

ZH_OBERGERICHT SB140078 vom 4. Juli 2014

ZH Obergericht, 2014-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140078

FR: ZH_OBERGERICHT SB140078 du 4 juillet 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB140078 del 4 luglio 2014

Erwägungen

E. 1

Betrugsvorwurf Dem Beschuldigten wird in Ziffer 2 der Anklage im Wesentlichen vorgeworfen, er habe am 19. Oktober 2012 bei der E._____ AG in Zug eine Pressmaschine im Wert von Fr. 2'106.40 bezogen und darauf hingewiesen, dass die Rechnung hier- für an die C._____ AG zu stellen sei. Der Beschuldigte habe zuvor als Angestell- ter der C._____ AG wiederholt Materialien und Werkzeuge für seine Arbeitgeberin gekauft. Nachdem ihm am 12. Oktober 2012 von der C._____ AG gekündigt wor- den war, habe er sich darauf verlassen, dass die Verkäufer bei der E._____ AG nichts von der Kündigung gewusst hätten und nicht nachfragen würden. Durch dieses Vorgehen habe der Beschuldigte der C._____ AG einen Schaden in Höhe von Fr. 2'106.40 verursacht. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten diesbezüglich des Betrugs schuldig (Urk. 81 S. 29). Der Beschuldigte gestand den Sachverhalt im Wesentlichen ein. Er führte aus, am 19. Oktober 2012 die Pressmaschine bezogen und als Rechnungsempfänge- rin seine ehemalige Arbeitgeberin angegeben zu haben, machte jedoch geltend, er sei der Meinung gewesen, hierzu berechtigt gewesen zu sein, weil ihm die C._____ AG noch Geld geschuldet habe (Urk. HD 39 S. 6, Prot. I S. 7 f., Prot. II S. 17 ff.). Weiter sei er der Ansicht, nicht die C._____ AG, sondern deren Auftrag- geber hätten die Zusammenarbeit mit ihm kündigen müssen, zumal die C._____ AG selber Unterakkordantin gewesen sei. Zudem habe die C._____ AG die Auf- kündigung später zurückgezogen (Urk. HD 31 S. 11).

- 7 - Die Vorinstanz verwarf diese Einwendungen mit zutreffender Begründung (Urk. 81 S. 13 f.), worauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nach- folgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen und Präzisierungen: Mit Schreiben vom 12. Oktober 2012 setzte die C._____ AG den Beschuldigten darüber in Kenntnis, dass die Verträge vom 6. und 11. September 2012 gekündigt würden. Es wurde ihm ausdrücklich untersagt, Materialien bei Grosshändlern auf den Namen der C._____ AG zu beziehen (Urk. HD 24/2). Das Schreiben wurde dem Beschuldigten am 15. Oktober 2012 zugestellt (Urk. HD 24/3). Die Auffassung des Beschuldigten, die C._____ AG habe dem Beschuldigten die zwischen ihnen beiden geschlossenen Verträge nicht aufkündigen dürfen, er- scheint abwegig, räumte doch der Beschuldigte in der Einvernahme vom 12. April 2013 bei der Staatsanwaltschaft selbst ein, er habe den Vertrag mit der C._____ AG geschlossen (Urk. HD 31 S. 11). Eine allfällige spätere Rücknahme der Kün- digung muss im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden. Massgeblich ist, dass dem Beschuldigten im damaligen Zeitpunkt unmissverständlich mitgeteilt wurde, es sei ihm nicht weiter gestattet, Materialien auf den Namen der C._____ AG zu beziehen, womit dem Beschuldigten eine entsprechende Berechtigung nicht zustand. Dessen ungeachtet gab sich der Beschuldigte gegenüber der E._____ AG als Bevollmächtigter der C._____ AG aus und bezog die Pressmaschine auf ihre Rechnung. Dieses Verhalten stellt grundsätzlich eine einfache Lüge

dar. Weil der Beschuldigte gemäss seiner Anerkennung schon früher bei der E._____ AG als Bevollmächtigter der C._____ AG Materialien bezog, konnte er jedoch voraussehen, dass die E._____ AG keine weitere Überprüfung seiner Berechtigung vornehmen würde. Die vom Beschuldigten begangene Täuschung ist damit arglistig. Die Verkäufer der E._____ AG irrten sich aufgrund der Täuschung über die Berechtigung des Beschuldigten zum Materialbezug. Aufgrund dieses Irrtums überliessen sie ihm die Pressmaschine, womit eine Vermögensdisposition erfolgt ist.

- 8 - Diese Leistung erfolgte, wie auch von der Verteidigung angetönt (Urk. 97 S. 3 f.), aus dem Vermögen der E._____ AG an einen Unberechtigten. Damit trat der unmittelbare Vermögensschaden bei ihr ein. Weil eine vorübergehende Schädigung ausreicht, ist es für die Strafbarkeit grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob die E._____ AG diesen Schaden allenfalls auf Dritte abwälzte. Indem die C._____ AG die entsprechende Rechnung der E._____ AG (vgl. Urk. ND 3 S. 7) beglich, wurde sie in strafrechtlicher Hinsicht lediglich mittelbar geschädigt. Diese Vermögensverminderung ist keine direkte Folge des betrügerischen Verhaltens des Beschuldigten. Sie ist auch nicht gestützt auf eine entsprechende vertragliche Vereinbarung von der C._____ AG zu tragen, welche als direkter Schaden adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_568/2013 vom 13. November 2013, E. 4.3. m.w.H.). Die Schadenersatzforderung der C._____ AG rührt aus einem (in der Regel nicht ersatzfähigen) indirekten Schaden, einem sog. Reflexschaden. Daran ändert nichts, dass die C._____ AG eine moralische Verpflichtung zur Begleichung des Schadens bei der E._____ AG gehabt haben mag (so die Vorinstanz, vgl. Urk. 81 S. 13). Ein berechtigter Anspruch des Beschuldigten gegenüber der E._____ AG ist aus den Akten weder ersichtlich noch wird dies vom Beschuldigten geltend gemacht. Unter diesen Umständen bereicherte sich der Beschuldigte zum Nachteil der E._____ AG unrechtmässig an der Pressmaschine. Dies war dem Beschuldigten bewusst, weshalb er mit Vorsatz handelte, auch wenn er hoffte, die C._____ AG würde die E._____ AG schadlos halten. Zusammenfassend ist der Beschuldigte im Bezug auf den Vorwurf gemäss Anklageziffer 2 des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen, wobei zu präzisieren ist, dass dies zum Nachteil der E._____ AG erfolgte. Soweit von der Verteidigung argumentiert wird, in der Anklageschrift sei einzig der Schaden der C._____ AG und nicht ein solcher der E._____ AG aufgeführt (Urk. 97 S. 4), mithin das Anklageprinzip sei verletzt, ist auf Folgendes hinzuweisen:

- 9 - Gemäss Art. 325 Abs. 1 StPO hat die Anklageschrift neben den formellen Angaben (lit. a-e) sowie den angeblich verletzten Gesetzesbestimmungen (lit. g) "möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung" (lit. f) zu bezeichnen. Als ungültig muss die Anklage erst dann angesehen werden, wenn sie wegen einer entsprechenden Formulierung ihre Umgrenzungs- und/oder Informationsfunktion nicht mehr zu erfüllen vermag. Solange der Beschuldigte aus der Anklage also ersehen kann, was ihm konkret vorgeworfen wird, und er sich gestützt auf die Informationen auch effektiv (oder wirksam) verteidigen kann, besteht keine Verletzung des Anklageprinzips (vgl. zumindest sinngemäss zum kantonalen Prozessrecht: Kass.Nr. 99/249S, Entscheid vom 5. Juli 2000, Erw. II/1/5/f; Kass.Nr. 98/280S, Entscheid vom 5.7.1999, Erw. II/6/4; vgl. bereits BGE 103 Ia 6, ZR 60 Nr. 43; zum Ganzen vgl. Kass.Nr. 2000/330S, Entscheid vom 17. Dezember 2001, Erw. II/3/2/b). Im vorliegenden Fall sind in der Anklageschrift sämtliche

Sachverhaltselemente genannt, um eine genügende Verteidigung sicherzustellen. Die Verteidigung nahm denn auch in angemessener Form zum Vorwurf Stellung. Das Anklageprinzip steht somit einer Verurteilung wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB nicht entgegen.

E. 2

Vorwurf der versuchten Veruntreuung gemäss Anklageziffer 3.a. Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer 3.a. zusammengefasst vorgeworfen, er habe zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt zwischen Juli und September 2012 der F._____ AG bzw. deren Mitarbeitern G._____ und H._____ (Anklageziffer 3.a.) geflanschte Umwälzpumpen im Gesamtwert von mindestens Fr. 100'000.– zum Kauf angeboten, obwohl ihm diese Pumpen durch die C._____ AG zur Montage auf einer ihm zugewiesenen Baustelle zur Verfügung gestellt worden seien. G._____ und H._____ hätten den Kauf jedoch abgelehnt. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten diesbezüglich der versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig (Urk. 81 S. 29).

- 10 - Der Beschuldigte bestritt den Anklagevorwurf anlässlich der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 20 ff.), womit er an seinem Standpunkt im Vorverfahren sowie in der Hauptverhandlung der Vorinstanz festhielt (vgl. Urk. HD 67 S. 9). Er machte im Wesentlichen geltend, es sei nicht nachgewiesen, dass es sich bei den Pumpen um diejenigen gehandelt habe, welche ihm von der C._____ AG anvertraut worden seien (vgl. Urk. HD 69 S. 4 f.). Die Vorinstanz hat die Anforderungen an die Beweiswürdigung sowie die massgeblichen Aussagen der Zeugen und Auskunftspersonen korrekt aufgeführt und hernach zutreffend gewürdigt (Urk. 81 S. 5 f. und S. 15 ff.), worauf vorab zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzungen und Präzisierungen: Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen (Art. 147 Abs. 1 StPO). Die Partei oder ihr Rechtsbeistand können die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen, wenn der Rechtsbeistand oder die Partei ohne Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert waren (Art. 147 Abs. 3 StPO). Auf die Benachrichtigung und auf die Teilnahme an der Beweiserhebung kann in Kenntnis des Rechts verzichtet werden. Bleibt ein Anwesenheitsberechtigter der Beweiserhebung trotz ordnungsgemässer Benachrichtigung und ohne zwingenden Grund fern, ist ein stillschweigender Verzicht anzunehmen. Ein Verzicht lässt weder einen Anspruch auf Wiederholung entstehen noch führt er zur Unverwertbarkeit des Beweisergebnisses (Schleiminger BSK-StPO, N 11 zu Art. 147). Der Beschuldigte war an der Einvernahme von G._____ vom 23. Mai 2013 anwesend und nahm sein Recht auf Ergänzungsfragen wahr (vgl. Urk. 34 S. 4). An den Einvernahmen von I._____, H._____ und J._____ vom 25. Februar 2013 nahm der Beschuldigte trotz ordnungsgemässer Vorladung (Urk. HD 52/18) nicht teil (vgl. Urk. HD 23+25+27). Nachdem der Beschuldigte zunächst keine Anrufe entgegennahm, wurde im Einverständnis mit dem amtlichen Verteidiger mit der Befragung von I._____ begonnen. Um 09.00 Uhr meldete sich der Beschuldigte und teilte mit, er warte auf seine Mutter, welche seinen Sohn hätte beaufsichtigen sol-

- 11 - len. Um 09.54 Uhr teilte er mit, er könne an der Befragung nicht teilnehmen (vgl. Urk. HD 22). Das Nichterscheinen des Beschuldigten und die spätere Kundgabe, er könne an der Befragung nicht teilnehmen, müssen als Verzicht auf Teilnahme an den Ein-

vernahmen gewertet werden. Zudem wurden die Einvernahmen im Einverständnis und in Anwesenheit der amtlichen Verteidigung durchgeführt, wobei keine Wiederholung beantragt wurde. Unter diesen Umständen sind die Aussagen von I._____, H._____ und J._____ vom 25. Februar 2013 verwertbar. Der Beschuldigte bestätigte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 12. April 2013, es seien ihm von der C._____ AG 20 Pumpen anvertraut worden. Er bestritt jedoch, dass er diese Pumpen habe verkaufen wollen (vgl. Urk. HD 31 S. 12). H._____ erklärte am 25. Februar 2013 als Zeuge, eine Person namens "A._____ oder so ähnlich" habe mit ihm telefonischen Kontakt aufgenommen und gefragt, ob er geflanschte Umwälzpumpen kaufen wolle. Es seien grössere Pumpen als die Standardpumpen gewesen. Er (der Anrufer) habe keine Zahl und keine Typen genannt. Es sei aber um mehrere gegangen. Er habe zum Anrufer gesagt, dass er die Pumpen dem Lieferanten zurückgeben solle. Der Anrufer habe geantwortet, dass ihm die Rechnung für seine Aufwendungen nicht bezahlt worden sei. Er habe die Pumpen deshalb als Gegenleistung an sich genommen. Der Anrufer habe gesagt, dass es um grössere Pumpen gegangen sei. Der Anrufer habe zunächst beim Sekretariat vorgesprochen und sei an den Geschäftsleiter, G._____, weiterverwiesen worden, welcher ihm gesagt habe, er solle sich mit ihm (H._____) in Verbindung setzen (vgl. Urk. HD 27 S. 3 ff.). Anlässlich der Einvernahme vom 12. April 2013 wurde der Beschuldigte auf die Aussagen von H._____ vom 25. Februar 2013 hingewiesen. Der Beschuldigte machte geltend, mit dieser Anfrage "nichts zu tun" zu haben (Urk. HD 31 S. 13). Am 23. Mai 2013 wurde G._____ bei der Staatsanwaltschaft als Zeuge befragt. Er identifizierte den Beschuldigten als jene Person, welche bei ihm vorgesprochen

- 12 - und gefragt habe, ob er der F._____ AG Pumpen verkaufen könne. Es habe sich um geflanschte Pumpen gehandelt, welche immer gross seien und die man nur bei grossen Objekten einbauen könne. Ihm (G._____) sei sofort klar gewesen, dass die F._____ AG keine solchen Pumpen benötige. Die genaue Stückzahl der angebotenen Pumpen sei ihm nicht bekannt, es sei aber von Pumpen [in der Mehrzahl] die Rede gewesen (vgl. Urk. HD 34 S. 2 ff.). Der Beschuldigte stellte die Ergänzungsfrage, ob die F._____ AG Umwälzpumpen an Lager habe, was G._____ bejahte und ausführte, er habe nur Pumpen in kleineren Dimensionen, also nicht geflanschte Pumpen (Urk. HD 34 S. 4). Am Folgetag bestätigte der Beschuldigte nunmehr, bei G._____ gewesen zu sein. Er habe damals aber nicht die Pumpen der C._____ AG gemeint. Es seien andere Pumpen des Herstellers K._____ gewesen. Er habe [G._____] drei Monate alte Pumpen des Herstellers K._____ verkaufen wollen, welche er nicht mehr benötigt habe (Urk. HD 36 S. 2). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 26. November 2013 stellte sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, er habe nur kleine Pumpen der Grösse 32 bis 35 zum Verkauf angeboten, solche für ein kleines Einfamilienhaus. Die Pumpen der C._____ AG könne man nur in grosse Gebäude mit 12 bis 15 Stockwerken einbauen (Urk. HD 67 S. 9). Auf Vorhalt der Aussagen von H._____ und G._____, wonach ihnen vom Beschuldigten grosse Pumpen angeboten worden seien, erklärte der Beschuldigte, das könne nicht sein. Es sei nie die Rede von geflanschten Pumpen gewesen. Er sei bei der Firma F._____ AG selbst in der Schnupperlehre gewesen. Sie hätte nie grössere Gebäude als solche mit drei und vier Stockwerken gehabt (Urk. HD 67 S. 10). Mit G._____ und H._____ habe er keine Probleme (Urk. HD 67 S. 11). Nach Einvernahme des Zeugen D._____ und nach Vorhalt des Lieferscheins (Urk. HD 26/2) gab der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung vom 4. Juli 2014 im Widerspruch zu seinen Angaben vor Vorinstanz zu, dass es sich um geflanschte Pumpen gehandelt habe, welche er G._____ angeboten habe. Allerdings blieb er

dabei, dass es nicht die Pumpen der Firma C._____ gewesen seien (Prot. II S. 23 f.).

- 13 - Der Schluss der Vorinstanz, der Beschuldigte habe seine Aussagen jeweils dem Untersuchungsergebnis angepasst (Urk. 81 S. 20), erscheint angesichts der immer wieder abgeänderten Aussagen des Beschuldigten nachvollziehbar. So gab er einen Kontakt zur F._____ AG erst zu, nachdem ihn G._____ als den Verkäufer identifiziert hatte. In den Einvernahmen von G._____ und H._____ erfuhr er, dass die F._____ AG keinen Bedarf an geflanschten bzw. grossen Pumpen hatte. Auf seine Frage hin erfuhr er hingegen, dass sie durchaus Pumpen in kleineren Dimensionen an Lager habe. In der Folge stellte sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, G._____ und H._____ kleine Pumpen zum Verkauf angeboten zu haben. Schliesslich gab er zwar zu, dass er geflanschte, und somit grössere Pumpen, angeboten habe, blieb aber dabei, es seien nicht die Pumpen gewesen, die er von der C._____ AG erhalten habe. Dieses Aussageverhalten lässt die Behauptungen des Beschuldigten unglaubhaft erscheinen. Demgegenüber gaben G._____ und H._____ unmissverständlich zu Protokoll, dass der Beschuldigte ihnen die grossen Pumpen zum Kauf angeboten habe, war doch gerade die Grösse für sie ausschlaggebend, das Angebot abzulehnen (vgl. Urk. HD 27 S. 3 und Urk. HD 34 S. 4). Entgegen der Sachdarstellung des Beschuldigten ist somit davon auszugehen, dass G._____ und H._____ grosse, geflanschte Pumpen angeboten wurden. Dass es sich dabei um die geflanschten Pumpen der C._____ AG handelte, lässt sich sodann den glaubhaften Aussagen von H._____ entnehmen. Seine Aussage, wonach der Beschuldigte ihm erklärt habe, die Pumpen als Gegenleistung für nicht bezahlte Rechnungen an sich genommen zu haben (Urk. HD 27 S. 3), deckt sich mit den weiteren Aussagen des Beschuldigten in der Untersuchung, wonach er ein ausstehendes Guthaben bei der C._____ AG gehabt habe (vgl. Urk. HD 31 S. 10). Mit dieser Argumentation wollte er den unrechtmässigen Bezug der Pressmaschine von der E._____ AG rechtfertigen (vgl. Urk. HD 39 S. 69, Prot. I S. 7 f., vgl. dazu oben Ziff. II. 1). Offenkundig handelte der Beschuldigte auch bei diesem Vorfall mit der Begründung, aufgrund der angeblichen Schuld der C._____ AG zu seinem Handeln berechtigt zu sein, was die Vorinstanz zu Recht als Motiv des Beschuldigten würdigte (vgl. Urk. 81 S. 22). Nachdem der Beschul-

- 14 - digte nie geltend machte, offene Rechnungen gegenüber der K._____ zu haben, ist rechtsgenügend erstellt, dass es sich bei den vom Beschuldigten an G._____ und H._____ anbotenen, geflanschten Pumpen um jene der C._____ AG handelte. Unklar bleibt demgegenüber aufgrund der Schilderungen von G._____ und H._____, wie viele Pumpen ihnen angeboten wurden. Es wurde keine Zahl genannt. Zu Gunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass es nicht alle 20 anvertrauten Pumpen waren, sondern nur die sechs Pumpen, welche mit Maschinschrift auf dem Lieferschein (Urk. HD 26/2) aufgeführt wurden. In diesem Sinne ist der erstellte Anklagesachverhalt zu präzisieren. Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz der Anklagesachverhalt Ziff. 3.a. mit der genannten Präzisierung erstellt, dass lediglich sechs Pumpen zum Verkauf angeboten wurden. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz als versuchte Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist zutreffend und wurde vom Beschuldigten zu Recht nicht in Frage gestellt. Der Beschuldigte ist daher in Anklageziffer 3.a. der versuchten Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. IV. Strafzumessung Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil zutreffend und ausführlich zum Strafrahmen und zu den allgemeinen theoretischen Komponenten der Strafzumessung geäussert, worauf, um

Wiederholungen zu vermeiden, vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 81 S. 22 ff.). Mit der Vorinstanz ist die Veruntreuung zum Nachteil von B._____ (Anklageziffer 1.) als gravierendste Tat zu würdigen. Innerhalb des Strafrahmens bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ist das objektive Tatverschulden als noch leicht zu bewer-

- 15 - ten. So ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Deliktssumme von rund Fr. 38'000.- bestimmungswidrig von seinem Konto auf unberechtigte Konten überwies. Der Beschuldigte handelte dabei eventualvorsätzlich. Die subjektive Tatschwere vermag das objektive Tatverschulden nicht zu relativieren. Die von der Vorinstanz für die vollendete Veruntreuung festgesetzte Einsatzstrafe von 8 Monaten erscheint angemessen. Ferner ist der Betrug zum Nachteil der E._____ AG zu berücksichtigen. In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Schaden rund Fr. 2'000.- ausmachte. Der Beschuldigte ging relativ geschickt vor, indem er die Vertreter der E._____ AG im Glauben liess, er sei weiterhin zum Bezug von Material auf Rechnung der C._____ AG berechtigt. In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass er die C._____ AG schädigen wollte, welche den Schaden letztlich beglich. Die subjektive Tatkomponente vermag jedoch auch hier die objektive Tatschwere nicht zu relativieren, wollte sich der Beschuldigte nach eigenen Angaben damit schlicht eine Betreibung der C._____ AG ersparen, welche er als aussichtslos einschätzte (vgl. Urk. 67 S. 8). Diese Tat ist in leichtem Umfang strafehöhend zu werten. Sodann sind die mehrfachen Versuche der Veruntreuung zum Nachteil der C._____ AG zu berücksichtigen. Der Beschuldigte versuchte jeweils, sechs der ihm anvertrauten geflanschten Pumpen an Dritte zu verkaufen, wobei in Ergänzung zu den vorinstanzlichen Erwägungen anzumerken ist, dass er sehr dilettantisch vorging. Insbesondere informierte er die potentiellen Käufer gleich selbst über die Probleme, die den Pumpen anhafteten, nämlich dass er diese als Gegenleistung für nicht bezahlte Rechnungen an sich genommen habe (vgl. Urk. HD 27 S. 3). Sodann ist entgegen der Vorinstanz nicht von einem Deliktsgut von jeweils Fr. 100'000.-, sondern - bei Fr. 5'000.- pro Pumpe - von einem Deliktsbeitrag von Fr. 30'000.- für jeden versuchten Verkauf auszugehen. Diese Taten sind folglich leichter als vor Vorinstanz zu gewichten. Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt wiedergegeben, worauf vorab verwiesen werden kann (Urk. 81 S. 24). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, dass er immer noch als Heizungsmonteur tätig sei. Allerdings arbeite er nun alleine und habe

- 16 - keine Angestellten mehr. Er habe mit der Firma L._____ AG aus ... einen Jahresvertrag als Unterakkordant und verdiene ca. Fr. 52.-- pro Stunde. Er wolle nie mehr Direktaufträge entgegen nehmen, sondern nur noch seine Hände verkaufen (Prot. II S. 8 ff.). Mit der Vorinstanz ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Eine besondere Strafeempfindlichkeit ist nicht ersichtlich. Der Beschuldigte weist drei Vorstrafen auf (vgl. Urk. 84): Mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern am Albis vom 8. Dezember 2005 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher Veruntreuung, mehrfachen Diebstahls sowie Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 9 Monaten verurteilt, unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, Zweigstelle Affoltern, vom 16. März 2006 wurde der Beschuldigte wegen Drohung mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 33 Tagen bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von

E. 5

Jahren. Mit Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Januar 2010 wurde der Beschuldigte der mehrfachen Veruntreuung, des mehrfachen Diebstahls, des gewerbsmässigen

Betrugs, der Drohung, mehrfachen Urkundenfälschung und falschen Anschuldigung schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten, als Teilzusatzstrafe zum erwähnten Urteil des Bezirksgerichts Aargau am Albis vom 8. Dezember 2005 und zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 16. März 2006 verurteilt. Ferner wurde der bedingte Vollzug jener Strafen widerrufen. Der Beschuldigte wurde am 24. Januar 2011 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Offenbar hielt ihn auch die Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe nicht davon ab, wieder im gleichen Stil zu delinquieren, wie bei jenen Taten, für die er durch das Bezirksgericht Lenzburg verurteilt wurde (vgl. das entsprechende Urteil in den Beizugsakten). Der Beschuldigte muss daher als uneinsichtig und unbelehrbar

- 17 - bezeichnet werden, weshalb die Vorstrafen deutlich strafferhöhend zu berücksichtigen sind. Eine weitere, von der Vorinstanz noch berücksichtigte Vorstrafe des Beschuldigten ist mittlerweile gelöscht (vgl. Urk. HD 62, Urk. 84) und darf dem Beschuldigten nicht mehr entgegen gehalten (vgl. Art. 369 Abs. 7 StGB) oder gar strafferhöhend berücksichtigt werden. Das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des Anklagevorwurfs der vollendeten Veruntreuung ist demgegenüber in mittlerem Umfang strafmindernd zu berücksichtigen. Dass er diese Tat ehrlich bereut, spiegelt sich auch im Umstand wieder, dass er noch im Laufe des Verfahrens damit begann, dem Privatkläger B._____ das Geld zurück zu bezahlen (vgl. Urk. HD 67 S. 7). Marginal strafmindernd wirkt sich zudem aus, dass sich der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung auch betreffend der versuchten Veruntreuung gemäss Anklagepunkt 1.3.b. geständig zeigte. Weil sich die Strafzumessungsfaktoren insgesamt zu Ungunsten des Beschuldigten auswirken, rechtfertigt sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe auf 12 Monate, wobei nicht unberücksichtigt gelassen wurde, dass Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in der Form der Halbfangenschaft vollzogen werden können (Art. 77b StGB). Der Anrechnung von einem Tag erstandener Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). V. Vollzug der Strafe Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil zutreffend und ausführlich zur Frage des bedingten Vollzugs sowie zu dessen allgemeinen theoretischen Voraussetzungen geäußert, worauf vorab verwiesen werden kann (vgl. Urk. 81 S. 24 ff.). Für einen bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe müssten angesichts der Strafe des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Januar 2010 besonders günstige Umstände

- 18 - vorliegen (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind unter besonders günstigen Umständen solche zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Bei Art. 42 Abs. 2 StGB gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose bzw. des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht. Vielmehr kommt der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters. Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren. Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 6 f. mit Hinweisen).

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält (vgl. Urk. 81 S. 26), haben weder frühere Verurteilungen mit bedingten Strafen noch die Verbüßung einer längeren Freiheitsstrafe den Beschuldigten davon abgehalten, erneut zu delinquieren. Dies geschah teilweise im gleichen Stil, gab sich der Beschuldigte doch auch bei den vom Bezirksgericht Lenzburg zu beurteilenden Taten unberechtigtweise als Mitarbeiter einer Firma aus und bezog von den dergestalt getäuschten Firmen Material (vgl. Urteil in Beizugsakten). Die heute zu beurteilenden Taten stehen somit mit der früheren Verurteilung in engem Zusammenhang. Auch den anlässlich der Berufungsverhandlung geschilderten aktuellen Verhältnissen lassen sich keine besonders günstigen Umstände im Sinne einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Beschuldigten entnehmen (vgl. Prot. II S. 6 ff.). Selbst wenn der Beschuldigte heute keine Einzelfirma mehr betreibt und keine Angestellten mehr hat, leidet er offenkundig weiterhin un-

- 19 - ter finanziellen Problemen und hat Konkurrentenschulden (vgl. Urk. HD 67 S. 8, vgl. auch Prot. II S. 11). Mit der Vorinstanz ist daher die Strafe weder ganz noch teilweise aufzuschieben. VI. Zivilansprüche Wie dargelegt, schädigte der Beschuldigte die C. _____ AG durch den Betrug nur mittelbar. Als Reflexgeschädigte kann ihr daher kein Schadenersatz zugesprochen werden, zumal eine entsprechende Schutznorm fehlt. Die Zivilforderung der C. _____ AG ist unter diesen Umständen auf den Zivilweg zu verweisen, zumal ein entsprechendes Verfahren nach Aussagen der Auskunftsperson I. _____ bereits angehoben wurde (vgl. Urk. HD 23 S. 5). VII. Kostenfolgen Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung hinsichtlich der Schuldsprüche. Er obsiegt hinsichtlich der Zivilforderung der C. _____ AG sowie in Bezug auf die Strafhöhe. Unter diesen Umständen sind die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, zur einen Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten zur anderen Hälfte aufzuerlegen, aber zu erlassen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 425 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 135 Abs. 4 StPO).

- 20 - Es wird beschlossen:

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