

# ZH\_OBERGERICHT SB150280 vom 20. Oktober 2015

ZH Obergericht, 2015-10-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150280](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150280)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150280 du 20 octobre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150280 del 20 ottobre 2015

## Erwägungen

### E. 15

Juli 2015 wurde der Anklagebehörde sowie der Privatklägerin unter Hinweis auf die Berufungserklärung des Verteidigers Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 59). Mit Eingabe vom 20. Juli 2015 erklärte der Vertreter der Anklagebehörde, dass diese keine Anschlussberufung erhebe, sondern die Bestätigung des

- 5 - vorinstanzlichen Urteils beantrage, und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung, die am 12. Oktober 2015 bewilligt wurde (Urk. 61). Die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen. Am heutigen Tag fand die Berufungsverhandlung statt. Das Verfahren ist spruchreif. II. Prozessuales 1.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 1 f.). 1.2. Der Beschuldigte liess in seinem Hauptstandpunkt die Dispositivziffern 1 teilweise (soweit den Schuldspruch betreffend), 2, 3 und 5 des vorinstanzlichen Urteils anfechten, beantragte, es sei auf die Anklage (Strafbefehl vom 19. August 2014) nicht einzutreten und das Strafverfahren gegen ihn sei einzustellen, die Untersuchungs-, Verfahrens- und Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen, er sei für die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren entstandenen Anwaltskosten angemessen zu entschädigen, die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und es sei festzustellen, dass die Dispositivziffern 4, 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen seien (Urk. 58 S. 2; Urk. 68 S. 1 f.). Im Eventualstandpunkt liess er die Aufhebung der Dispositivziffern 1 teilweise (soweit den Schuldpunkt betreffend), 2, 3 und 5 des vorinstanzlichen Urteil und einen vollumfänglichen Freispruch beantragen; der Eventualantrag betreffend die übrigen Dispositivziffern entspricht demjenigen des Hauptantrages (Urk. 58 S. 2 f.; Urk. 68 S. 2). 1.3. Die Dispositivziffer 1 ist damit, soweit den Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 1 StGB betreffend, in Rechtskraft erwachsen, was mittels Beschluss festzustellen ist. Nicht explizit angefochten wurde ferner die Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils (Kostenaufstellung), worüber aber gemäss Art. 428 Abs. 3 StPO bei einem neuen Ent-

- 6 - scheid der Berufungsinstanz von Amtes wegen neu zu befinden ist, weshalb diesbezüglich keine Teilrechtskraft vorliegt. 2. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Konstituierung der Privatklägerin sind zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 57 S. 5). 3.1. Auch im Rahmen des Berufungsverfahrens macht die Verteidigung geltend, dass die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 29. August 2012 erhobenen Beweise nicht verwertbar seien, da die grundsätzlich rechtmässige Durchsuchung missbraucht

worden sei, um hinsichtlich anderer Straftaten Ausforschungen zu betreiben. Das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts des Kantons Zürich habe der Untersuchungsbehörde das Recht eingeräumt, in den beim Beschuldigten sichergestellten Akten nach Beweismitteln zu forschen, welche im Zusammenhang mit dem Tatvorwurf gegen B.\_\_\_\_\_ wegen Täuschungshandlungen gegenüber der C.\_\_\_\_\_ gestanden seien. Die heute zu beurteilenden Vorwürfe gegen den Beschuldigten hätten nichts mit der C.\_\_\_\_\_ zu tun und die polizeiliche Ermittlungsbehörde sei in keiner Weise zufällig darüber gestolpert, wie dies bei Zufallsfunden der Fall sein müsse. Insolvenzenschädigungsgesuche von weiteren, bisher nicht unter dem Anfangsverdacht stehenden Arbeitnehmern, von welchen im Übrigen keiner je einen Arbeitsunfall bei der C.\_\_\_\_\_ gemeldet habe, gegenüber der Arbeitslosenkasse würden derart offensichtlich einen vollkommen unabhängigen rechtlichen Komplex darstellen, dass mehr als offensichtlich werde, dass die ermittelnde Behörde ohne Anfangsverdacht in x-beliebige Richtungen gesucht und bildlich gesprochen jeden Stein umgedreht habe, um allenfalls doch noch irgendeine Straftat in einem ganz anderen Zusammenhang ermitteln zu können. Von der Vorinstanz werde völlig ausser Acht gelassen, dass die fraglichen Insolvenzenschädigungsfälle vertieft spezifisch hätten untersucht werden müssen, was sich nicht zuletzt darin zeige, dass vier der zwölf Gesuche von der Arbeitslosenkassen gutgeheissen, acht abgelehnt und schliesslich nur gerade vier davon als strafrechtlich relevant beurteilt worden seien. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz handle es sich daher nicht um Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 StPO, sondern um eine unzulässige Beweisausforschung. Ferner sei die Vorinstanz zu Unrecht von der Erfüllung der formellen Voraussetzungen für eine

- 7 - Verwertung des aus ihrer Sicht gegebenen Zufallsfundes ausgegangen. Den Polizeirapporten sei bei Weitem nicht genügend zu entnehmen, weshalb und wie die Polizei vermeintlich zufällig auf weitere mögliche Straftaten gestossen und inwiefern eine Abgrenzung zur einer verbotenen Beweisausforschung vorgenommen worden sei. Ferner sei den Akten nicht ansatzweise zu entnehmen, inwiefern die Staatsanwaltschaft sich überhaupt mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob ein verwertbarer Zufallsfund vorliege und insbesondere, weshalb sie zum Schluss gekommen sei, dass ein solcher vorliege, auf welchen Einwand die Vorinstanz zu Unrecht nicht eingegangen sei. Schliesslich müsse die Staatsanwaltschaft, wenn sie einen Zufallsfund verwerten wolle, die sichergestellten Gegenstände beschlagnahmen, was vorliegend nicht geschehen sei. Die Vorinstanz sei daher zu Unrecht davon ausgegangen, dass keine unzulässige Beweisausforschung vorliege und die Untersuchungsbehörde nicht gegen verschiedenste Formvorschriften verstossen habe. Da damit ein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung vorliege, sei von einer Grundrechtsverletzung und somit von einem selbständigen Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 StPO auszugehen, weshalb auf die Anklage nicht einzutreten und das Strafverfahren vollumfänglich einzustellen sei (Urk. 48 S. 2 ff.; Urk. 68 S. 3 ff.). 3.2. Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich erliess im Rahmen der gegen B.\_\_\_\_\_ wegen Betrugs etc. geführten Strafuntersuchung am 20. August 2012 einen Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl (u.a.) für die Geschäftsräumlichkeiten der Firmen D.\_\_\_\_\_ GmbH, E.\_\_\_\_\_ GmbH und F.\_\_\_\_\_ GmbH an der ... [Adresse] und alle B.\_\_\_\_\_ in dieser Liegenschaft zugänglichen Räumlichkeiten, sowie für die in Zusammenhang mit diesem stehenden Schriftstücke, Ton-, Bild- und anderen Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen, wobei zu suchen war nach Unterlagen etc. (Finanz- und insbesondere Lohnbuchhaltungen, Arbeitsrapporten,

Stundenkontrollen, Einsatzplänen, Personaldossiers, Lohnabrechnungen, Arbeitsverträgen sowie Bankunterlagen und -verbindungen) im Zusammenhang mit den Firmen D. \_\_\_\_\_ GmbH, c/o G. \_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], D. \_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], E. \_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], E. \_\_\_\_\_ GmbH in Liq., c/o H. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], sowie F. \_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse] (Urk. 5/7). Ferner erliess die Staatsanwalt-

- 8 - schaft II des Kantons Zürich im Zusammenhang mit der gegen I. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ geführten Untersuchung eine Editionsverfügung zuhanden des Beschuldigten mit der Aufforderung, sämtliche die Firmen D. \_\_\_\_\_ GmbH, c/o G. \_\_\_\_\_ GmbH, D. \_\_\_\_\_ GmbH, E. \_\_\_\_\_ GmbH, E. \_\_\_\_\_ GmbH in Liq. und F. \_\_\_\_\_ GmbH betreffenden Geschäftsunterlagen etc. herauszugeben (Urk. 5/10). 3.3. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass anlässlich der gegenüber dem Tatverdächtigen B. \_\_\_\_\_ angeordneten Hausdurchsuchung auch die Büroräumlichkeit des Beschuldigten durchsucht wurde; dies, nachdem die Kantonspolizei Zürich in den Geschäftsräumlichkeiten der erwähnten Firmen an der ... [Adresse] wider Erwarten auf diese Büroräumlichkeit gestossen war (Urk. 57 S. 6). Über die durchgeführte Durchsuchung sowie die sichergestellten Gegenstände, Unterlagen und Aufzeichnungen erstellte die Kantonspolizei Zürich, wie die Vorinstanz zutreffend darlegte (Urk. 57 S. 6), ein Durchsuchungsprotokoll sowie ein separates Sicherstellungsverzeichnis (Urk. 5/8-9), wobei die Gegenstände, Unterlagen und Aufzeichnungen, die in der Büroräumlichkeit des Beschuldigten sichergestellt wurden, im Sicherstellungsverzeichnis unter den Ziffern 2/2/1-97 aufgeführt sind. Zutreffend ist schliesslich auch die Feststellung der Vorinstanz, dass sich die von der Staatsanwaltschaft angeordneten Zwangsmassnahmen nicht gegen den Beschuldigten richteten, sondern aufgrund eines dringenden Tatverdachts gegen B. \_\_\_\_\_ angeordnet worden waren (Urk. 57 S. 6). 3.4. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, konnte die Durchsuchung der in der Büroräumlichkeit des Beschuldigten anlässlich der Hausdurchsuchung vom 29. August 2012 sichergestellten Gegenstände, Unterlagen und Aufzeichnungen erst durchgeführt werden, nachdem das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts des Kantons Zürich mit Verfügung vom 26. Oktober 2012 das Entsiegelungsgesuch der Staatsanwaltschaft gutgeheissen und die Durchsuchung den Strafverfolgungsbehörden überlassen hatte (Urk. 57 S. 7 f. mit Verweis auf Urk. 5/25). Bezüglich des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts gegen B. \_\_\_\_\_ kann, wie dies schon die Vorinstanz tat (Urk. 57 S. 6), zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Ok-

- 9 - tober 2012 verwiesen werden (Urk. 5/25 S. 8 ff.). Unbestritten und aus den Akten ersichtlich ist zudem, dass im Rahmen dieser Durchsuchung Hinweise auf ein noch nicht verfolgtes Delikt eines anderen Tatverdächtigen, nämlich des Beschuldigten, entdeckt wurden. 3.5. Es stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Hausdurchsuchung gemäss Hausdurchsuchungsbefehl betreffend den Tatverdächtigen B. \_\_\_\_\_ auch die Büroräumlichkeit des Beschuldigten durchsucht werden durfte, denn diese wurde im Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl vom 20. August 2012 unter den Räumlichkeiten, die zu durchsuchen seien, nicht ausdrücklich genannt (Urk. 5/7 S. 2). Hingegen umfasste der Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl auch alle Räumlichkeiten in der Liegenschaft ... [Adresse], die B. \_\_\_\_\_ zugänglich waren (Urk. 5/7 S. 2), und der Beschuldigte macht weder geltend, dass B. \_\_\_\_\_ keinen Zugang zu seiner Büroräumlichkeit hatte, noch ergibt sich aus den Akten etwas Derartiges. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese sich in der Liegenschaft an der ... [Adresse] befindliche

Räumlichkeit vom Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl im gegen B. \_\_\_\_\_ geführten Verfahren erfasst war. Das gleiche gilt für den aufgefundenen Computer des Beschuldigten, denn darauf wurden personaladministrative Daten im Zusammenhang mit einem Teil der im Haus- und Durchsuchungsbefehl genannten Firmen sichergestellt, und für die bei den Akten liegenden Unterlagen aus der Büroräumlichkeit des Beschuldigten, die ebenfalls personaladministrative Daten betreffen. 3.6.1. Was den Vorwurf der Verteidigung angeht, die Vorinstanz sei zu Unrecht vom Vorliegen von Zufallsfunden im Sinne von Art. 243 StPO ausgegangen, hat letztere zutreffend dargelegt, dass Zufallsfunde von einer unzulässigen Beweisausforschung, einer sogenannten "Fishing-Expedition", abzugrenzen sind und eine solche vorliegt, wenn der Zwangsmassnahme kein genügender dringender Tatverdacht zugrunde lag, sondern willkürlich Beweisaufnahmen getätigt wurden. Ebenso hat sie zutreffend ausgeführt, dass aus Beweisausforschungen resultierende Ergebnisse nicht verwertbar sind (Urk. 57 S. 7 mit Hinweisen). 3.6.2. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass entgegen der Auffassung der Verteidigung keine unzulässige Beweisausforschung gegeben ist, da keinerlei

- 10 - Hinweise dafür vorliegen, dass anlässlich der Durchsuchung der in der Büroräumlichkeit des Beschuldigten sichgestellten Unterlagen und Gegenstände bewusst nach Beweismitteln gesucht wurde, die mit dem Tatverdacht gegen B. \_\_\_\_\_ in keinem Zusammenhang standen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Untersuchungsbehörde die vorgefundenen Gegenstände und Unterlagen im Hinblick auf die von ihr abzuklärende allfällige Delinquenz von B. \_\_\_\_\_ durchsuchte und dabei zwangsläufig auf die nunmehr eingeklagten Handlungen des Beschuldigten stiess. Zwar ist der Einwand der Verteidigung, die heutigen Vorwürfe gegen den Beschuldigten hätten nichts mit der C. \_\_\_\_\_ zu tun, richtig, und ergeben sich aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass für die in der Anklageschrift genannten Arbeitnehmer Arbeitsunfälle bei der C. \_\_\_\_\_ gemeldet wurden. Das ist aber nicht entscheidend. Um abklären zu können, ob sich der Tatverdacht gegen B. \_\_\_\_\_ betreffend Täuschungshandlungen zum Nachteil der C. \_\_\_\_\_ erhärten liess, mussten die personaladministrativen Daten der von der D. \_\_\_\_\_ GmbH und der von B. \_\_\_\_\_ resp. der E. \_\_\_\_\_ GmbH angestellten Arbeitnehmer geprüft werden. Dabei stiessen die Untersuchungsbehörden dann insbesondere auf die für sie verdächtigen Arbeitsverträge zwischen den Arbeitnehmern J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, L. \_\_\_\_\_ und M. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer B. \_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitpunkt war (Urk. 67), und zwar u.a. im Computer des Beschuldigten, was zum gegen ihn gerichteten Tatverdacht führte. Dass daraufhin in diesem Zusammenhang eine spezifische Untersuchung der allfälligen Delinquenz des Beschuldigten stattfand, ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht zu beanstanden, sondern gesetzeskonform (vgl. Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO; BSK StPO-Omlin, Art. 309 N 23; BSK StPO-Gfeller/Thormann, Art. 243 N 25, N 37 und N 49 je unter Hinweis auf Art. 309 StPO). 3.6.3. Vor diesem Hintergrund ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass die anlässlich der Durchsuchung gefundenen Beweismittel in Bezug auf eine allfällige Delinquenz des Beschuldigten als Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 Abs. 1 StPO zu qualifizieren sind. 3.7.1. Was die Verwertbarkeit der Zufallsfunde angeht, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 9). Sie ist gestützt auf

- 11 - diese Erwägungen zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Zufallsfunde in einem möglicherweise bislang noch nicht eröffneten Strafverfahren gegen Dritte verwendet werden dürfen, wenn neben der Rechtmässigkeit der ursprünglichen Massnahme die

hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme zu bejahen ist. Letzteres ist der Fall, wenn die nachträgliche Überprüfung ergibt, dass die Durchsuchung für das zufällig gefundene Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre, wobei das Erfordernis des vorbestehenden Tatverdachts bei Zwangsmassnahmen nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO naturgemäss nicht gilt (Urk. 57 S. 9 mit Hinweisen).

3.7.2. Dass der Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl mit Bezug auf B.\_\_\_\_\_ rechtens war, wurde bereits dargelegt und wird von Seiten der Verteidigung nicht bestritten (dazu vorne unter Erw. 3.4.). Die Vorinstanz ist ferner zu Recht davon ausgegangen, dass die Durchsuchung auch gestützt auf den Verdacht des Betrugs etc. gegen den Beschuldigten verhältnismässig und rechtmässig gewesen wäre und somit auch das Erfordernis der hypothetischen Zulässigkeit der Zwangsmassnahme gestützt auf den neuen Tatverdacht erfüllt ist, umso mehr, als der Beschuldigte zu sämtlichen der genannten Firmen ausser der F.\_\_\_\_\_ GmbH in Verbindung stand, indem er als Gesellschafter bzw. als Treuhänder, Buchhalter, Domizilgeber oder Kontaktperson fungierte. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die anlässlich der Durchsuchung sichergestellten Zufallsfunde demzufolge grundsätzlich verwertbar sind (Urk. 57 S. 10), ist daher nicht zu beanstanden.

3.8.1. Was die von der Verteidigung mit Bezug auf die sichergestellten Beweismittel geltend gemachte Verletzung von Verfahrensvorschriften angeht, hat die Vorinstanz zu Recht dargelegt, dass Zufallsfunde gemäss Art. 243 Abs. 1 StPO von der ausführenden Behörde sicherzustellen sind und in Art. 243 Abs. 2 StPO vorgeschrieben wird, dass die Gegenstände mit einem Bericht an die Verfahrensleitung zu übermitteln sind, welche über das weitere Vorgehen zu entscheiden hat.

3.8.2. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich aus den bei den Akten liegenden Polizeirapporten vom 30. Mai 2013, 10. Juni 2013, 11. Juni 2013 und 12. Juni 2013, dies in Verbindung mit der Sicherstellungsliste, in welchem der

- 12 - Auffindungsort der Zufallsfunde festgehalten ist, zweifelsfrei ergibt, welche Zufallsfunde nach der erfolgten Durchsuchung sichergestellt und zu den Akten genommen wurden (Urk. 57 S. 10; Urk. 5/9 S. 2 ff.). Auch ihre übrigen Erwägungen zu diesem Thema sind nicht zu beanstanden. Insbesondere ist die Argumentation der Verteidigung, weshalb die fraglichen Polizeirapporte nicht als Berichte im Sinne von Art. 243 Abs. 2 StPO sollten qualifiziert werden können, nicht nachvollziehbar. Zum einen ist dafür im Gesetzestext kein zwingender Inhalt festgelegt, zum andern kann bei einer Vielzahl von Daten und Unterlagen, wie sie vorliegend sichergestellt wurde, die in den Polizeirapporten fehlende Dauer der Untersuchung häufig gar nicht festgehalten werden, weil sich erst mit der Zeit ergibt, dass ein Zufallsfund vorliegen könnte. Der diesbezügliche Einwand der Verteidigung (Urk. 68 S. 4) ist deshalb nicht zu hören. Im Übrigen wurde die Dauer der Hausdurchsuchung zwar in den Rapporten nicht festgehalten, wohl aber im Durchsuchungsprotokoll vom 29. August 2012 (Urk. 5/8: 7:45 Uhr bis 11:20 Uhr), welches der Verfahrensleitung jedenfalls ab 31. August 2012 bekannt war (Urk. 5/14).

Was die von der Verteidigung angezweifelte Auseinandersetzung der Staatsanwaltschaft mit der Frage des Zufallsfundes angeht, beweist der Umstand, dass sie dem Beschuldigten einen Teil der Unterlagen, der offenkundig nichts mit dem Tatverdacht gegen ihn zu tun hatte, aushändigte (Urk. 5/10), dass eine Auseinandersetzung und auch eine Ausscheidung stattfand. Die Anklagebehörde hat offensichtlich nur diejenigen Fundstücke bei den Akten behalten, die sie im Sinne von Zufallsfunden für verwertbar hielt. Schliesslich geht auch der von der Verteidigung erhobene Einwand betreffend Fehlen einer formellen Beschlagnahme ins Leere; es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, aus denen

sich ergibt, dass eine Beschlagnahme nicht generell Voraussetzung für die Verwertbarkeit eines Beweismittels ist, verwiesen werden. Was in diesem Zusammenhang zugunsten des Beschuldigten aus dem von der Verteidigung angesprochenen Art. 158 lit. b StPO (Urk. 68 S. 5) abgeleitet werden soll, ist nicht ersichtlich. Eine relevante Verletzung von Verfahrensvorschriften ist daher mit der Vorinstanz zu verneinen.

- 13 - 3.9. Somit sind die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten und anlässlich der Durchsuchung entdeckten Unterlagen und Aufzeichnungen sowie die daraus gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel verwertbar. 4. Auf die Argumente der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 138 I 232 E. 5.1 und BGE 133 I 270 E. 3.1, je mit Hinweisen; Urteile BGer. 6B\_484/2013 vom 3. März 2014 E. 3.2, 6B\_526/2009 vom 2. September 2009 E. 3.2 und 6B\_678/2009 vom 3. November 2009 E. 5.2). III. Sachverhalt 1. Thema des Berufungsverfahrens ist, ob der Beschuldigte sich durch das in der Anklageschrift umschriebene Verhalten des mehrfachen versuchten Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 StGB schuldig gemacht hat. 2.1. Der Beschuldigte war während der Untersuchung, vor Vorinstanz und an der heutigen Berufungsverhandlung in wesentlichen Punkten nicht geständig. Insbesondere bestreitet er, fingierte Arbeitsverträge mit wahrheitswidrigen Inhalten erstellt zu haben, um Insolvenzenschädigungen für die in der Anklageschrift genannten Arbeitnehmer zu erwirken, obwohl diese darauf keinen Anspruch gehabt hätten. Ferner stellt er in Abrede, je die Absicht gehabt zu haben, die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zu täuschen sowie, dass er sich oder Drittpersonen durch täuschende Handlungen bereichern wollen (Urk. 48 S. 4 ff., Urk. 49, Urk. 68 S. 10 ff., Prot. II S. 10 ff.). Der Beschuldigte gestand aber ein, dass er Anfangs 2012 Arbeitsverträge zwischen der E. \_\_\_\_\_ GmbH und den Arbeitnehmern J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, M. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ auf seinem Geschäftscomputer angepasst und gespeichert habe (Urk. 2/6 S. 3 f., Urk. 48 S. 9; Urk. 68 S. 7). Nicht strit-

- 14 - tig ist ferner, dass die genannten Arbeitnehmer aufgrund des Konkurses der E. \_\_\_\_\_ GmbH Mitte Februar 2012 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich Anträge auf Insolvenzenschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 144'038.50 stellten und er sie dabei unterstützte (Urk. 2/6 S. 3 f., Urk. 48 S. 7, Urk. 68 S. 6). Der Betrag, den K. \_\_\_\_\_ gemäss der Anklageschrift geltend gemacht haben soll, ist indes um Fr. 100.– zu hoch angegeben (vgl. Urk. 2/2/8 S. 2), weshalb dieser Betrag auf Fr. 32'246.– und die gesamte Summe, welche die genannten Arbeitnehmer als Insolvenzenschädigung verlangten, auf Fr. 143'938.50 zu korrigieren ist. Dass diese Anträge von der Arbeitslosenkasse mit entsprechenden Verfügungen abgelehnt und diese von den betreffenden Arbeitnehmern angefochten wurden, wird vom Beschuldigten ebenfalls nicht in Abrede gestellt. 2.2. Soweit der eingeklagte Sachverhalt vom Beschuldigten anerkannt wurde, stimmt sein Geständnis – mit der kleinen Einschränkung betreffend der angeführten Fr. 100.– – mit der Aktenlage überein, weshalb dieser insoweit erstellt ist. Was die übrigen Sachverhaltselemente angeht ist nachfolgend zu prüfen, ob sich diese anhand der vorhandenen Beweismittel beweisen lassen. 3.1. Bestreitet ein Beschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen.

Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (Urteile BGer. 1P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2., und 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.2.; Pra 2002 S. 4 f. Nr. 2 und S. 957 f. Nr. 180; BGE 127 I 40, 120 Ia 31. E. 2b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Straf- richter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachver- haltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (Urteile BGer. 6B\_795/2008 vom 27. November 2008, E. 2.4., und 6B\_438/2007 vom 26. Februar 2008, E. 2.1.). Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchten- den Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein

- 15 - (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2006, § 54 Rz 11 ff.). Wenn erhebliche resp. nicht zu unterdrückende Zweifel be- stehen, ob sich der Sachverhalt so abgespielt hat, wie er eingeklagt ist, ist der Beschuldigte nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen (Bernard Corboz, "in dubio pro reo", in ZBJV 1993, N 419 f.). Soweit ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Ge- samtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik" zu würdigen ist (vgl. dazu auch Pra 2004 Nr. 51 S. 256, Ziff. 1.4.; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f., Ziff. 3.4.). 3.2. Aufgabe des Richters ist es demzufolge, seinem Gewissen verpflichtet, in ob- jektiver Würdigung des gesamten 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 Nr. 80; Max Gul- dener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 256 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 1A 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann. Daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003, Nr. 2002/387S, E. 2.2.1. mit Hinweisen). Bloss abstrakte oder theo- retische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 54 N 12, Urteile BGer. 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4., und 1 P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlich- keit beruhen. 3.3. Wie bereits angesprochen können auch indirekte, mittelbare Beweise, soge- nannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglich- keit des Anderseins offen, enthält daher auch den Zweifel (Hans Walder, Der In- dizienbeweis im Strafprozess, ZStrR 108/1991, S. 309; Derselbe, Die Beweisfüh- rung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis, Zürich 1974/75, S. 49). Es

- 16 - ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimm- te Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (Urteile BGer. 6B\_365/2009 vom 12. November 2009, E. 1.4., 6B\_332/2009 vom 4. August 2009, E. 2.3. mit Hinweisen, und 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4.; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59

N 15). Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N 14). 3.4. Stützt sich die Beweisführung auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese frei zu würdigen. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und den Verhandlungen ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgten. Bei der Würdigung von Aussagen darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Aussagenden abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (vgl. Rolf Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 4. Auflage, München 2014, N 313 ff. und N 370 ff.). Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die "innere Geschlossenheit" und "Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehensablaufs", "konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses" sowie die "Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von demjenigen zu erwarten ist, der den Vorfall selber miterlebt hat", "Kenntlichmachung der psychischen Situation von Täter und Zeuge bzw. unter Mittätern", "Selbstbelastung oder unvollständige Darstellung der eigenen Rolle", "Entlastungsbemerkungen zugunsten des Beschuldigten" und "Konstanz der Aussage bei verschiedenen Befragungen, wobei sich aber sowohl Formulierungen als auch die Angaben über Nebenumstände verändern können" (Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozessrecht mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316). Andererseits sind

- 17 - auch allfällige Phantasiesignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Aussagen gelten "Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen", "Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen in den ursprünglichen Anschuldigungen", "Übersteigerungen in den Beschuldigungen im Verlaufe von mehreren Einvernahmen", "unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten" sowie "gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen". Als generelle Phantasiesignale nennen Bender/Nack/Treuer die "Schwarz-Weiss-Malerei", die "Verarmung der Aussage", das "Flucht- und Begründungssignal" und die "behauptete Akzeptanz gegenüber bezweifelbaren Rechtsverkürzungen". Wenn das eine oder andere Phantasiesignal auftritt, braucht die Aussage nicht verworfen zu werden. Es ist dann aber eine ausreichende Zahl von erstklassigen Realitätskriterien zu fordern. Bei häufigem Auftreten von Phantasiesignalen sollten an die Zahl und Qualität der Realitätskriterien strenge Anforderungen gestellt werden, damit eine Aussage als zuverlässig eingestuft werden kann (Bender/Nack/Treuer, a.a.O., N 336 ff.). 3.5. Damit kommt der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Aussagenden nach neueren Erkenntnissen kaum mehr Bedeutung zu. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen. 3.6. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 599) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 40 und Urteile BGer. 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3., sowie 6S\_154/2004 vom 30. November 2005, E. 4.). 3.7. Der Grundsatz "in dubio pro reo"

findet als Beweislastregel keine Anwendung, wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich in- soweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutz- behauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse

- 18 - Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonstwie glaubhaft macht (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 2. November 2004, Nr. AC040082, E. 3.5, Stefan Trechsel, SJZ 1981 S. 320). 4.1. Dass die Unterlagen und Aufzeichnungen, die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellt wurden, vollumfänglich verwertbar sind, wurde bereits ausführlich dargelegt (dazu vorne unter Erw. II.3.). Die bei den Akten liegenden Einvernahmeprotokolle der Einvernahmen von K.\_\_\_\_\_ (Urk. 3/1), J.\_\_\_\_\_ (Urk. 3/2 und 3/4), M.\_\_\_\_\_ (Urk. 3/3) und L.\_\_\_\_\_ (Urk. 3/5-6) können nur zugunsten des Beschuldigten verwertet werden, da diese Einvernahmen aus den separaten Strafverfahren gegen die Einvernommenen stammen und der Beschuldigte mit ihnen nicht konfrontiert wurde (vgl. BGE 140 IV 172 E. 1.2.3. und 1.3.; BGE 141 IV 220 E. 4.5.; Urteile BGer. 6B\_1139/2014 vom 28. April 2015 E. 2.2. und 6B\_450/2014 vom 18. Mai 2015 E. 5.4.). Das gleiche gilt für die Einvernahme von K.\_\_\_\_\_ vom 31. Januar 2012 in anderer Angelegenheit (Urk. 2/2/25). Uneingeschränkt verwertbar sind dagegen die Aussagen von I.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme vom 26. März 2015 (Urk. 47) und dessen Schreiben an die Staatsanwaltschaft vom 23. September 2014 (Urk. 28). Schliesslich spricht nichts gegen die Verwertbarkeit der Auskunft im Sinne von Art. 195 StPO des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 15. September 2014 (Urk. 17). 4.2. Was die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten angeht, ist darauf hinzuweisen, dass dieser nicht unter Strafandrohung aussagte und angesichts seiner Stellung im Verfahren ein – grundsätzlich durchaus legitimes – Interesse daran hat, die Geschehnisse in einem für ihn möglichst positiven Licht darzustellen. Soweit er Aussagen machte, sind diese daher mit besonderer Vorsicht zu würdigen. Ähnlich verhält es sich mit dem Schreiben und den Aussagen des Zeugen I.\_\_\_\_\_. Dieser ist zwar nicht Beschuldigter. Sollte sich im Verlauf dieses Verfahrens ergeben, dass die Vorwürfe gegen den Beschuldigten zutreffen, würde sich aber die Frage nach seiner Rolle bei den eingeklagten Geschehnissen stellen. Dass er unter der

- 19 - strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB aussagte, ändert daran nichts. Mit Bezug auf die Glaubwürdigkeit von K.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ ist darauf hinzuweisen, dass diese ihre Angaben in den gegen sie geführten Strafverfahren in der gleichen Angelegenheit machten und sie nicht unter Strafandrohung aussagten, weshalb das gleiche gilt wie beim Beschuldigten. 5.1. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, ist aktenkundig und nicht umstritten, dass der Beschuldigte die Buchhaltung und später die personelle Administration der D.\_\_\_\_\_ GmbH und teilweise in einem früheren Zeitpunkt auch der E.\_\_\_\_\_ GmbH führte (Urk. HD 57 S. 13 f.). Aufgrund des zu den Akten genommenen Auszugs aus dem Handelsregister des Kantons Zürich ist ferner belegt, dass mit Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2011 die E.\_\_\_\_\_ GmbH aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet wurde (Urk. 67). Über die D.\_\_\_\_\_ GmbH wurde gemäss Anzeige des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 1. November 2012 sowie gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 14. Juni 2013 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20.

September 2012 mit Wirkung ab dem

## E. 20

September 2012 der Konkurs eröffnet (Urk. 7/1, Urk. 21, Anhang). 5.2. Was die Frage angeht, ob die Arbeitnehmer K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ im relevanten Zeitraum bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt waren, kann zunächst vollumfänglich auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 14 ff.). Die bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen resp. -ausweise der D.\_\_\_\_\_ GmbH und der (nicht existenten) D.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 2/2/13, 2/2/15, 2/2/16, 2/2/17, 2/2/18 und 2/2/19 betreffend K.\_\_\_\_\_ sowie Urk. 2/4/8 und 2/4/14 betreffend M.\_\_\_\_\_), die vom Beschuldigten und I.\_\_\_\_\_ namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgestellten Bestätigungen betreffend J.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/5/6-11), das im Computer des Beschuldigten aufgefundene, ihn als Unterzeichnenden im Namen der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausweisende Zwischenzeugnis-Dokument betreffend J.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/5/12), die Behördenberichte vom 8. November 2011 über die Arbeitsmarktkontrolle vom 3. November 2011 betreffend K.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/2/22) sowie vom 27. September 2011 betreffend die Kontrolle von J.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/5/13) und die in den Ordnern "D.\_\_\_\_\_ Bank" und "D.\_\_\_\_\_

- 20 - Personal" abgelegten Handnotizen (Urk. 2/4/18, Urk. 2/3/6 und Urk. 2/2/20), letztere in Kombination mit dem Auszahlungsbeleg der Migros Bank betreffend Bezug der D.\_\_\_\_\_ GmbH im Betrag von Fr. 43'000.– vom 9. November 2011 (Urk. 2/2/21), lassen keinen anderen Schluss zu, als dass K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ ab Juli bzw. September 2011 bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH als Schaler angestellt waren und von der D.\_\_\_\_\_ GmbH auch Lohnzahlungen in erheblichem Umfang erhielten. Insbesondere die vom Beschuldigten ausgestellten Bestätigungen betreffend J.\_\_\_\_\_ widersprechen dem Standpunkt des Beschuldigten diametral. Eine plausible Erklärung für den Inhalt der genannten Urkunden brachte denn auch weder der Beschuldigte noch die Verteidigung bei. Die von der Vorinstanz angesprochenen Unstimmigkeiten in den doppelten Lohnabrechnungen für K.\_\_\_\_\_ könnten im Übrigen darauf zurückzuführen sein, dass zuhanden der Arbeitslosenkasse ein deutlich höherer Stundenlohn deklariert wurde als K.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ GmbH tatsächlich zu gute hatte und die Berechnung des AHV-pflichtigen Lohns, der im Antrag auf Insolvenzenschädigung festgehalten wurde (Urk. 2/2/8), anfangs Februar 2012 – anders als bei denjenigen Arbeitnehmern, bei denen kein Stunden-, sondern ein Monatslohn angegeben wurde (Urk. 2/3/8 betreffend L.\_\_\_\_\_, Urk. 2/4/19 betreffend M.\_\_\_\_\_ und Urk. 2/5/18 betreffend J.\_\_\_\_\_) – durch Erstellung je einer zweiten, fiktiven Lohnabrechnung der D.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 2/2/16-19) berechnet wurde. Die Behauptung der Verteidigung, es gebe nicht den geringsten Hinweis, dass die aufgefundenen Lohnabrechnungen dem jeweiligen Arbeitnehmer tatsächlich je übergeben worden seien (Urk. 68 S. 7), könnte insoweit sogar korrekt sein. Dieses Szenario würde im Übrigen auch erklären, weshalb diese Lohnabrechnungen für die Monate November und Dezember 2011 Zeitstempel vom 5. und 6. Februar 2012 tragen und, wie von der Verteidigung angeführt (Urk. 68 S. 7), nicht zeitnah erstellt wurden. Bei M.\_\_\_\_\_ ist besonders pikant, dass für ihn gemäss den Akten für die Zeitspanne vom 1. Juni bis 31. Dezember 2011 ein Lohnausweis der E.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 22'625.– (Urk. 2/4/7) sowie ein – auch im Computer des Beschuldigten aufgefundener (Urk. 2/4/14) – Lohnausweis der D.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 10'944.– (Urk. 2/4/14) ausgestellt wurden, obwohl dieser gemäss dem der Arbeitslosenkasse eingereichten Arbeitsvertrag zwischen der E.\_\_\_\_\_ GmbH und ihm seit 1. Juni

- 21 - 2011 mit einem vollem Pensum bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt war (Urk. 2/4/2), und dies gemäss dem Antrag auf Insolvenzenschädigung – in dem als Arbeitsbeginn der 1. Juli 2011 festgehalten ist – bis 31. Dezember 2011 (Urk. 2/4/1). Der gemäss Lohnausweis der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausbezahlte Lohn wurde in der Folge in der Steuererklärung 2011 deklariert, nicht aber derjenige gemäss Lohnausweis der E.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 2/4/27), obwohl im Antrag auf Insolvenzenschädigung angegeben ist, er habe den Lohn von dieser bis August 2011 erhalten (Urk. 2/4/1), also eine entsprechende Deklaration hätte erfolgen müssen, wenn er tatsächlich für die Monate Juni, Juli und August 2011 von der E.\_\_\_\_\_ GmbH den Lohn erhalten hätte. 5.3. An der Überzeugung, dass K.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum nicht bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH, sondern bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt waren, vermögen die von diesen Arbeitnehmern der Arbeitslosenkasse eingereichten Arbeitsverträge mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH nichts zu ändern. Zu Recht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die Pfadangaben im Computer des Beschuldigten hingewiesen (Urk. 57 S. 16 f.). Diese belegen, dass die Arbeitsvertragsdokumente, die in seinem Computer aufgefunden wurden, erst anfangs 2012 und somit nicht zeitnah zu den behaupteten Zeitpunkten des Arbeitsbeginns für die E.\_\_\_\_\_ GmbH erstellt wurden. Der auch anlässlich der Berufungsverhandlung wieder vorgebrachte Erklärungsversuch, der Beschuldigte habe, um bei seiner Hilfeleistung für die vier Arbeitnehmer alle Dokumente auf seinem Computer zu haben, anfangs 2012 einen Mustervertrag mit den jeweiligen spezifischen Angaben ausgefüllt, anstatt die Arbeitsverträge einzuscannen oder zu kopieren (Urk. 2/6 S. 3 f.; Urk. 48 S. 9; Urk. 68 S. 7), überzeugt schon aufgrund des mit der Neuerstellung von derartigen Dokumenten zusammenhängenden Aufwands nicht, zumal nicht nur die persönlichen Angaben hätten abgeändert werden müssen, sondern die vier Arbeitsvertragsdokumente auch weitere Unterschiede aufweisen. Zudem ergibt sich aus Urk. 3/2/12, dass der Beschuldigte ansonsten durchaus Gebrauch vom Scanner machte, wenn er einen Vorgang im Zusammenhang mit der Personaladministration dokumentieren wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die fraglichen Arbeitnehmer bei der Arbeitslosenkasse als Beleg für ihre Arbeitnehmerschaft bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH neben den jewei-

- 22 - ligen Anträgen auf Ausrichtung von Insolvenzenschädigung Ausdrucke der im Nachhinein vom Beschuldigten erstellten und auf dessen Computer aufgefundenen Vertragsdokumente einreichten. Diesen Schluss legt im Übrigen auch ein Vergleich der vorhandenen Speicherdaten zu den Arbeitsvertragsdokumenten betreffend die Arbeitsverhältnisse von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH (die Arbeitsvertragsdokumente betreffend M.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ GmbH resp. J.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ GmbH konnten im Computer des Beschuldigten nicht aufgefunden werden) mit den Daten der Anträge auf Insolvenzenschädigung nahe: Der Antrag von K.\_\_\_\_\_ auf Ausrichtung von Insolvenzenschädigung datiert vom 14. Februar 2012 (Urk. 2/2/8), das Vertragsdokument im Computer des Beschuldigten wurde am 2. Januar 2012 erstellt (Urk. 2/2/9/2), der von L.\_\_\_\_\_ gestellte Antrag auf Insolvenzenschädigung datiert vom 15. Februar 2012 (Urk. 2/3/1), während das Vertragsdokument im Computer des Beschuldigten am 13. Februar 2012 erstellt wurde (Urk. 2/3/3). Ein weiteres Indiz für diesen Ablauf stellt der sich wiederholende Schreibfehler auf S. 1 oben, wo bei "Arbeitgeber" ein überflüssiges °-Zeichen steht, dar, denn dieses findet sich sowohl bei den bei der Arbeitslosenkasse eingereichten Arbeitsverträgen als auch bei den im Computer des Beschuldigten gespeicherten Verträgen. Dass Wortlaut und Formatierung der bei der Arbeitslosenkasse eingereichten Arbeitsverträge mit denjenigen der im Computer des Beschuldigten

gespeicherten Arbeitsvertragsdokumenten hundertprozentig übereinstimmen, und zwar auch, soweit es sich um eine atypische Darstellung oder Formulierung handelt, wie beispielsweise, dass die Titel der Ziffern 5 und 6 durchwegs in einem grösseren Format festgehalten sind als die übrigen Titel (z.B. Urk. 2/2/9/1 und Urk. 2/2/9/2 betreffend K.\_\_\_\_\_ sowie Urk. 2/3/2 und Urk. 2/3/3 betreffend L.\_\_\_\_\_), dass bei L.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/3/2 und Urk. 2/3/3) und M.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/4/2 und 2/4/3) in beiden Versionen als Probezeit "1 Monate" (Hervorhebung beigefügt) festgehalten ist oder dass bei M.\_\_\_\_\_ unter Ziffer 8, Arbeitszeit, in beiden Versionen das "vom" überflüssig ist (Urk. 2/4/2 und Urk. 2/4/3), rundet dieses Bild lediglich noch ab. Dass der Beschuldigte der Ersteller der in seinem Computer aufgefundenen Arbeitsvertragsdokumente zwischen K.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ einerseits und der E.\_\_\_\_\_ GmbH andererseits war, wurde von ihm anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 19.

- 23 - August 2014 ausdrücklich anerkannt (Urk. 2/6 S. 3). Auch die auf die E.\_\_\_\_\_ GmbH lautenden Lohnabrechnungen für die genannten Mitarbeiter wurden gemäss Zeitstempel deutlich später erstellt, diejenige für K.\_\_\_\_\_ am 19. Juni 2012 (Urk. 2/2/12 S. 2) und diejenigen für M.\_\_\_\_\_ ebenfalls am 19. Juni 2012 (Urk. 2/4/4-6). 5.4. Waren K.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt, muss mit der Vorinstanz darauf geschlossen werden, dass die Arbeitsverträge mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH fingiert waren und einen wahrheitswidrigen Inhalt aufweisen. Es kann ausgeschlossen werden, dass diese vier Arbeitnehmer neben ihrer Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ GmbH auch noch mit einem der in den Anträgen auf Insolvenzenschädigung angegebenen Entlohnung entsprechenden Arbeitspensum bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH arbeitstätig waren, zumal gemäss den Angaben auf den vier Anträgen auf Insolvenzenschädigung sowie in den entsprechenden Arbeitsvertragsdokumenten die wöchentliche Arbeitszeit in allen vier Fällen bei 42,5 Stunden gelegen haben soll (Urk. 2/2/8 und Urk. 2/2/9/1 betreffend K.\_\_\_\_\_, Urk. 2/3/1 und 2/3/2 betreffend L.\_\_\_\_\_, Urk. 2/4/1 und 2/4/2 betreffend M.\_\_\_\_\_ sowie Urk. 2/5/1 und Urk. 2/5/2 betreffend J.\_\_\_\_\_), gemäss den Arbeitsverträgen zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH und K.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/2/10) und zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH und L.\_\_\_\_\_ (Urk. 2/3/4, trotz Bezeichnung als "Arbeitsvertrag für Teilzeit") aber ebenfalls bei 42,5 Stunden, während bei M.\_\_\_\_\_ zwar kein Arbeitsvertrag mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH vorliegt, sich aber aus der Lohnabrechnung der D.\_\_\_\_\_ GmbH für den Monat Dezember 2011 (Urk. 2/4/8) ergibt, dass dieser ebenfalls bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH ein volles Pensum leistete und das gleiche aufgrund des Arbeitsvertrags zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH und J.\_\_\_\_\_ vom 25. Juni 2011 (Urk. 2/5/4) sowie aufgrund der Arbeitsbestätigungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 20. und 25. Oktober sowie vom 26. Dezember 2011 (Urk. 2/5/6-7 und Urk. 2/5/10-11) für die Zeitspanne ab 12. September 2011 auch für diesen galt. War das Arbeitsvertragsdokument zwischen der E.\_\_\_\_\_ GmbH und K.\_\_\_\_\_ fingiert, gilt dies a priori auch für das entsprechende Arbeitszeugnis, welches vom 21. Dezember 2011 datiert (Urk. 2/2/23) und gemäss Pfadangaben am 2. Januar 2012 – und somit am gleichen Tag wie das Arbeitsvertragsdokument – erstellt wurde. Aus diesem Dokument kann daher nichts zu Gunsten des

- 24 - Beschuldigten abgeleitet werden. Angesichts der eindeutigen Aktenlage erweisen sich die anderslautenden Aussagen der vier Arbeitnehmer sowie von I.\_\_\_\_\_ als unglaubhaft, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. 5.5. Dass der Beschuldigte wusste, dass K.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ im Zeitraum von September bis Dezember 2011 nicht bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH, sondern bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt waren und

demnach in den Arbeitsvertragsdokumenten falsche Angaben gemacht wurden, steht angesichts der in seiner Büroräumlichkeit aufgefundenen Dokumente ausser Frage. 5.6. Die anlässlich der Berufungsverhandlung von der Verteidigung neu vorgebrachte Argumentation, der Beschuldigte habe auch die Forderungseingaben beim Konkursamt, die Anträge auf Insolvenzenschädigung, die Einsprachen bei der Arbeitslosenkasse und dergleichen jeweils anhand eines Musters ausgefüllt und abgespeichert, dies sei seine übliche Form der Speicherung von Dokumenten gewesen (Urk. 68 S. 8), hilft ebenfalls nicht weiter. Bei den von der Verteidigung genannten Dokumenten handelt es sich um solche, von denen der Beschuldigte nicht geltend macht, dass er die Originalfassungen nicht erstellt habe. Bei den Arbeitsvertragsdokumenten will er hingegen die Informationen aus den "ihm vorgelegten" (Urk. 68 S. 10) Originaldokumenten in ein Muster auf seinem Computer übertragen haben. Abgesehen davon benützte der Beschuldigte, wie bereits dargestellt, durchaus den Scanner (dazu vorne unter Erw. 5.3.). Nicht plausibel ist schliesslich auch die Argumentation der Verteidigung, das Beilegen von Stundenrapporten sei weitaus wichtiger gewesen als das Beilegen der Arbeitsverträge, weshalb der Beschuldigte diese hätte fingieren müssen. Dem ist entgegen zu halten, dass gemäss dem Formular für die Beantragung der Insolvenzenschädigung selbstverständlich der schriftliche Arbeitsvertrag beizulegen war (vgl. Urk. 2/2/8 S. 2). Zwar wurden im Formular als weitere Beilagen zur Glaubhaftmachung der Forderung Stundenrapporte, Verdienstangaben gemäss Arbeitsvertrag und frühere Lohnabrechnungen verlangt (Urk. 2/2/8 S. 2). Ob den Gesuchen dann tatsächlich Stundenrapporte beigelegt wurden, ergibt sich weder aus den diesbezüglich spärlichen Ausführungen der Verteidigung (Urk. 68 S. 10 f.) noch aus den Akten, kann aber offen bleiben, denn auch diese hätten selbstverständlich gefertigt werden können, und dies hätte nicht zwangsläufig vom Beschuldigten gemacht werden müssen. Es ist der Verteidigung darin zuzustimmen, dass auf den fingierten Verträgen nicht nur die Unterschrift des jeweiligen Arbeitnehmers, sondern auch diejenige des Geschäftsführers der E.\_\_\_\_ GmbH angebracht werden musste (Urk. 68 S. 8 und 10). Weshalb dies gegen die Täterschaft des Beschuldigten sprechen sollte, ist indes nicht ersichtlich. Vielmehr stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Rolle von B.\_\_\_\_ im fraglichen Geschehen. 5.7.1. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die vom Beschuldigten abgegebene Erklärung, weshalb die vier Arbeitnehmer von der D.\_\_\_\_ GmbH zur E.\_\_\_\_ GmbH gewechselt hätten, ebenfalls der Aktenlage widerspricht. 5.7.2. Der Beschuldigte führte anlässlich seiner Einvernahme vom 19. August 2014 aus, im Mai 2011 habe das Bezirksgericht den Konkurs über die D.\_\_\_\_ GmbH verfügt. I.\_\_\_\_, der Geschäftsführer der D.\_\_\_\_ GmbH, sei nicht dabei gewesen und habe von dieser Verfügung auch nichts gewusst. Er habe die Briefe, die ihm durch das Gericht zugestellt worden seien, nicht abgeholt. Nach 30 Tagen sei die Verfügung in Rechtskraft erwachsen. Das Konkursamt in Oerlikon sei beauftragt worden, den Konkurs über die D.\_\_\_\_ GmbH durchzuführen. Das sei irgendwann im Juni 2011 gewesen. I.\_\_\_\_ sei auch eingeladen worden, beim Konkursamt entsprechende Aussagen zu machen, was er getan habe. Am gleichen Tag sei allen Mitarbeitern vom Konkursamt gekündigt worden. I.\_\_\_\_ sei aufgefordert worden, die Arbeit sofort einzustellen, weil die Firma nicht mehr existiert habe. Die Auftraggeber der D.\_\_\_\_ GmbH seien per Brief oder telefonisch informiert worden. Es habe deswegen eine Unruhe bei den Mitarbeitern und den "Arbeitgebern" gegeben. I.\_\_\_\_ habe versucht, den Ruf seiner Firma nicht zu schädigen, indem er Arbeiten auf verschiedenen Baustellen hätte einstellen müssen. In jenem Zeitpunkt habe B.\_\_\_\_ für die D.\_\_\_\_ GmbH gearbeitet. I.\_\_\_\_ habe die

Aufträge behalten und auch das Know-how der Mitarbeiter nicht verlieren wollen. Er habe mit B.\_\_\_\_\_ eine Vereinbarung getroffen, dass dessen Firma, die E.\_\_\_\_\_ GmbH, die Aufträge der D.\_\_\_\_\_ GmbH weiterführt. Den Mitarbeitern sei angeboten worden, ein Arbeitsverhältnis mit der E.\_\_\_\_\_ einzugehen, was die meisten auch getan hätten. Irgendwann im August 2011 habe das Obergericht die

- 26 - Verfügung des Bezirksgerichts über den Konkurs wieder aufgehoben. I.\_\_\_\_\_ habe damals aber die Vereinbarung mit B.\_\_\_\_\_ bereits getroffen gehabt und die Mitarbeiter nicht automatisch wieder auf die D.\_\_\_\_\_ GmbH umschreiben können. Die E.\_\_\_\_\_ GmbH habe die Aufträge der D.\_\_\_\_\_ GmbH durchgeführt (Urk. 2/7). 5.7.3. Gemäss dem bei den Akten liegenden Handelsregisterauszug der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 10. September 2012 (Urk. 5/19) und der Auskunft im Sinne von Art. 195 StPO des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 15. September 2014 (Urk. 17) wurde über die D.\_\_\_\_\_ GmbH mit Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Mai 2011 der Konkurs eröffnet und hob das Obergericht des Kantons Zürich dieses Urteil mit Beschluss vom 4. August 2011 auf. Die fraglichen Arbeitsvertragsdokumente zwischen J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ und der E.\_\_\_\_\_ GmbH datieren von deutlich später, nämlich vom 29. August 2011 (K.\_\_\_\_\_, Urk. 2/2/9/1, und L.\_\_\_\_\_, Urk. 2/3/2) sowie vom 15. September 2011 (J.\_\_\_\_\_, Urk. 2/5/2). In diesen Zeitpunkten war der Konkurs über die D.\_\_\_\_\_ GmbH bereits seit Wochen aufgehoben. Hinzu kommt, dass der – auf Arbeitgeberseite vom Beschuldigten unterschriebene – Arbeitsvertrag zwischen K.\_\_\_\_\_ und der – damals im Konkurs befindlichen – D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 16. Juli 2011 datiert (Urk. 2/2/10), also in einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, in dem gemäss der Darstellung des Beschuldigten I.\_\_\_\_\_ über die Konkurseröffnung informiert war, den bestehenden Mitarbeitern vom Konkursamt Oerlikon-Zürich gekündigt worden war und die Vereinbarung mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH getroffen wurde. Legt man die Darstellung des Beschuldigten zugrunde, ist daher nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund unter den gegebenen Umständen die D.\_\_\_\_\_ GmbH einen Arbeitsvertrag mit K.\_\_\_\_\_ abschloss. Das gleiche gilt für den – auf Arbeitgeberseite ebenfalls vom Beschuldigten unterschriebenen – Arbeitsvertrag zwischen L.\_\_\_\_\_ und der – damals im Konkurs befindlichen – D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 23. Juli 2011 (Urk. 2/3/4). Der Arbeitsvertrag zwischen der E.\_\_\_\_\_ GmbH und M.\_\_\_\_\_ datiert dagegen bereits vom 23. Mai 2011 (Urk. 2/4/2), einem Zeitpunkt, in dem I.\_\_\_\_\_ gemäss der Darstellung des Beschuldigten noch nichts von der Konkurseröffnung über die D.\_\_\_\_\_ GmbH wusste und somit auch die vom Beschuldigten behauptete Vereinbarung betreffend Übernahme von Mitarbeitern

- 27 - und Aufträgen durch die E.\_\_\_\_\_ GmbH nach seiner Darstellung der Geschehnisse noch nicht zur Diskussion stehen konnte. Schliesslich kommt hinzu, dass gemäss der Auskunft des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 15. September 2014 den Mitarbeitern der D.\_\_\_\_\_ GmbH zwar mit Schreiben vom 28. Juni 2011 gekündigt wurde, der Berufung der D.\_\_\_\_\_ GmbH aber von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukam (Urk. 17). Vor diesem Hintergrund bestand bis zur Entscheidung des Obergerichts über die Konkurseröffnung überhaupt kein Handlungsbedarf. Darüber hinaus ist auf den von der Verteidigung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eingereichten Sub-Subunternehmervertrag zwischen der N.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 5. August 2011 (Urk. 30/1) hinzuweisen. Damit ist hinsichtlich des Bauprojektes Neubau ... in Bülach erstellt, dass nicht die E.\_\_\_\_\_ GmbH, sondern die D.\_\_\_\_\_ GmbH diesen Auftrag übernahm und die Arbeitnehmer nach aussen die N.\_\_\_\_\_ und nicht etwa, wie vom

Beschuldigten behauptet wurde, die D. \_\_\_\_\_ GmbH anstatt der E. \_\_\_\_\_ GmbH als Arbeitgeberin zu nennen hatten (Urk. 2/7 S. 3). 5.7.4. Demzufolge sind die Ausführungen des Beschuldigten als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. 5.7.5. Zu den von der Verteidigung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung aufgeworfenen und im Rahmen der Berufungsverhandlung wiederholten Fragen (Urk. 48 S. 8; Urk. 68 S. 6) lässt sich Folgendes sagen: Die Arbeitnehmer stellten die Insolvenzenschadigungsansprüche nicht über die D. \_\_\_\_\_ GmbH, weil entsprechende Anträge von der Arbeitslosenkasse ohne Weiteres abgelehnt worden wären. Zwar war über die D. \_\_\_\_\_ GmbH, wie dargelegt, am 5. Mai 2011 der Konkurs eröffnet, dieser aber am 4. August 2011 aufgehoben worden. Somit bestand für Arbeitnehmer der D. \_\_\_\_\_ GmbH für den Zeitraum vom 1. September bis 31. Dezember 2011 kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Wenn der Beschuldigte in einigen Fällen dabei half, berechnete Insolvenzenschadigungsansprüche geltend zu machen, schliesst dies keineswegs aus, dass in anderen Fällen unberechtigterweise solche geltend gemacht wurden. Es kann sogar durchaus davon ausgegangen werden, dass die E. \_\_\_\_\_ GmbH eine gewisse Anzahl Angestellte hatte, die einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung hatte.

- 28 - Zur Motivlage des Beschuldigten, welche sowohl die zweite als auch die vierte Frage der Verteidigung beschlägt, darf nicht übersehen werden, dass der Beschuldigte Gesellschafter der D. \_\_\_\_\_ GmbH war (Urk. 18, Anhang) und daher durchaus Motive dafür ersichtlich sind, bei der Beschaffung von ungerechtfertigten Leistungen für deren Arbeitnehmer mitzuwirken. Jedenfalls ist aber klar, dass der Beschuldigte ein finanzielles Interesse an den inkriminierten Handlungen hatte, und sei es lediglich, dass er für seine Tätigkeit für die fraglichen Arbeitnehmer ein Honorar verlangte. Davon, dass es an einer Beziehungsnähe zwischen ihm und den Arbeitnehmern gefehlt hätte resp. diese ihm weitgehend unbekannt gewesen seien (Urk. 68 S. 11 f.), kann angesichts seines Engagements bei der D. \_\_\_\_\_ GmbH ohnehin keine Rede sein. 5.8. Was sich hingegen nicht verifizieren lässt, ist der Vorwurf, dass der Beschuldigte alle vier für das vorliegende Verfahren relevanten Arbeitsvertragsdokumente von der fraglichen Mitarbeitern in den Büroräumlichkeiten an der ... [Adresse] unterschreiben liess. K. \_\_\_\_\_ sagte diesbezüglich aus, er habe diesen "im Kaffee" (gemeint: im F. \_\_\_\_\_) unterschrieben (Urk. 3/1 S. 6), J. \_\_\_\_\_ erklärte, B. \_\_\_\_\_ sei mit dem Vertrag auf den Bau gekommen (Urk. 3/4 S. 4) und L. \_\_\_\_\_ machte geltend, dass er den Vertrag im Büro von B. \_\_\_\_\_ unterschrieben habe, und zwar nur in dessen Anwesenheit (Urk. 3/5 S. 2). Diese Aussagen können nach dem unter Erw. 4.1. Ausgeführten zu Gunsten des Beschuldigten berücksichtigt werden. Mit der genannten Einschränkung ist der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt aber erstellt. IV. Rechtliche Würdigung Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten – entgegen der Anklagebehörde, die von mehrfacher versuchter Gehilfenschaft zu Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und Art. 25 StGB ausging (Urk. 10 S. 1) – zu Recht als mehrfachen versuchten Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB; auf ihre ausführliche Begründung (Urk. 57 S. 21 ff.) kann vorab verwiesen werden. Die vier Arbeitsvertragsdokumente für die Arbeitnehmer J. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_, M. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_

- 29 - wurden von diesen zusammen mit ihren Anträgen auf Insolvenzenschädigung der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich eingereicht. Dies geschah zum Zweck, bei der Arbeitslosenkasse die falsche Vorstellung zu erzeugen, dass die Mitarbeiter in einem Arbeitsverhältnis zur E. \_\_\_\_\_ GmbH gestanden und Anspruch auf Leistung von

Insolvenzenschädigung hatten. Dabei handelte es sich, wie die Vorinstanz zutreffend darlegte (Urk. 57 S. 22 f.), nicht bloss um einfache Lügen, sondern um betrügerische Machenschaften, durften doch die Mitarbeiter der Arbeitslosenkasse davon ausgehen, dass vom Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH unterschriebene Arbeitsverträge nicht fingiert sind. Es ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die in den Arbeitsvertragsdokumenten gemachten Falschangaben nur mit einem relativ grossen Aufwand und besonderer Mühe aufzudecken waren (vgl. Urk. 57 S. 23) – es ist fraglich, ob dies ohne die Hausdurchsuchung überhaupt möglich gewesen wäre. Diesbezüglich behauptet auch die Verteidigung letztlich nichts anderes, macht sie doch geltend, ohne die anlässlich der Hausdurchsuchung aufgefundenen Beweismittel sei der Anklage jegliche Beweisgrundlage entzogen (Urk. 48 S. 4, Urk. 68 S. 5). Die Arbeitsvertragsurkunden waren nämlich, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ohne Weiteres geeignet, bei den Mitarbeitern der Arbeitslosenkasse die irri- ge Vorstellung auszulösen, dass Arbeitsverhältnisse zwischen den fraglichen Arbeitnehmern und der E.\_\_\_\_\_ GmbH bestanden hätten. Wäre dies geschehen, hätte die Arbeitslosen- kasse gestützt auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen die von den vier Arbeitnehmern geforderte Insolvenzenschädigung ausgerichtet. Dass die Anträge auf Insolvenzenschädigung von der Arbeitslosenkasse innert weniger Tage abgelehnt wurden, ändert daran nichts, erfolgte die Ablehnung doch offensichtlich auf einen blossen Verdacht hin und war damit noch lange nicht gesagt, dass die geforderten Beträge endgültig nicht ausgerichtet werden mussten. Dass die Ent- richtung zu Unrecht erfolgt wäre und die Arbeitslosenkasse sich demzufolge in entsprechendem Umfang am Vermögen geschädigt hätte, versteht sich angesichts dessen, dass die E.\_\_\_\_\_ GmbH den vier Arbeitnehmern in Tat und Wahr- heit keine Lohnzahlungen schuldete, weil sie nicht bei ihr, sondern bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt waren, von selbst. Daraus ergibt sich zugleich, dass die vier Arbeitnehmer in entsprechendem Umfang ungerechtfertigt bereichert

- 30 - worden wären, wobei nicht geklärt ist – insoweit sind die entsprechenden Erwä- gungen der Vorinstanz (Urk. 57 S. 23) zu korrigieren –, inwieweit diese willentlich mitwirkten, was allerdings auch nicht nötig ist. Dass die Entschädigungen schliesslich nicht ausgerichtet wurden, hat zur Folge, dass von versuchter Tatbe- gehung auszugehen ist. Im Übrigen ist der objektive Tatbestand aber erfüllt. Da der Beschuldigte wusste, dass die von ihm erstellten Arbeitsverträge zwischen der E.\_\_\_\_\_ GmbH und den vier Arbeitnehmern einen wahrheitswidrigen Inhalt hatten und mit den Dokumenten die Arbeitslosenkasse zu ungerechtfertigten Zah- lungen bewegt werden sollte, womit sich diese am Vermögen schädigen würde und die vier Arbeitnehmer ungerechtfertigt bereichert würden, ist auch der subjek- tive Tatbestand erfüllt. Zutreffend ist ferner die Ansicht der Vorinstanz, dass von einem untergeordneten Tatbeitrag keine Rede sein kann, weshalb nicht auf Gehil- fenschaft, sondern auf (Mit-)Täterschaft zu erkennen ist. Dass L.\_\_\_\_\_ im gegen ihn geführten Verfahren freigesprochen wurde, hat entgegen der Ansicht der Ver- teidigung (Urk. 68 S. 12) auf die rechtliche Würdigung im vorliegenden Verfahren keinen Einfluss: Wird von zwei der Mittäterschaft beschuldigten Personen nur ei- ner schuldig gesprochen, ist dieser nicht Mittäter, sondern Täter. Zwar liegt be- züglich L.\_\_\_\_\_ nur ein unbegründeter Entscheid im Recht (Urk. 36/1), weshalb nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund der Freispruch erfolgte. Denkbar ist aber insbesondere, dass bei ihm die Erfüllung des subjektiven Tatbestands nicht nach- gewiesen war. Dies führt aber auch beim fremdnützigen Betrug keineswegs zwangsläufig auch zu einem Freispruch des zweiten Beschuldigten. Da ferner, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 57 S. 28),

weder Rechtferti- gungs- noch Schuldausschlussgründe vorliegen, ist der Beschuldigte des mehrfa- chen versuchten Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. V. Strafzumessung 1.1. Betreffend die allgemeinen Regeln der Strafzumessung kann auf die korrek- ten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 29 f.). Diese hat ferner zutreffend dargelegt, dass für den Tatbestand des Betrugs ein Strafraumen

- 31 - von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorgesehen ist und dass vorliegend trotz des Strafschärfungsgrunds der mehrfachen Tatbegehung und des Strafmilderungsgrunds der versuchten Tatbegehung keine Gründe vorliegen, den ordentlichen Strafraumen zu verlassen (Urk. 57 S. 29). 1.2. Da aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) vorliegend nur die Bestrafung mit Geldstrafe in Frage kommt, kann eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob nicht eine Freiheitsstrafe angemessen wäre, unterbleiben. 2.1. Den Erwägungen der Vorinstanz zur objektiven Tatschwere (Urk. 57 S. 30 f.) kann vollumfänglich gefolgt werden, weshalb darauf verwiesen werden kann. Ins- besondere ist sie zu Recht zum Schluss gekommen, dass es sich bei der Delikts- summe von Fr. 143'938.50 um einen beträchtlichen Betrag handelt, welcher der Arbeitslosenkasse einen erheblichen Schaden verursacht hätte, wenn die Delin- quenz nicht im Versuchsstadium stecken geblieben wäre. Dennoch sind beim Tatbestand des Betrugs weitaus höhere Deliktsbeträge denkbar. Die Erstellung der vier fingierten Arbeitsverträge war mit einem beträchtlichen Aufwand verbun- den, und der Zeitraum, in dem die Delikte begangen wurden, erstreckte sich über mehrere Wochen. Dass die Vorinstanz die objektive Tatschwere als nicht mehr leicht einstuft, kann daher nicht beanstandet werden. 2.2. Was das subjektive Tatverschulden angeht, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass dem Beschuldigten als ausgebildeten Betriebswirtschaftler die Tragweite seines Handelns bewusst war. Auch wenn über die Hintergründe der Taten nichts bekannt ist und insbesondere nicht bekannt ist, ob die Zahlungen der Arbeitslo- senkasse, die der Beschuldigte deliktisch auszulösen versuchte, letztendlich teil- weise oder ganz an weitere Personen geflossen wären, kann entgegen den Er- wägungen der Vorinstanz ausgeschlossen werden, dass der Beschuldigte voll- ständig uneigennützig handelte, und sei es, dass es ihm nur um das Honorar für die für die Arbeitnehmer erbrachten Arbeiten ging. Erstellt ist damit, dass sein Mo- tiv eigennützig war. Erschwerend kommt hinzu, dass der Beschuldigte den vier Arbeitnehmern überhaupt erst ermöglichte, die entsprechenden Anträge auf In- solvenzentschädigung bei der Arbeitslosenkasse zu stellen, hätten deren Anträge doch ohne die fiktiven Arbeitsverträge keine Chance auf Erfolg gehabt. Der Be-

- 32 - schuldigte handelte in allen vier Fällen mit direktem Vorsatz. Dass die Delikte in allen vier Fällen im Versuchsstadium stecken blieben, ist nicht dem Verhalten des Beschuldigten, sondern dem sorgfältigen Vorgehen der Mitarbeiter der Arbeitslo- senkasse zuzuschreiben, weshalb sich dies nur marginal zugunsten des Beschul- digten auswirken kann, zumal er aus seiner Sicht alles zur Verwirklichung des Taterfolgs Nötige unternommen hatte und somit vollendete Versuche vorliegen. Ob dem Beschuldigten bewusst war, dass die Mitarbeiter der Arbeitslosenkasse aufgrund des im Handelsregister eingetragenen Zwecks der E. \_\_\_\_\_ GmbH miss- trauschlich werden könnten, darf angesichts dessen, dass seine Tatausführung auch sonst nicht sehr durchdacht war und insbesondere reihenweise Dokumente exis- tierten, die zu den Arbeitsvertragsurkunden im Widerspruch standen, bezweifelt werden. Dies deutet vielmehr darauf hin, dass der Beschuldigte die durch den Konkurs der E. \_\_\_\_\_ GmbH entstandene Möglichkeit zur Geltendmachung von

Insolvenzenschädigung relativ spontan und ohne lange Vorbereitungen auch in Fällen ergriff, in denen mangels Arbeitsverhältnis kein derartiger Anspruch bestand. Insgesamt gesehen muss aber auch in subjektiver Hinsicht von einem nicht mehr leichten Verschulden ausgegangen werden. 2.3. In Würdigung aller für die Tatkomponente massgeblichen Faktoren erweist sich die von der Vorinstanz festgelegte Einsatzstrafe von 240 Tagessätzen als sehr tief. Da, wie nachfolgend zu begründen sein wird, im Rahmen der Täterkomponente keine strafzumessungsrelevanten Faktoren vorliegen und die Vorinstanz auf eine Geldstrafe in Höhe von 240 Tagessätzen erkannte, die aufgrund des bereits angeführten Verschlechterungsverbots von der Berufungsinstanz nicht erhöht werden kann, kann vorliegend aber offen bleiben, ob eine höhere Einsatzstrafe angezeigt gewesen wäre. 3. Bezüglich der Täterkomponente kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 32 ff.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte zu seiner Person aus, dass er inzwischen nicht mehr erwerbstätig sei, weil seine neunjährige Tochter unter Angststörungen leide und intensiv betreut werden müsse (Prot. II S. 8). Im Übrigen sind seine persönlichen Verhältnisse gemäss seiner Darstellung unver-

- 33 - ändert (vgl. Prot. II S. 6-10). Aus der Biographie des Beschuldigten lassen sich weder Straferhöhungs- noch Strafminderungsgründe ableiten. Dass der Beschuldigte keine Vorstrafen aufweist, ist strafzumessungsneutral zu bewerten, weil gemäss bundesgerichtlicher Praxis gesetzeskonformes Verhalten keinen Strafmin- derungsgrund darstellt (BGE 136 IV 1). Da der Beschuldigte im Berufungsverfahren weiterhin ungeständig war und demzufolge weder Reue noch Einsicht erkennbar sind, wirkt sich auch das Nachtatverhalten des Beschuldigten auf die Strafzumessung nicht aus. 4. Da die Täterkomponente für die Strafzumessung nicht ins Gewicht fällt, bleibt es bei der Bestrafung mit 240 Tagessätzen Geldstrafe. 5. Für die Berechnung der Tagessatzhöhe kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Zwar machte der Beschuldigte geltend, nunmehr Hausmann zu sein und über kein Einkommen zu verfügen (Urk. 65/1 S. 2; Prot. II S. 8). Dies begründete er wie bereits ausgeführt damit, dass seine neunjährige Tochter unter einer schweren Angsterkrankung leide und er sie intensiv betreue (Prot. II S. 8). Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist indes im Fall, da die Einkünfte hinter dem zurückbleiben, was der Beschuldigte in zumutbarer Weise verdienen könnte, von einem hypothetischen Einkommen auszugehen (BGE 134 IV 102 E. 6.1). Der Beschuldigte macht nicht geltend, als Betriebsökonom mit abgeschlossenem Hochschulstudium nicht in der Lage zu sein, neben der Betreuung seiner die Primarschule besuchenden Tochter (Prot. II S. 10) ein monatliches Einkommen von Fr. 3'000.-, welches die Vorinstanz ihrer Berechnung zugrunde legte, erwirtschaften zu können. Da auf der Ausgabenseite des Beschuldigten keine Veränderungen eingetreten sind und eine Erhöhung des Tagessatzes aufgrund des schon mehrfach angesprochenen Verschlechterungsverbots ohnehin nicht zur Diskussion steht, ist die Tagessatzhöhe mit der Vorinstanz auf Fr. 60.- festzulegen. 6. Somit ist der Beschuldigte in Bestätigung des Urteils der Vorinstanz mit einer Geldstrafe in Höhe von 240 Tagessätzen zu Fr. 60.- zu bestrafen.

- 34 - VI. Vollzug Aufgrund des Verschlechterungsverbots und angesichts dessen, dass sich die Vorinstanz für die mildeste Variante des Vollzugs entschieden hat, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit diesem Thema und ist der Vollzug der Geldstrafe in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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