (BGE 73 IV 259). Gemäss Empfangsschein vom 7. September 2010 wurde durch den Staatsanwalt das (Berufungs-)Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2010 in Sachen B._____ gegen den Privatkläger sowie die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat betreffend eines anderen Verfahrens wegen mehrfachen Betrugs etc. (Proz.Nr. SB100297) im vorliegenden Verfahren zu den Akten genommen. Dieses Berufungsurteil bezog sich auf ein Strafverfahren, bei welchem der nämliche Staatsanwalt die Untersuchung geführt und vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich Anklage erhoben hatte (Proz. Nr. GG090487). Der förmliche Beizug der gesamten Akten des genannten Verfahrens erfolgte indessen erst am 4. Januar 2012 (Urk. 13/2). Damit kann allein der Einbezug des Urteils in die Akten (Urk. 8 und 9) nicht als verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung gewürdigt werden; insbesondere wurde dadurch keine nach aussen erkennbare Untersuchungshandlung dokumentiert. Hingegen ist, wie auch der Privatkläger korrekt geltend macht (Urk. 72 S. 4 f.), die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Dezember 2010 als verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung zu werten (BSK StGB-Matthias Zurbrügg, Art. 72 aStGB N 21; Elisabeth Trachsel, Die Verjährung gemäss den Art. 70-75bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Dissertation, Zürich 1990, S. 166). Der Ansicht der Vorinstanz sowie des Verteidigers des Beklagten 2 (Urk. 42 S. 13) kann nicht gefolgt werden, wonach erst mit dem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2011, mit welchem in Gutheissung des Rekurses des Privatklägers die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 23. Dezember 2010 aufgehoben wurde, die relative Verjährungsfrist unterbrochen wurde. Wie bereits vorstehend erwähnt, ist bereits die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 23. Dezember 2010 als verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung zu würdigen, da sie nach aussen wirksam ist und das Verfahren in dem Sinne fördert, als dadurch die Untersuchung tatsächlich beendet wird oder aber in der Weise einen Schritt weiter geführt wird, dass ein Rechtsmittel dagegen ergriffen werden kann (Trachsel, ebd., S. 166 unter Bezugnahme auf SJZ 63 (1967) 173).

- 13 -

E. 1.5

Nach dem 23. Dezember 2010 wurde sodann eine Vielzahl von weiteren verjährungsunterbrechenden Untersuchungshandlungen durchgeführt (z.B. die Parteivernehmungen ab April 2012), womit die relative Verjährungsfrist nach aArt. 72 Abs. 2 StGB immer wieder unterbrochen wurde. Die Verfolgungsverjährung für vorliegende, vor dem 30. September 2002 begangenen Delikte beträfe somit den Zeitraum vom 1. April 1999 bis 23. Dezember 2000.

E. 1.6

Vorliegend stellt sich indessen im Lichte von aArt. 71 StGB bzw. Art. 98 StGB noch die Frage nach dem Beginn der Verjährung, da den Beschuldigten gewerbsmässiges bzw. mehrfaches Handeln vorgeworfen wird. Führt der Täter die strafbare Handlung zu verschiedenen Zeiten aus, beginnt die Verjährung mit dem Tag, an dem er die letzte Tätigkeit ausführt (aArt. 71 Abs. 2 StGB bzw. Art. 98 lit. b StGB). Das Bundesgericht geht in seiner neueren Rechtsprechung davon aus, dass die Gewerbsmässigkeit bei der Frage der Verjährung nicht zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit führe (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2011, 6B_776/2010; BGE 124 IV 63 f.; vgl. dazu kritische Lehre in BSK StGB- Matthias Zurbrügg, Art. 98 N 20; Riedo/Zurbrügg, AJP 2011, 978). Umso mehr gilt dies bei der mehrfachen Tatbegehung. Im Übrigen ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen, welche unter Bezugnahme auf BGE 131 IV 83 Erw. 2.4.5. eine tatbestandliche Einheit verneinen (Urk. 54 S. 8, Art. 82 Abs. 4 StPO). Damit ist der Beginn der Verjährung gemäss aArt. 71 Abs. 2 StGB bzw. Art. 98 lit. a StGB zu beurteilen.

E. 1.7

Somit bleibt es beim Ergebnis, dass die Verfolgungsverjährung für vorliegende, vor dem 30. September 2002 begangenen Delikte für den Zeitraum vom 1. April 1999 bis am 23. Dezember 2000 verjährt sind. Dies betrifft konkret Tat handlungen in Bezug auf die Heiz- und Nebenkostenabrechnungen für die Periode vom 1. April 1999 bis 23. Dezember 2000, d.h. die Abrechnungen gemäss Urk. 17/5/12 -15, sodann die unter Urk. 17/5/19 vorliegenden "Abrechnung" betreffend Gartenbesorgung vom 10. Juli 2000 bis 20. Dezember 2000 über Fr. 9'000.-. Entsprechend ist das Verfahren einzustellen.

- 14 - 2. Weitere prozessuale Einwände:

E. 2

Der Beschuldigte 2, C._____, ist nicht schuldig und wird vom Vorwurf des mehrfachen Betruges und der mehrfachen Urkundenfälschung freigesprochen.

E. 2.1

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten B._____ moniert den Umstand, dass die Einvernahmen vor dem 22. August 2012 wegen mangelnder notwendiger Verteidigung nicht verwertbar seien (Urk. 41 S. 3). Die Vorinstanz hat sich hierzu nicht näher geäußert, aber auf diese Aussagen nicht abgestellt. Kommt notwendige Verteidigung nach Art. 130 StPO - wie vorliegend - in Frage, so ist der Beschuldigte nach Art. 158 StPO vor Beginn der ersten Einvernahme wie allgemein vorgesehen auf seine Rechte hinzuweisen. Wünscht er nach dieser Orientierung und vor Beginn der ersten Einvernahme zu den Tatvorwürfen selbst einen Verteidiger, so ist mit der Einvernahme zuzuwarten, bis ein Verteidiger anwesend ist (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 131 N 3). Da anlässlich der Einvernahme vom 17. Juli 2012 der Beschuldigte einen Verteidiger wünschte, die Einvernahme aber trotzdem fortgesetzt wurde, ist diese Einvernahme nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar.

E. 2.2

Der Verteidiger des Beschuldigten C._____ wendet ein, der Anklagegrundsatz sei verletzt, da sich aus Anklage nicht ergebe, ob und inwiefern sich der Beschuldigte arglistig verhalten haben soll. Der Hinweis, dass der Privatkläger mit dem Beschuldigten näher bekannt gewesen sei und auf dessen Aufrichtigkeit und Korrektheit vertraut habe,

beschreibe das Tatbestandsmerkmal nur grob und damit ungenügend (Urk. 42 S. 10 und Urk. 77 S. 4 f.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass in der Anklage die Verwendung von Urkunden zur Täuschung vorgeworfen wird, was somit eigentliche Machenschaften darstellen und mithin als arglistig einzustufen ist.

E. 2.3

Desweiteren sei der Anklagegrundsatz verletzt bezüglich der Urkundenfälschung, da in der Anklageschrift nicht dargetan sei, welche konkreten Tathandlungen dem Vorwurf zugrunde lägen (Urk. 42 S. 11 und Urk. 77 S. 6). Dieser Einwand ist nicht nachvollziehbar, geht aus der Anklageschrift doch hervor, dass dem Beschuldigten vorgeworfen wird, bewusst unwahre Liegenschaftsrechnungen für seine Nebenkostenabrechnungen verwendet zu ha-

- 15 - ben. Ebenso wenig ist der Ansicht der Verteidigung zu folgen, der Vorwurf der Urkundenfälschung hätte nicht zur Anklage kommen dürfen, da die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 23. Dezember 2010 vom Obergericht mit Beschluss vom 16. Dezember 2011 nur mit Bezug auf den Vorwurf des Betrugs aufgehoben worden sei, die Einstellung mit Bezug auf den Vorwurf der Urkundenfälschung somit rechtskräftig geworden sei (Urk. 77 S. 6). Es wurde damals der ganze der Anzeige wegen Betrugs etc. zugrunde liegende Sachverhalt zur weiteren Untersuchung und eventuellen Anklageerhebung zurückgewiesen. Der Vorwurf der Urkundenfälschung wurde weder in der Anzeige vom 24. November 2009 noch in der Einstellungsverfügung oder im Beschluss des Obergerichts erwähnt (Urk. 2, 11 und 12/10). Von einer Einstellung mit Bezug auf einen solchen Vorwurf kann daher keine Rede sein. IV. Materielles 1. Von den Beschuldigten bestritten ist der Sachverhalt gemäss Ziff. 2.1.7. der Anklage, wonach der Beschuldigte B._____ weder persönlich noch durch Dritte Leistungen, welche diese Bezüge gerechtfertigt hätten, erbracht hätte. Er habe keinen Anspruch auf diese Zahlungen gehabt, was auch der Beschuldigte C._____ gewusst oder zumindest in Betracht gezogen hätte. Ebenfalls bestritten werden damit verbundene Täuschungshandlungen zum Nachteil des Privatklägers gemäss Anklageziffer 2.1.9. sowie die Erstellung bzw. Verwendung unrichtiger Abrechnungen gemäss Anklageziffer 2.2. (Urk. 17/4 S. 17). Die Anklage beruht im Wesentlichen auf den Aussagen der Beschuldigten (Urk. 17/1-4), des Privatklägers A._____ (Urk. 16/1, 16/2) und des Zeugen E._____ (Urk. 16/3) sowie auf verschiedenen Urkunden, insbesondere Abrechnungen etc. (Urk. 17/5/1-27). Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze zur Beweiswürdigung zutreffend dargestellt. Sodann hat sie die wesentlichen Aussagen der Beschuldigten, des Zeugen und des Privatklägers korrekt wiedergegeben und gewürdigt (Urk. 54 S. 11-14). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann vorab darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO), mit folgenden Ergänzungen.

- 16 - 2. Der Betrugsvorwurf beschlägt die dem Privatkläger verrechneten Kosten betreffend "Hauswartung, Garten, Umgebung, Unterhalt, Reinigung Römerbad etc." gemäss der Tabelle in Anklageziffer 2.1.3. (Urk. 34 S. 5). Diese vom Beschuldigten B._____ der Eigentümerschaft verrechneten Beträge sind von den Beschuldigten anerkannt. Unbestritten ist sodann die vom Beschuldigten C._____ als Verwalter der Liegenschaft über das Aufwandkonto "Hauswart" unter dem Titel "Umgebungsarbeiten" dem Beschuldigten B._____ gutgeschriebenen Akontozahlungen gemäss Anklageziffer 2.1.4. sowie die Umlage dieser Beträge auf die drei Mieter gemäss Anklageziffer 2.1.8. (Urk. 17/4 S. 7 ff.). Diese Vorgänge werden durch die Heiz- und Nebenkostenabrechnungen (inkl. die

monatlichen Abrechnungen) für die Abrechnungsperioden vom 1. April 2001 bis 31. März 2002 (Urk. 17/5/20-23) und vom 1. April 2002 bis 31. März 2003 (Urk. 17/5/24-27) sowie durch die vom Beschuldigten B._____ jeweils am Jahresende erstellten Liegenschaftsabrechnungen für die (Kalender-)Jahre 2000 bis 2002 (Urk. 3/3 Blatt 2-4) dokumentiert. Die entsprechenden Verbuchungen finden sich in den Buchhaltungsunterlagen (vgl. Ordner in Thek 4).

E. 3

Der Privatkläger wird zur Geltendmachung seiner Zivilklage auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

E. 3.1

Von der Anklage in Frage gestellt wird die Berechtigung dieses Kostenbezugs durch den Beschuldigten B._____ mangels Eigenleistung bzw. (entgeltlicher) Drittvergabe der Aufgaben. Diese mangelnde Eigenleistung des Beschuldigten B._____ zufolge gesundheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit seit November 1999 wird von den Beschuldigten nicht bestritten. Er habe indessen Dritte mit diesen Arbeiten beauftragt. Die Vorinstanz gelangte nach Würdigung des Beweisergebnisses zum Schluss, dass keine ernsthafte Hinweise in den Akten zu finden seien, dass der Beschuldigte B._____ fiktive Drittleistungen in Rechnung gestellt habe.

E. 3.2

Diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist beizupflichten (Urk. 54 Erw. III.3.3.2., S. 13 f; Art. 82 Abs. 4 StPO). Hervorzuheben ist der Umstand, dass auch der Privatkläger um die Besonderheit dieser Nebenkosten wusste. So führte er aus, dass er einem Betrag von insgesamt Fr. 10'000.– für die Heiz- und Nebenkosten zugestimmt hatte. Diese Vereinbarung habe sich aus Investitionen in die Liegenschaft, in den Garten, den Keller und ein Römerbad ergeben (Urk. 16/1 S. 5 f). Zu seinem Einwand, er sei insbesondere über den Umstand getäuscht

- 17 - worden, dass die Nebenkosten als Pauschale abgerechnet worden seien und Lohnbestandteile für den Beschuldigten B._____ enthalten habe, ist Folgendes festzuhalten:

E. 3.2.1

Auf den dem Privatkläger zugesandten Heiz- und Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2000 bis 2003 sind als Kostenart die zwei Positionen Heizkosten und Nebenkosten aufgeführt (Urk. 17/5/12, 17/5/16; 17/5/20, 17/5/24). Der detaillierten Nebenkostenabrechnung, die der Privatkläger nicht einverlangt hatte, kann sodann die Aufschlüsselung dieser Positionen (Stromkosten/Abfallgebühr, Wassergebühren, Umgebungsarbeiten, Diverser Aufwand, Versicherungen, Verwaltungshonorar) entnommen werden. Die Umgebungsarbeiten stellen die dem Beschuldigten B._____ zukommenden Pauschalbeträge dar, die von Fr. 7'200.– (für das Jahr 2000) auf Fr. 12'000.– (2001), auf Fr. 17'100.– (2002) bzw. auf Fr. 19'500.– (2003) angestiegen sind (Urk. 17/5/14; 17/5/18 17/5/22; 17/5/26).

E. 3.2.2

Der Beschuldigte C._____ erklärte, er habe mit dem Beschuldigten B._____ Pauschalbeträge vereinbart, was ziemlich alles umfasst hätte (Garten, Treppenhaus, Partykeller etc.). Dafür habe dieser am Schluss Fr. 1'500.– monatlich erhalten. Wie er dies

erledigt habe, sei seine Sache gewesen. Er habe auch Dritte beauftragen können. Er habe ihn gemäss den Abrechnungen für die Jahre 1999-2003 (Urk. 3/2) bezahlt (Urk. 17/1 S. 2). Auf Vorhalt des Anstiegs der Bezüge um das Fünffache, führte er aus, der Beschuldigte B._____ habe dafür viel machen müssen. Dieser habe die meisten Arbeiten auswärts gegeben und habe als Hauswart daran auch etwas verdienen müssen. Wenn er (B._____) die Arbeiten auswärts gegeben habe, so habe er weniger verdient. Vor allem die Gartenarbeiten hätten eine Steigerung von 500 % gerechtfertigt (Urk. 17/1 S. 3). Die ursprüngliche Abmachung sei gewesen, sämtliche im Haus anfallenden Kosten, inklusive Reparaturen und Investitionen, über die Nebenkosten abzurechnen. Er habe es mit dem Beschuldigten B._____ so vereinbart, dass er Fr. 500.– pro Monat und Wohnung dazu brauchen dürfe (Urk. 17/2 S. 7). Die Pauschale sei zwischen dem Privatkläger und dem Beschuldigten B._____ abgesprochen worden sei. Gemäss Vorschlag des Privatklägers sei aus steuerlichen Gründen die Pauschale über die Nebenkosten abgerechnet worden, da sonst der Steuerwert der

- 18 - Liegenschaft höher gewesen wäre. In der Pauschale sei auch der Hauswartteil inbegriffen gewesen. Alle Handwerkerrechnungen für den Garten und das Römerbad habe der Beschuldigte B._____ selber bezahlt (Prot. I S. 21 f.). Der Beschuldigte B._____ habe ihm keine Rechnungen bringen müssen, aber die Arbeiten seien vorab mit ihm abgesprochen worden und er habe sein Einverständnis gegeben oder nicht (Prot. I S. 23). Die monatliche Pauschale habe anfänglich Fr. 300.– betragen, wobei die zusätzlichen Rechnungen Fr. 500.– monatlich nicht übersteigen durften. Der Privatkläger habe sich bis zum Streit nie erkundigt, weshalb die Nebenkosten im Laufe der Jahre so angestiegen seien. Er habe auch nie gerügt, dass zur Hauswartung gehörende Arbeiten oder andere in Rechnung gestellte Arbeiten nicht ordnungsgemäss erledigt worden seien (Prot. I S. 23 f.).

E. 3.2.3

Der Beschuldigte B._____ relativiert in seinen Aussagen zwar seine Rolle als Hauswart: er sei nur "Tätschmeister". Er sei nicht angestellt gewesen und habe für seine Arbeit nichts bekommen. Er habe einfach gesagt, was gemacht werden müsse. Leistungen, die er aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme nicht erbringen können, seien von Drittpersonen gegen Bezahlung erbracht worden. Diese Rechnungen seien immer direkt von ihm bezahlt worden, dann habe er diese jeweils zusammen mit den Quittungen dem Beschuldigten C._____ oder dessen Mutter, der Eigentümerin, übergeben. Diese hätten ihm dann den Betrag vergütet. Teilweise hätten Kollegen "schwarz", d.h. gegen Entgelt aber ohne Quittungen, gearbeitet. Am Ende des Monats und nach Jahresende habe er eine Abrechnung für den Beschuldigten C._____ erstellt (Prot. I S. 13 ff.).

E. 3.2.4

Der Privatkläger hält dagegen, es sei bei den Nebenkosten nie die Rede von irgendwelchen Pauschalen oder Löhnen gewesen. Es sei immer die Rede von effektiven Kosten gewesen. Es sei ihm mündlich mitgeteilt worden, dass diese Nebenkosten sich in dieser Höhe von Fr. 10'000.– belaufen würden (Urk. 16/1 S. 6; 16/2 S. 3). Mit dem Einbau des Römerbades sei ihm klar gewesen, dass aufgrund des höheren Wasser- und Stromverbrauchs höhere Kosten anfallen würden. Wer die Investitionen getragen habe, hätte ihn damals nicht gekümmert. Die Erhebung der Nebenkosten habe mit dem Umbau korreliert, wobei er jeweils nur eine Seite mit einem Totalbetrag ohne Detailposten erhalten habe, was ihn

- 19 - damals nicht gestört habe. Misstrauisch sei er geworden, als eine Rechnung dann Fr. 12'000.– statt Fr. 10'000.– betragen habe. Sein Hauptgedanke seien die zu ergreifenden Sparmassnahmen gewesen. Nach Einsicht in die entsprechenden Unterlagen habe er festgestellt, dass die Umgebungsarbeiten extrem hoch gewesen seien, was auf monatliche Pauschalen (Lohnzahlungen für den Beschuldigten B._____) zurückzuführen gewesen sei (Urk. 16/1 S. 6 ff). Es sei nie vereinbart worden, Löhne oder Pauschalanzahlungen auszurichten (Urk. 16/1 S. 9). Er habe keinen Anlass gehabt, sich nach den Ursachen für die sich beinahe vervierfachenden Akontozahlungen zu erkundigen, da er dies mit den vorgenommenen Umbauten erklären konnte. Die Nachzahlungen seien sodann akzeptabel gewesen, da der Betrag von ca. Fr. 10'000.– angekündigt gewesen sei. Er habe aber keine Kenntnis von der Abmachung zwischen den Beschuldigten B.____ und C._____ gehabt, dass ersterer einen Betrag von Fr. 1'500.– monatlich für die Aufwendungen im Zusammenhang mit diesen Einrichtungen und Garten sowie Reinigung etc. zur Verwendung habe. Er wäre damit niemals einverstanden gewesen (Urk. 16/1 S. 14). Etwas widersprüchlich dazu führte er später indessen aus, er habe mit den Fr. 10'000.– einverstanden sein müssen, sonst hätte er ausziehen müssen, was für ihn aber aus gesundheitlichen und geschäftlichen Gründen nicht in Frage gekommen sei, da er an Depressionen gelitten habe (Urk. 16/2 S. 4 f.).

E. 3.3

Der Privatkläger behauptet nicht, es sei zwischen ihm und den Beschuldigten darüber gesprochen worden, ob die Nebenkosten über effektive Kosten oder eine Pauschale abgerechnet würden. Aus seinen Aussagen ergibt sich, dass vorab die Höhe der Kosten Teil der Vereinbarung gewesen sei, nicht aber der Abrechnungsmodus. Auch wenn die Beschuldigten behaupten, es sei der Vorschlag des Privatklägers gewesen, aus steuerlichen Gründen die vorliegend strittigen Kosten als Nebenkosten abzurechnen, lässt dies nicht unbedingt den Schluss zu, er habe um die teilweise pauschale Abrechnungsmodalität gewusst. Indessen sind seine Aussagen mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen, soll doch dieses Verfahren auch dazu dienen, die aus seiner Sicht zu Unrecht bezahlten Nebenkosten zurückzuerhalten, die er nicht im Mietgerichtsverfahren erhältlich machen konnte (Urk. 16/2 S. 11).

- 20 - Die Behauptung der Beschuldigten hingegen, wonach die Pauschale zwischen dem Beschuldigten B._____ und dem Privatkläger abgesprochen worden sei, lässt sich nicht ohne Weiteres entkräften. Zwar sind die Aussagen des Beschuldigten B._____ wenig detailliert, insbesondere was die Vergabe der Arbeiten an Dritte angeht. So machte er keine Anstalten, Namen zu nennen oder den Untersuchungsbehörden Belege einzureichen. Er begründet dies teilweise damit, dass gewisse Arbeiten gegen Entgelt aber ohne Quittung erbracht worden seien. Da sich eine diesbezügliche Namensnennung auch zu seinem Nachteil auswirken könnte, ist dieses Aussageverhalten strafprozessual gedeckt und es kann nicht zu seinen Ungunsten gewertet werden (Art. 157 ff. StPO), auch wenn dieses Geschäftsgebaren nicht gerade zu seiner Glaubwürdigkeit beiträgt. Die Angaben der Beschuldigten sind auch nicht ganz deckungsgleich bzgl. der Funktion und damit verbundenen Entschädigung für den Beschuldigten B._____. Das ausweichende Aussageverhalten des letzteren und vor allem die Verneinung von Entgelt für seine Funktion als Hauswart in der vereinbarten Pauschale ist vor dem Hintergrund damit verbundener allfälliger sozialversicherungsrechtlicher Implikationen zu werten. Die Aussagen des Beschuldigten C._____ sind demgegenüber detailliert (betr.

Abrechnungsmodalitäten), differenziert (z.B. Kostenaufteilung Mieter/Vermieter bzgl. Garten [Übernahme Terrassierung ohne weitere Gestaltungs- kosten etc.], somit nachvollziehbar und insoweit glaubhaft. Aus den Angaben der Beschuldigten geben sich im Übrigen keine Hinweise, dass sie dem Privatkläger angegeben hätten, die Nebenkosten würden nach effektiven Kosten abgerechnet. Wie sich auch aus den rechtlichen Erwägungen des Urteils des Mietgerichts Zürich ergibt, sind an den Hauswart ausbezahlte Pauschalen auch dann zulässig, wenn dieser selbst aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage war, die Umgebungsarbeiten vorzunehmen, sofern diese tatsächlich angefallen seien (beigez. Akten Proz.Nr. MD060066, Urk. 36 S. 24-26). In den Akten sind ebenfalls keine Indizien zu finden, wonach die Beschuldigten hätten annehmen können, der Privatkläger gehe nicht von einer (teilweisen) Nebenkostenpauschale aus. Als er stellt kann gelten, dass zwischen den Parteien über die Höhe der Nebenkosten und deren steuertechnischen Berücksichtigung Diskussionen geführt wurde. Gestützt sodann auf die Aussagen des Privatklägers ergibt sich, dass er die "ange-

- 21 - kündigten" Nebenkosten in der Höhe von Fr. 10'000.– akzeptierte bzw. zufolge seiner damaligen Situation habe damit einverstanden sein müssen, sonst hätte er ausziehen müssen, was für ihn aber aus gesundheitlichen und geschäftlichen Gründen sowie der familiären Einbettung nicht in Frage gekommen sei. Er habe damals gedacht, er habe für die Fr. 10'000.– Nebenkosten einen Mehrwert (Urk. 16/1 S. 14; 16/2 S. 4 f.). Diese Angaben des Privatklägers zeigen eine Vielzahl von Motiven, weshalb er diese Nebenkosten in Höhe von Fr. 10'000.– akzeptierte. Daran ändert seine Haltung im Nachhinein nichts, wonach er in Kenntnis der Pauschalverrechnung niemals damit einverstanden gewesen wäre. Eine eigentliche Zwangslage bzw. die Kenntnis einer solchen durch die Beschuldigten, ist sodann nicht erkennbar. Abgesehen davon sind in den Akten keine Anhaltspunkte vorhanden, dass er bei seiner Verweigerung der Einwilligung in diese Nebenkostenpauschalierung mit einer Wohnungskündigung zu rechnen gehabt hätte.

3.4.1. Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB begeht, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt. Angriffsmittel beim Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB ist die Täuschung des Opfers. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen, sei es durch die Mittel der (mündlichen oder schriftlichen Sprache), sei es durch konkludentes Verhalten. Bei mehrdeutigen Erklärungen ist der Sinn massgebend, den der Empfänger nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstehen durfte (Trechsel/Cramer in Trechsel/Pieth (Hrsg.) StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen, 2013, Art. 146 N 2).

Vorliegend hat der Privatkläger gestützt auf die Heiz- und Nebenkostenabrechnungen Vermögensdispositionen vorgenommen. Er war der Meinung, es handle sich dabei um effektive Kosten, nicht um Teilpauschalen. Er wurde über die Umstände und den Inhalt dieser Nebenkosten mündlich von den Beschuldigten orientiert und gab als Treuhänder zur buchhalterischen Berücksich-

- 22 - tigung noch steuertechnische Hinweise. Wie vorstehend aufgeführt, behauptet keiner der Beteiligten, die Beschuldigten hätten vorgegeben, die Kostenabrechnung würde nach effektiven Kosten vorgenommen. Vor dem Hintergrund, dass die Vermieterschaft mit diesen zusätzlichen Umtrieben (Römerbad, Partykeller etc.) nichts zu tun haben wollte,

erscheint eine Pauschalierung der sog. Umgebungsarbeiten naheliegend. Eine von den Beschuldigten vorsätzlich beabsichtigte Täuschung ist unter diesen Umständen kaum anzunehmen. Vielmehr scheint allenfalls ein strafrechtlich nicht relevanter Dissens vorzuliegen. 3.4.2. Selbst bei Annahme einer vorsätzlichen Täuschung gebietet es vorliegend an der Arglistigkeit. Die Anklage begründet diese zum einen durch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Privatkläger und den Beschuldigten. Mit dem Beschuldigten B._____ sei er näher befreundet gewesen, mit dem Beschuldigten C._____ näher bekannt und er habe auf dessen Korrektheit und Aufrichtigkeit vertraut. Zum anderen wurden gemäss Anklage auch noch gefälschte Urkunden zur Täuschung verwendet. Der Privatkläger habe auf die Wahrhaftigkeit der Beschuldigten, deren Belege und Rechnungslegung vertraut (Anklageziffer 9.). Somit ist nicht nur von einer einfachen Lüge in Verbindung mit einem Vertrauensverhältnis auszugehen, sondern von eigentlichen betrügerischen Machenschaften. Gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts erlangt indes das Kriterium der Überprüfbarkeit auch bei einem Lügengebäude und bei besonderen betrügerischen Machenschaften Bedeutung (Trechsel/Cramer in Trechsel/Pieth (Hrsg.) StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen, 2013, Art. 146 N 7, mit Hinweis auf BGE 126 IV 171 f.). Dabei gilt es zu beachten, dass wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen können, strafrechtlich nicht geschützt ist (Trechsel/Cramer in Trechsel/Pieth (Hrsg.) StGB PK, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen, 2013, Art. 146 N 7 mit Hinweis u.a. auf BGE 72 IV 128). Der Privatkläger ist von Beruf Treuhänder und im Umgang mit Zahlen und Buchhaltungen versiert. Es wurde ihm auch mündlich der Inhalt und Umfang der Nebenkosten von rund Fr. 10'000.– pro Jahr und Wohnung erläutert. Im Vergleich zu seinem anfänglichen Netto-Mietzins von Fr. 1'000.– (Urk. 3/1) handelte es sich somit um einen be-

- 23 - trächtlichen Betrag. Es wäre deshalb naheliegend gewesen, dass er nach Erhalt der Heiz- und Nebenkostenabrechnung sofort reagiert hätte, da seinen Angaben gemäss eine erhebliche Diskrepanz zwischen den verrechneten Leistungen und den tatsächlichen Ausführungen bestanden haben muss. Anders lässt sich sein Vorbringen nicht interpretieren, wonach es sich um die Rechnungstellung von fiktiven Leistungen gehandelt habe. Dass der Privatkläger unter diesen Umständen immer noch auf die Wahrhaftigkeit der Beschuldigten vertraute, ist nicht nachvollziehbar. Auf der anderen Seite konnten die Beschuldigten nicht damit rechnen, dass der Privatkläger, trotz freundschaftlichem Verhältnis und gesundheitlichen Problemen, zumindest die seiner Ansicht nach ungerechtfertigte Höhe der Nebenkosten nicht monierte. Vor diesem Hintergrund ist die Arglist zu verneinen. 3.4.3. Ausschlaggebend ist indessen, dass mangels einer Vermögensschädigung des Privatklägers im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB der Betrugstatbestand entfällt. Wie bereits angeführt, lässt sich nicht rechtsgenügend nachweisen, dass die Beschuldigten über die Nebenkostenabrechnung fiktive Kosten vom Privatkläger erhältlich gemacht hätten (vgl. Erw. II.3.2.). Daran ändern auch die Ausführungen des Privatklägers, wonach der Beschuldigte keinen Beweis dafür, dass tatsächlich entsprechende Arbeiten vorgenommen worden seien, erbringen habe können (Urk. 72 S. 7 ff.), nichts. Im Strafprozess gilt die Unschuldsvermutung bis zum Beweis des Gegenteils. Angesichts der Aussage des Beschuldigten B._____, die Arbeiten seien teilweise "schwarz" vorgenommen worden, ist nachvollziehbar, dass keine Belege für Entschädigungen oder entsprechende Aussagen vorliegen, würden sich die Beteiligten, bspw. F._____, ja sonst selbst belasten. 4. Aus denselben Gründen sind die Beschuldigten auch vom Vorwurf der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB freizusprechen, da es am rechts-

genügenden Nachweis fehlt, dass der Beschuldigte B._____ eine rechtlich erhebliche Tatsache, nämlich seine Aufwendungen im Zusammenhang mit den Umgebungsarbeiten, unrichtig beurkundete (zur Urkundenqualität von Rechnungen, die in die kaufmännische Buchhaltung Eingang finden. BGE 138 IV 130 E.2.4.)

- 24 - und dass der Beschuldigte C._____ eine solche unrichtige Urkunde zur Täuschung gebrauchte. V. Zivilforderung Was die zivilrechtlichen Ansprüche des Privatklägers angeht, so kann vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 35 Erw. IV, S. 15 f.). VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Privatkläger unterliegt - mit Ausnahme der Frage der Verjährung, was jedoch zufolge Bestätigung des Freispruch ohne Bedeutung bleibt - mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten B._____ von Fr. 3'200.- (inkl. 8 % MwSt.) aufzuerlegen sind. Der Privatkläger ist ferner zu verpflichten, dem obsiegenden Beschuldigten C._____ für das Berufungsverfahren, inklusive für die heutige Berufungsverhandlung, eine Prozessentschädigung von Fr. 6'300.- (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen. Die Kostenaufgabe durch die Vorinstanz wurde vom Beschuldigten C._____ nicht angefochten, weshalb seinem Antrag, die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 77 S. 2), nicht entsprochen werden kann. In Anwendung des Verschlechterungsverbots ist daher das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen.

- 25 - Das Gericht beschliesst: 1. Das Verfahren gegen die Beschuldigten B._____ und C._____ wird in Bezug auf alle Handlungen, welche sich vor dem 23. Dezember 2000 zugetragen haben, zufolge Verjährung eingestellt. 2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 17. Mai 2013, bezüglich der Dispositivziffern 4 (Herausgabe) und 5 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. 4. Rechtsmittel: Gegen Ziffer 1 dieses Entscheides 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. Das Gericht erkennt: 1. Der Beschuldigte B._____ ist der eingeklagten Delikte nicht schuldig und wird freigesprochen. 2. Der Beschuldigte C._____ ist der eingeklagten Delikte nicht schuldig und wird freigesprochen. 3. Der Privatkläger wird mit seiner Zivilforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

- 26 - 4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) wird bestätigt. 5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'200.- amtliche Verteidigung des Beschuldigten B._____ 6. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten B._____ werden dem Privatkläger auferlegt.

E. 4

Die von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat mit Verfügung vom 31. Juli 2012 als Beweismittel sichergestellten und beschlagnahmten Buchhaltungsunterlagen werden dem Beschuldigten 2 nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben.

E. 5

Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

- 4 - Fr. 2'700.--; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 2'000.-- Gebühr Strafuntersuchung Beschuldigter 1 Fr. 1'000.-- Gebühr Strafuntersuchung Beschuldigter 2 Fr. Amtliche Verteidigung RA Y._____ (ausstehend) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 6

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 1, den Beschuldigten 1 und 2 zu je einem Viertel auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO gegenüber dem Beschuldigten 1 bleibt vorbehalten.

E. 7

Der Privatkläger wird verpflichtet, dem Beschuldigten C._____ eine Prozessentschädigung von Fr. 6'300.– für anwaltliche Verteidigung zu bezahlen.

E. 8

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten B._____ (übergeben) – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten C._____ (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – die Privatklägerschaft (übergeben) (Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.) in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten B._____ – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten C._____ – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA mit einer Kopie von Urk. 57 und Urk. 58.

- 27 -

E. 9

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang 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, 4. Februar 2014 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Obergerichter lic.iur. Spiess lic.iur. Hafner

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