

ZH_OBERGERICHT SB170097 vom 31. Juli 2017

ZH Obergericht, 2017-07-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170097

FR: ZH_OBERGERICHT SB170097 du 31 juillet 2017

IT: ZH_OBERGERICHT SB170097 del 31 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Mit Urteil vom 15. Dezember 2016 sprach das Bezirksgericht Uster den Beschuldigten des versuchten Betrugs schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten. Die Verfahrenskosten wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 46 S. 26 f.). Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft rechtzeitig die Berufung an (Urk. 37) und reichte mit Eingabe vom 13. Februar 2017 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 3. März 2017 wurde diese dem Beschuldigten und der Privatklägerin zugestellt, um allenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 50). Der Beschuldigte verzichtete auf Anschlussberufung und das Stellen eines Nichteintretensantrags (Urk. 54). Die Privatklägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

E. 1.2

Mit Eingabe vom 22. März 2017 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass der Beschuldigte aufgrund eines Versehens bereits aus der Haft entlassen worden sei. Das Gefängnis habe den Beschuldigten nach Ablauf der erstinstanzlich verhängten Freiheitsstrafe von 8 Monaten dem Migrationsamt zugeführt, welches ihn nach Polen ausgeschafft habe. Es sei daher davon auszugehen, dass der Be-

- 5 - schuldigte nicht zur Berufungsverhandlung erscheinen werde. Nachdem im Berufungsverfahren lediglich die Strafzumessung angefochten sei, werde sich die Staatsanwaltschaft mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden erklären, falls seitens der Verteidigung ein Gesuch um Dispensation des Beschuldigten von der Berufungsverhandlung eingehen sollte (Urk. 53; vgl. auch Urk. 48 und 49). Mit Schreiben vom 27. März 2017 ersuchte die Verteidigung um Dispensation des Beschuldigten von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung und Durchführung des schriftlichen Verfahrens (Urk. 54). Am 6. April 2017 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist zur Stellung von Berufungsanträgen und deren Begründung angesetzt (Urk. 56). Mit Eingabe vom 24. April 2017 (Datum Poststempel) reichte die Staatsanwaltschaft die Berufungsbegründung ein (Urk. 58), die dem Beschuldigten zur Berufungsantwort sowie der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmung zugestellt wurde (Urk. 59). Die Vorinstanz teilte mit, dass auf Vernehmung verzichtet werde (Urk. 61). Die Verteidigung reichte mit Eingabe vom 9. Mai 2017 die Berufungsantwort ein (Urk. 62).

E. 2

Umfang der Berufung Die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt sich auf die Bemessung der Strafe (Urk. 47 S. 1). Weder der Beschuldigte noch die Privatklägerin erhoben Berufung bzw. Anschlussberufung. Das vorinstanzliche Urteil ist somit bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch wegen versuchten Betrugs), 4 und 5 (Entscheid über beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte) sowie 6 bis 9 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO), was vorab festzustellen ist.

E. 3

Strafzumessung

E. 3.1

Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz des versuchten Betrugs schuldig gesprochen (Urk. 46 S. 26). Für dieses Delikt ist eine angemessene Strafe festzusetzen. In Bezug auf den Strafrahmen und die Grundsätze der Strafzumessung kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 46 S. 17 f.).

- 6 -

E. 3.2

Die Vorinstanz qualifizierte das Tatverschulden insgesamt als leicht und setzte eine hypothetische Einsatzstrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe fest (Urk. 46 S. 20). Die Staatsanwaltschaft erachtet die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe als zu mild. Angesichts des Tatvorgehens seien 12 bis 15 Monate Freiheitsstrafe angemessen (Urk. 58 S. 2).

E. 3.2.1

Bei Vermögensdelikten ist der Deliktsbetrag ein wichtiger strafzumessungsrelevanter Faktor (Urteil des Bundesgerichts 6B_964/2014 vom 2. April 2015 E. 1.4.3. mit Hinweisen). Bei der Bewertung der objektiven Tatschwere berücksichtigte die Vorinstanz daher zu Recht die angestrebte Deliktsumme von Fr. 31'000.– (Urk. 46 S. 18). Verglichen mit anderen Betrugsfällen ist diese Deliktsumme zwar nicht als hoch einzustufen (anders die Vorinstanz, Urk. 46 S. 18). Andererseits ist anzumerken, dass dieser Betrag mit der Begehung eines Betrugsdelikts hätte erlangt werden sollen, was auf eine hohe kriminelle Energie hinweist. Das Tatvorgehen ist als professionell, planmässig und gut organisiert einzustufen. Der Beschuldigte und seine Mittäter wirkten arbeitsteilig zusammen. Während ein unbekannter Mittäter (sog. Keiler) die Privatklägerin telefonisch kontaktierte und versuchte, sie zur Herausgabe des Geldes zu bewegen, begab sich der Beschuldigte an den Wohnort der Privatklägerin in die Schweiz, um das Geld abzuholen. Dabei stand er in telefonischem Kontakt mit einem unbekanntem Mittäter namens "... " [Buchstabe], der sich nicht vor Ort begab. Die Anrufe bei der Privatklägerin erfolgten von zwei polnischen Telefonnummern aus, deren Benutzer nicht eruiert werden konnten (Urk. 1/2 S. 2; Urk. 2/2). Der Beschuldigte benutzte für die Tatausführung ein separates Mobiltelefon, auf dem lediglich der Kontakt von "... " (ohne weitere Angaben) gespeichert war (Urk. 1/2 S. 2 f.; Urk. 3/2 S. 3 f. und 7; Urk. 3/4 S. 8 und 12; Urk. 3/5 S. 4; Urk. 31 S. 6 f.). Von einem professionellen Vorgehen zeugt auch der Umstand, dass die Privatklägerin vom Keiler dazu aufgefordert wurde, ihm am Telefon die Stückelung und Seriennummern der Banknoten mitzuteilen. Damit wurde eruiert, ob sie tatsächlich über das Geld verfügt (vgl. Urk. 1/1 S. 2 f. und 4). Die Tatausführung wurde in der Folge denn auch abgebrochen. Das angewandte Vorgehen erscheint skrupellos und perfid. So gab sich der Keiler gegenüber der

Privatklägerin als Bekannter von ihr aus und täuschte vor, sich in einer finanziellen Notlage zu befinden. Wie erwähnt, wurde

- 7 - die Privatklägerin um Fr. 31'000.– gebeten, was für eine Privatperson in der Regel einen erheblichen Betrag darstellt. Das Ziel wurde von der Täterschaft hartnäckig verfolgt. Im Verlauf eines Nachmittags erfolgten zahlreiche Telefonanrufe bei der Privatklägerin, wobei sie emotional und zeitlich unter Druck gesetzt wurde. Der Beschuldigte war – wie er unter anderem durch Anerkennung des Schuld- spruchs auch einräumt – nicht nur Gehilfe, sondern Mittäter. Die Vorinstanz hielt im Rahmen der rechtlichen Würdigung zutreffend fest, dass das Abholen des Geldbetrags in der Höhe von mehreren zehntausend Franken im Rahmen des Betrugsvorgangs eine verantwortungsvolle und unabdingbare Tätigkeit darstellt (Urk. 46 S. 15). Die Aussagen des Beschuldigten zur Begegnung mit seinem Mit- täter "... " im Vorfeld der Tat sowie zu den weiteren Einzelheiten des Tatablaufs (Urk. 3/2 S. 3 ff.; Urk. 3/4 S. 6 ff.; Urk. 3/5 S. 2 ff.; Urk. 31 S. 6 ff.) erweisen sich teilweise als ungläubhaft. Lebensfremd erscheint insbesondere, dass er "... " le- diglich vom Sehen kennt und von ihm quasi spontan als Abholer des Geldes ein- gesetzt wurde (vgl. dazu Urk. 3/4 S. 6 f.; Urk. 31 S. 7), zumal es um einen nicht unerheblichen Betrag von Fr. 31'000.– ging. "... " hätte diese Aufgabe wohl kaum einer ihm nicht näher bekannten Person übertragen. Andererseits kann dem Be- schuldigten nicht nachgewiesen werden, dass er beim vorliegenden Delikt mehr als eine untergeordnete Rolle einnahm. Der Beschuldigte richtete sein Verhalten nach den Anweisungen von "... " und übernahm die risikobehaftete Tätigkeit des Geldabholers. Dies führte schliesslich auch dazu, dass der Beschuldigte verhaftet werden konnte, während die Identität der übrigen Beteiligten nicht eruiert werden konnte. Mit der Vorinstanz (Urk. 46 S. 18) relativiert die vom Beschuldigten bei der Tatausführung eingenommene Rolle die objektive Tatschwere etwas. Bei die- ser Sachlage ist das objektive Verschulden insgesamt als noch leicht einzustufen.

E. 3.2.2

Was die subjektive Tatschwere betrifft, so steht ausser Frage, dass der Be- schuldigte direktvorsätzlich an der Tatausführung mitwirkte. Der Beschuldigte machte geltend, nicht gewusst zu haben, welchen Geldbetrag er bei der Privat- klägerin hätte abholen sollen (Urk. 3/2 S. 5 f.; Urk. 3/4 S. 9; Urk. 31 S. 7 f.). Es muss ihm aber bewusst gewesen sein, dass sich der betriebene Aufwand und das eingegangene Risiko nur für grössere Beträge lohnen. Das versprochene Entgelt

- 8 - von immerhin Euro 2'000.– war ebenfalls ein Hinweis darauf, dass sich das Delikt auf die Erzielung eines grösseren Vermögenswerts richtete. Angesichts des Ver- haltens des Beschuldigten muss zudem davon ausgegangen werden, dass er be- reit gewesen wäre, einen grundsätzlich nach oben offenen Deliktsbetrag zu über- nehmen und weiterzuleiten. Das Motiv für die Tat war finanzieller Natur (vgl. dazu Urk. 3/4 S. 7 f.; Urk. 31 S. 8). Im Zeitpunkt der Tatbegehung war der Beschuldigte erwerbstätig und verfügte nicht über Schulden (Urk. 3/2 S. 8; Urk. 3/5 S. 11 f.; Urk. 31 S. 2 ff.). Dass er sich in einer eigentlichen finanziellen Notlage befand, ist deshalb nicht ersichtlich und wurde von ihm im Übrigen auch nicht geltend ge- macht. Insgesamt vermögen die subjektiven Momente das objektive Tatverschul- den nicht zu relativieren. Damit ist nach wie vor von einem noch leichten Tatver- schulden auszugehen.

E. 3.2.3

Der Versuch führt vorliegend lediglich zu einer geringen Strafreaktion. Dass es bei der versuchten Tatbegehung blieb, ist nicht einem Sinneswandel, sondern den äusseren Umständen zuzuschreiben. Von Seiten der Täterschaft wurde alles unternommen, um zum Erfolg zu kommen. Der Beschuldigte selbst entfernte sich erst vom Tatort, als nicht mehr mit der Geldübergabe gerechnet werden konnte (vgl. dazu auch die Vorinstanz, Urk. 46 S. 10 f.). Etwas anderes wird auch von ihm nicht geltend gemacht (Urk. 3/2 S. 6; Urk. 3/4 S. 6 und 11; Urk. 31 S. 8). Insgesamt erweist sich daher eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 12 Monaten als angemessen. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 6 Monaten erscheint aufgrund der zielgerichteten, professionellen und organisierten Vorgehensweise der Täterschaft als zu mild.

E. 3.3

Nebst den Tatkomponenten sind für die Bemessung der Strafe auch die Täterkomponenten zu beachten. Dazu zählen die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere Vorstrafen) sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren.

E. 3.3.1

Die Vorinstanz hat sich zutreffend zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten geäussert und dessen Biografie korrekt wiedergegeben. Auf diese

- 9 - Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 46 S. 20). Mit der Vorinstanz ist zu konstatieren, dass sich daraus keinerlei strafzumessungsrelevanten Erkenntnisse gewinnen lassen. Die persönlichen Verhältnisse wirken sich strafzumessungsneutral aus.

E. 3.3.2

Der Beschuldigte ist in der Schweiz nicht vorbestraft (Urk. 10/2). Er hat indes in Polen mehrere Vorstrafen erwirkt. Im Ausland begangene Straftaten und dort verbüsste Strafen bilden ebenso wie im Inland erlittene Vorstrafen Bestandteil des Vorlebens des Täters und dürfen bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_258/2015 vom 26. Oktober 2015 E. 1.2.1.). Im polnischen Strafregister sind zwei Verurteilungen aus den Jahren 2013 und 2014 eingetragen. Am 3. Juli 2013 wurde der Beschuldigte in B._____ [Stadt in Polen] wegen Fahrens im angetrunkenen Zustand mit einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen bestraft (Urk. 10/3/1-2; Urk. 10/4/1-2). Am 16. April 2014 wurde er in B._____ wegen Betrugs und Diebstahls mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten sowie mit einer Geldstrafe von 200 Tagessätzen bestraft (Urk. 10/3/1-2; Urk. 10/4/1-2; Urk. 28 S. 3). Die zweite Verurteilung erfolgte im Wesentlichen wegen einer grossen Anzahl von Betrugsdelikten (vgl. Urk. 28 S. 3), wobei es sich – wie auch vom Beschuldigten eingeräumt wurde – um Einzeltrickbetrüge handelte (Urk. 3/4 S. 12 ff.; Urk. 10/4/1-2; Urk. 31 S. 4 f.). Der Beschuldigte räumte ein, Teil einer Gruppe gewesen zu sein, die Geld ergaunert habe (Urk. 3/4 S. 13; Urk. 31 S. 4 f.). Auf die Frage, welche Rolle ihm innerhalb der Gruppe zugekommen sei, gab er an: "Eigentlich alles, ausser telefonieren bzw. Personen anrufen" (Urk. 31 S. 5). Der Beschuldigte ist somit in Polen wegen identischer Delikte vorbestraft. Im Rahmen jenes Strafverfahrens befand er sich rund 1 ½ Jahre in Haft (Urk. 3/4 S. 14; vgl. auch Urk. 28 S. 4). Gemäss den Angaben des Beschuldigten sei der Aufenthalt im Gefängnis sehr schlimm für ihn gewesen (Urk. 3/5 S. 12; Urk. 31 S. 5). Dennoch wurde er nur wenige Jahre später erneut straffällig. Die Vorinstanz hat sodann zutreffend darauf hingewiesen, dass die vorliegend zu beurteilende Straftat noch während laufender Probezeit der zweiten Vorstrafe begangen wurde (Urk. 46

S. 21), was auf eine ausgeprägte Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit schliessen lässt. Insgesamt erscheint die von der Vo-

- 10 - rinstanz aufgrund der Vorstrafen des Beschuldigten vorgenommene Erhöhung von rund drei Monaten (Urk. 46 S. 21) angemessen.

E. 3.3.3

Der Beschuldigte war bereits in der Untersuchung grundsätzlich geständig (Urk. 3/5 S. 10). Den Anklagesachverhalt anerkannte er vor Vorinstanz vollumfänglich (Urk. 31 S. 6). Der Staatsanwaltschaft (Urk. 58 S. 2) ist beizupflichten, dass der Beschuldigte – vor allem zu Beginn der Untersuchung – nur zögerlich ausgesagt und dazu tendiert hat, sein Verhalten zu verharmlosen bzw. seine Tatbeteiligung herunterzuspielen. So gab er in der polizeilichen Einvernahme kurz nach seiner Verhaftung etwa an, dass er von einem ihm unbekanntem Mann in die Schweiz geschickt worden sei, um hier etwas abzuholen. Er sei erst vor Ort darüber informiert worden, dass es dabei um Geld gehe, und nicht davon ausgegangen, dass er etwas Verbotenes mache (Urk. 3/2 S. 3 ff.). Auch im späteren Verlauf des Verfahrens machte er nur zurückhaltend Zugeständnisse. Insbesondere machte er keine Angaben, die zur umfassenden Aufklärung des Delikts sowie zur Identifizierung seiner Mittäter hätten führen können (vgl. dazu etwa Urk. 3/5 S. 6 f.). Diesbezüglich brachte die Verteidigung vor, der Beschuldigte habe seine Hintermänner aus Angst um sich und seine Familie nicht verraten wollen. Er habe Repressalien befürchtet (Urk. 62 S. 3). Dies ändert aber nichts daran, dass dem Beschuldigten keine spezielle Kooperationsbereitschaft bescheinigt werden kann. In Anbetracht der vorliegenden Beweislage kann dem Beschuldigten auch nicht attestiert werden, er habe von sich aus Straftaten offengelegt, die ihm nicht hätten nachgewiesen werden können. Mit seinem Geständnis hat er jedoch massgeblich zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens beigetragen. Echte Einsicht und Reue waren beim Beschuldigten in der Untersuchung noch nicht ersichtlich. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung gab der Beschuldigte auf entsprechende Frage immerhin an, sein Vorgehen sei sehr schlecht gewesen (Urk. 31 S. 9). Er entschuldigte sich zudem bei der Privatklägerin (Prot. I S. 7). Vor diesem Hintergrund erweist es sich als angemessen, dem Beschuldigten unter dem Titel des Nachtatverhaltens eine leichte Strafreduktion zu gewähren.

E. 3.4

Während sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten strafzumessungsneutral verhalten, sind seine beiden Vorstrafen und die Delinquenz während

- 11 - laufender Probezeit strafferhöhend zu berücksichtigen. Das Nachtatverhalten des Beschuldigten ist – wie bereits dargelegt – strafmindernd zu veranschlagen. Im Ergebnis gleichen sich die strafferhöhenden und -mindernden Komponenten aus, so dass es bei der hypothetisch festgesetzten Einsatzstrafe bleibt. Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu bestrafen. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe fällt angesichts des strafrechtlichen Vorlebens des Beschuldigten (vgl. dazu E. 3.3.2.) ausser Betracht.

E. 3.5

Der Beschuldigte hat im vorliegenden Verfahren insgesamt 243 Tage Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden (vgl. Urk. 7/1; Urk. 48 f. und 53), die ihm an die Freiheitsstrafe anzurechnen sind (Art. 51 StGB).

E. 4

Strafvollzug

E. 4.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschieb nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Zu berücksichtigen sind auch ausländische Urteile, wenn die im Ausland beurteilte Tat auch in der Schweiz strafbar wäre (doppelte Strafbarkeit), das Mass der verhängten Strafe den Grundsätzen des schweizerischen Rechts entspricht und das ausländische Strafverfahren fair war (Urteil des Bundesgerichts 6B_258/2015 vom 26. Oktober 2015 E. 2.2.2. mit Hinweisen).

E. 4.2

Wie bereits erwähnt, wurde der Beschuldigte am 16. April 2014 in B._____ zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten sowie einer Geldstrafe von 200 Tagessätzen verurteilt (Urk. 10/3/1-2; Urk. 28 S. 3). Anhaltspunkte dafür, dass das damalige Verfahren gegen den Beschuldigten nicht fair gewesen sein könnte, liegen nicht vor, zumal dieser die ihm zur Last gelegten Delikte nicht bestreitet. Die Gewährung des bedingten Vollzugs der vorliegend ausgesprochenen Strafe ist daher nur möglich, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Wie

- 12 - erwähnt, ist der Beschuldigte bereits mehrfach vorbestraft. Er wurde nur wenige Jahre nach der letzten Verurteilung im April 2014 erneut (einschlägig) straffällig. Von der neuerlichen Delinquenz liess er sich auch durch die laufende Probezeit nicht abhalten. Hinweise darauf, dass sich die Lebenssituation des Beschuldigten, namentlich in Bezug auf seine finanziellen Verhältnisse, entscheidend geändert hätte oder eine andere, besonders positive Veränderung in seinen Lebensumständen eingetreten wäre, liegen nicht vor. Die heute auszufällende Freiheitsstrafe ist daher unbedingt auszusprechen.

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen sind. Diese Kosten sind nicht abzuschreiben. Zwar mag sich der Beschuldigte derzeit in knappen wirtschaftlichen Verhältnissen befinden. Dies schliesst aber nicht aus, dass er dereinst wieder einmal in eine günstige finanzielle Situation kommen kann, sei dies etwa durch eigenen Arbeitserwerb oder auch Vermögensanfall sonstiger Art. Es wäre somit nicht gerechtfertigt, den Beschuldigten bereits im jetzigen Zeitpunkt von der Tragung der Kosten des Berufungsverfahrens definitiv zu entbinden. Auf seine wirtschaftliche Situation kann zudem im Rahmen des Kostenbezugs Rücksicht genommen werden. Die Kosten für die amtliche Vertretung im Berufungsverfahren im Betrag von Fr. 1'573.50 (Urk. 63) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. Es wird beschlossen:

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