

ZH_OBERGERICHT SB180491 vom 7. Mai 2019

ZH Obergericht, 2019-05-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180491

FR: ZH_OBERGERICHT SB180491 du 7 mai 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180491 del 7 maggio 2019

Erwägungen

E. 23

August 2018 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Betrugs, des geringfügigen Betrugs, des Fahrens im fahrunfähigen Zustand, des Hausfriedensbruchs, des geringfügigen Diebstahls, der geringfügigen Sachbeschädigung sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und mit 12 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 900.– bestraft. Hinsichtlich der Freiheitsstrafe wurde der Vollzug angeordnet. Der Beschuldigte wurde zudem für 5 Jahre des Landes verwiesen und schliesslich dazu verpflichtet, diversen Privatklägern Schadenersatz zu zahlen (Urk. 142). Dagegen erhob der Beschuldigte innert Frist Berufung (Urk. 48, betr. Fristenlauf vgl. Prot. I S. 18 und Urk. 45/2). Mit Berufungserklärung vom 19. November 2018, welche ebenfalls rechtzeitig erfolgte (vgl. Urk. 83/2), liess er mitteilen, das Urteil der Vorinstanz werde in Teilen angefochten, namentlich bezüglich der Dispositivziffern 1-5 sowie 15 und somit bezüglich des Schuldpunkts (ohne Schuldigsprechung wegen Fahrens im fahrunfähigen Zustand), der Bemessung der Strafe, der Anordnung der Landesverweisung sowie des Zivilanspruchs des Privatklägers 6 (Urk. 144). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und das Stellen von Anträgen (Urk. 149). Vorab ist mittel Beschluss festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz hinsichtlich der Dispositivziffern 1, Spiegelstrich 3 (Schuldpruch wegen Fahrens im fahrunfähigen Zustand), 6 (Absehen von der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS), 7-9 (Einziehung, Herausgabe), 10-14 und 16-39 (Zivilansprüche) sowie 40-43 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) unangefochten geblieben und folglich in Rechtskraft erwachsen ist. An der Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und sein Verteidiger (Prot. II. S. 3). Das Verfahren erweist sich heute als spruchreif.

- 10 - II. Sachverhalt Der Beschuldigte hat sämtliche Anklagesachverhalte gemäss Dossier Nr. 2, 3-48 und 50 anerkannt (Urk. 154 S. 7, Prot. II. S. 11). Ob hinsichtlich der Betrugsvorwürfe (schlicht) von mehrfacher Tatbegehung, wie die Verteidigung geltend macht, oder von Gewerbsmässigkeit auszugehen ist, wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu beurteilen sein, ebenso, ob hinsichtlich Dossier Nr. 2 ein rechtsgültiger Strafantrag gegeben ist oder nicht. Den Anklagesachverhalt hinsichtlich Dossier Nr. 51 hat der Beschuldigte teilweise anerkannt. Der Tathergang als solcher (begangen von seinem Kollegen C._____) ist nicht bestritten, hingegen stellt der Beschuldigte in Abrede, den entsprechenden Diebstahl in Mittäterschaft mit C._____ begangen zu haben (vgl. Urk. 154 S. 11 f. sowie Prot. II S. 11). Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dem Beschuldigten sei im Voraus bewusst gewesen, dass der Mitbeschuldigte C._____ im entsprechenden Laden Geld stehlen wollte (Urk. 142 S. 20 f.). Dies ergibt sich bereits aus der polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten unmittelbar nach der Tat, wonach C._____ ihm (dem Beschuldigten) gesagt habe, er gehe in den Laden, um zu schauen, ob er Geld finde. Der

Beschuldigte erklärte sich damit einverstanden; er habe im Auto gewartet und geschaut, dass niemand komme (D51 Urk. 6 S. 1). Dies bestätige der Beschuldigte im Wesentlichen auch an der Berufungsverhandlung: C._____ habe ihm gesagt, er solle im Auto Wache halten, was er auch getan habe. Er habe aufgepasst und hätte seinen Kollegen gewarnt, wenn jemand gekommen wäre (Prot. II S. 12). Inwiefern dies als Mittäter- oder Helferschaft zu werten ist, wird bei der rechtlichen Würdigung zu klären sein. III. Rechtliche Würdigung Gewerbsmässiger Betrug, Dossier Nr. 3-48: Der Beschuldigte hat anerkannt, im Zeitraum 13. Oktober 2017 bis 2. Februar 2018 in insgesamt 46 Fällen (Dossier Nr. 3-48) tatbestandsmässig im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB gehandelt zu haben. Die mehrfache Tatbegehung an sich

- 11 - steht somit nicht zur Diskussion. Zu klären bleibt, ob das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit nach Art. 146 Abs. 2 StGB erfüllt ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht hinsichtlich Gewerbsmässigkeit vom Begriff des berufsmässigen Handelns aus. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Eine "nebenberufliche" deliktische Tätigkeit kann genügen. Wesentlich ist zudem, dass sich der Täter, wie aus den Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen. Es ist notwendig, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und aufgrund seiner Taten geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl solcher bereit gewesen (BGE 119 IV 129, 132 f.). Wie viele Straftaten vorausgesetzt sind, lässt sich nicht genau beziffern. Es ist zu berücksichtigen, in welchem Zeitraum und mit welchem Deliktsumme diese verübt wurden. So kann ein 5-fach begangener Diebstahl im Betrag von total Fr. 2'000.- innerhalb einer Woche genügen, die gleiche Anzahl von Delikten mit gleicher Deliktsumme innerhalb eines Jahres hingegen nicht (Niggli/Wiprächtiger, BSK StGB II, N 89, 97 zu Art. 139 mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Im Zeitraum vom 13. Oktober bis 8. Dezember 2017 beging der Beschuldigte 41 Betrugshandlungen (Dossier Nr. 3-43), vom 3. Januar bis 2. Februar 2018 fünf weitere solche (Dossier Nr. 44-48). Der Deliktserlös beläuft sich auf ca. Fr. 10'000.-. Es handelt sich um eine hohe Anzahl von Einzelakten über einen Zeitraum von ca. 3 Monaten, bei welchen der Beschuldigte stets nach demselben Muster vorging. Auf entsprechende Verdachtsmeldung hin liess die Staatsanwaltschaft sämtliche Konten des Beschuldigten bei der Post, über welche die inkriminierten Zahlungen gelaufen waren, mit Verfügung vom 18. Dezember 2017 sperren (Urk. 1/1 und 4/1). Damit kam es vorübergehend zu einem (unfreiwilligen) Unterbruch der Betrugshandlungen. Sein Vorhaben setzte der Beschuldigte per Ja-

- 12 - nuar 2018 jedoch auf gleiche Weise wie bisher fort und manifestierte damit seinen Willen zur fortgesetzten Tatbegehung. Bei Dossier Nr. 3-48 ist somit insgesamt von zusammenhängenden Taten im Sinne einer Betrugsserie auszugehen. Über legales Einkommen verfügte der Beschuldigte im entsprechenden Zeitraum und auch davor nicht. Per Oktober 2017 erhielt er zudem keine finanzielle Unterstützung mehr vom Sozialamt (bestätigt in Prot. II S. 9), was zeitlich mit dem Beginn der Betrugsserie zusammenfällt. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit den Betrugshandlungen ein

Ersatzeinkommen anstrebte (und auch tatsächlich erzielte), um damit seinen Lebensunterhalt zu finanzieren (vgl. Urk. 3/1 S. 7 und Urk. 3/6 S. 20; er habe das Geld zum Leben gebraucht, er sei ohne Arbeit gewesen und habe auch von der Gemeinde nichts mehr erhalten). Für die Qualifikation spielt es keine Rolle, dass der Beschuldigte für die Deliktsbegehung allenfalls relativ wenig Zeit und Mittel aufwenden musste, wie von der Verteidigung geltend gemacht (Urk. 41 S. 5). Denn mit seinem systematischen, immer gleichgearteten Vorgehen hatte er sich geradezu darauf eingerichtet, auf einfache Art und Weise regelmässig Einnahmen zu erzielen. Darin ist auch die Sozialgefährlichkeit seines Verhaltens zu sehen. Der Umstand, dass im Einzelnen von geringfügigen Betrugshandlungen im Sinne von Art. 172ter StGB auszugehen ist, steht der Qualifikation als Gewerbsmässigkeit nicht im Wege (vgl. Niggli/Wiprächtiger, BSK StGB II, N 10 zu Art. 172ter). Der Beschuldigte ist somit hinsichtlich Dossier Nr. 3-48 des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB schuldig zu sprechen. Eigenständige Betrugshandlung, Dossier Nr. 2: Der Betrug nach Dossier Nr. 2 bezieht sich auf einen Deliktobetrag unter Fr. 300.– und kommt damit im Bereich des geringfügigen Vermögensdelikts zu liegen. Eine allfällige Bestrafung erfolgt dabei nur auf Antrag hin (vgl. Art. 172ter StGB). Der Verteidigung ist beizupflichten, dass die Strafanzeige des Geschädigten vom 31. März 2017 allein für sich noch kein gültiger Strafantrag darstellt. Bloss damit wurde nicht ausreichend dargetan, die Strafverfolgung tatsächlich zu verlangen.

- 13 - Auch aus der polizeilichen Einvernahme des Geschädigten (D2 Urk. 3) geht nicht explizit hervor, dass dieser die Strafverfolgung des Beschuldigten wünschte. Die Konstitution als Privatkläger erfolgte erst ein Jahr später per 13. April 2018 (D2 Urk. 20) und damit nach Ablauf der dreimonatigen Antragsfrist nach Art. 31 StGB. Mangels Vorliegens eines rechtsgültigen Strafantrags ist das Verfahren in diesem Punkt deshalb einzustellen. Täterschaft oder Teilnahme, Dossier Nr. 51: Es ist unbestritten, dass der Mitbeschuldigte C. _____ im Hofladen die Geldkassette aufgebrochen hat, wobei ein Sachschaden von Fr. 30.– entstanden ist, und dass er daraus Bargeld im Betrag von Fr. 121.– entwendete. Der Beschuldigte gab zu Protokoll, währenddessen im Auto auf C. _____ gewartet und geschaut zu haben, dass niemand kommt. Der Beschuldigte wusste im entsprechenden Zeitpunkt, was C. _____ vorhatte. Fraglich ist, ob der Beschuldigte dabei als Mittäter oder als Gehilfe zu qualifizieren ist. Das blosses "Schmiere-Stehen" stellt in der Regel Gehilfenschaft und keine Mittäterschaft dar, es sei denn, die Beteiligten seien sich bewusst, dass der Tatbeitrag des Schmiere-Stehens derart wichtig war, dass ohne ihn das entsprechende Delikt gar nicht verübt worden wäre. Hinweise auf Mittäterschaft sind zudem die "Austauschbarkeit der Rollen" und bei Vermögensdelikten die Aufteilung der Beute unter den Beteiligten (Niggli/Wiprächtiger, BSK StGB I, N 11 vor Art. 24 mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Gehilfe nach Art. 25 StGB ist, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Der Gehilfe will die Haupttat fördern und nimmt zumindest in Kauf, dass seine Hilfeleistung die Haupttat erleichtert. Der Tatbeitrag des Gehilfen ist aber untergeordneter Natur und für die Verwirklichung des Delikts nicht derart wesentlich, dass sie mit ihm steht oder fällt (Niggli/Wiprächtiger, BSK StGB I, N 3 zu Art. 25 mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschuldigte als Hauptbeteiligter gelten soll, indem er auf Anweisung des Mitbeschuldigten C. _____ vor dem fraglichen Lokal Wache hielt, falls jemand von aussen den Laden betreten würde. Die Argumenta-

- 14 - tion der Vorinstanz geht fehl, wenn sie davon ausgeht, C._____ sei auf den Beschuldigten angewiesen gewesen, denn beim ersten Versuch habe er vom Diebstahl noch abgesehen, da sich weitere Personen im Raum aufgehalten hätten. Vor Dritten, die sich bereits im Laden aufhielten, hätte der Beschuldigte von aussen im Auto wartend ohnehin nicht warnen können. Der Beschuldigte wäre selbst nicht bereit gewesen, an Stelle von C._____ das Lokal zu betreten, um Geld zu stehlen. Solches ergibt sich weder aus den Umständen noch den Aussagen der Beteiligten. C._____ hatte sich denn auch spontan zur Tat entschieden, ohne den Beschuldigten im Detail zu instruieren (vgl. D51 Urk. 6 S. 1). Der Beschuldigte erhielt keinen Anteil am entwendeten Geld; dies war weder vereinbart noch hatte er dies erwartet. Er wollte die Tat nicht als eigene, sondern hatte sich lediglich bereit erklärt, vor dem Lokal Wache zu halten und in diesem Sinne das Vorhaben von C._____ zu unterstützen. Dies ist als un-tergeordneter Tatbeitrag zu erachten, der für die Tat zwar förderlich, aber nicht entscheidend war. Folglich ist wie von der Verteidigung angeführt davon auszu-gehen, dass der Beschuldigte bei der Tat von C._____ lediglich als Gehilfediene. Geringfügiger Diebstahl und geringfügige Sachbeschädigung im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB resp. Art. 144 StGB in Verbindung mit Art. 172ter StGB gelten als Übertretungen (Art. 103 StGB); Beihilfe hierzu ist nicht strafbar und der Beschuldigte hinsichtlich dieser Delikte deshalb freizusprechen. Fraglich bleibt, ob sich der Beschuldigte der Beihilfe zum Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB schuldig gemacht hat, zumal es sich hierbei um ein Vergehen handelt (Art. 10 Abs. 3 StGB; ein entsprechender Strafantrag liegt vor). Die Vorinstanz zitiert in diesem Zusammenhang BGE 108 IV 33, 39, wonach a priori zu vermuten sei, dass dem Publikum zu einem bestimmten Zweck geöffnete Räumlichkeiten nicht in Verfolgung anderer Zwecke betreten werden dürfe. Diese offene Formulierung erweist sich als heikel, wenn eine Person beispielweise ein Parkhaus oder ein Spital aus Interesse für die Architektur des Baus betritt, ohne parkieren resp. sich behandeln lassen zu wollen. Von einem entgegenstehenden

- 15 - Willen des Betreibers muss die entsprechende Person dabei nicht ausgehen (vgl. Niggli/Wiprächtiger, BSK StGB II, N 28 zur Art. 186). Der Wille des Hausherrn, das entsprechende öffentliche Gebäude nicht betreten zu dürfen, muss vielmehr deutlich geäußert werden, so beispielsweise, wenn gegen eine bestimmte Person ein Hausverbot verhängt wurde. Einfach nur fehlende Erlaubnis genügt nicht, ebenso wenig der hypothetische Wille, wonach der Berechtigte den Zutritt verweigert hätte, wenn er die wahre Absicht des Täters gekannt hätte. Wer also in Diebstahlsabsicht einen Selbstbedienungsladen betritt, begeht nicht Hausfriedensbruch (vgl. Trechsel/Pieth, StGB Praxiskommentar, N 15 zu Art. 186 mit Hinweisen). Dies ist der Verteidigung folgend unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragbar, wonach C._____ beim Betreten des Hofladens keinen Hausfriedensbruch beging, auch wenn er dies mit Diebstahlsabsicht tat. Ohne entsprechende Haupttat ist auch die Gehilfenschaft nicht gegeben. Fraglich ist bereits, ob die rein psychische Unterstützung, wenn der Täter einen öffentlich zugänglichen Laden betritt, überhaupt als Teilnehmehandlung gelten kann. Im vorliegenden Fall müsste dies angesichts des rein passiven Verhaltens des Beschuldigten verneint werden. Folglich ist der Beschuldigte des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB resp. der Gehilfenschaft hierzu freizusprechen. IV. Strafe und Vollzug Hinsichtlich des anwendbaren Rechts kann auch bei der im Berufungsverfahren auszufällenden Strafe auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 142 S. 33 f.). Sie hat zutreffend dargelegt, inwiefern das neue Sanktionenrecht sich für den Beschuldigten nicht günstiger auswirkt, weshalb das alte, zum Zeitpunkt der Tatbegehungen in Kraft

stehende Recht, zur Anwendung gelangt. Im Sinne des Grundsatzes der sog. lex mitior (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB) ist die Rechtslage vor dem 1. Januar 2018 anzuwenden. Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung zutreffend dargelegt, darauf ist zu verweisen (Urk. 142 S. 34 ff.). Der Strafrahmen beim gewerbsmässigen

- 16 - Betrug als schwerstes zu beurteilendes Delikt erstreckt sich von Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 146 Abs. 2 StGB). Zur objektiven Tatschwere des gewerbsmässigen Betrugs ist festzuhalten, dass der Beschuldigte zwar eine Vielzahl von Tathandlungen beging, jedoch über eine relativ kurze Zeit und im Einzelnen gesehen in geringfügigen Beträgen gegenüber den jeweiligen Geschädigten. Der Gesamtdeliktsbetrag beträgt jedoch ca. Fr. 10'000.– und ist damit beachtlich. Zudem liess er per Februar 2018 nicht etwa aus eigenen Stücken von weiteren Betrugshandlungen ab, sondern weil man ihm auf die Schliche gekommen war. Sein Vorgehen ist als dreist zu bezeichnen, dennoch bewegt er sich insgesamt noch im unteren Bereich der Fälle, die beim gewerbsmässigen Betrug denkbar sind. Entsprechend wiegt das Verschulden objektiv gerade noch leicht. Die Beschuldigte handelte aus egoistischen und finanziellen Motiven, was bei Vermögensdelikten aber die Regel ist und deshalb nicht zusätzlich ins Gewicht fällt. Von einer finanziellen Notlage, die ihn zu den Taten gezwungen hätte, ist nicht auszugehen. Insgesamt erweist sich eine Einsatzstrafe leicht unter 10 Monaten Freiheitsstrafe angemessen. Auf eine Geldstrafe ist nicht zu erkennen, denn der Beschuldigte hatte bereits zuvor sowohl unbedingte Geld- und ebensolche Freiheitsstrafen zu gegenwärtigen (vgl. Urk. 146), was ihn nicht davon abgehalten hat, erneut straffällig zu werden. Dies gilt auch nachfolgend. Hinsichtlich des Fahrens im fahruntüchtigen Zustand hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass beim Beschuldigten insgesamt lediglich von einem leichten Verschulden auszugehen ist. In Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist die Einsatzstrafe in geringem Umfang zu erhöhen; im Resultat ist diese auf 10 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Auch hinsichtlich der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes nach Art. 19a Ziff. 1 wiegt das Verschulden leicht. Von einer Bestrafung abzusehen ist dabei aber nicht, denn ein leichter Fall im Sinne von Ziff. 2 der genannten Bestimmung

- 17 - ist nicht gegeben: der Beschuldigte konsumierte anerkanntermassen über 3 Jahre hinweg täglich Marihuana (vgl. Prot. II S. 11). Sein Konsum dürfte für die heute zu beurteilenden Taten denn auch mitursächlich gewesen sein, was als strafwürdig zu erachten ist. Eine Busse von Fr. 300.– erscheint angemessen. Der Beschuldigte wurde am tt. März 1995 im Irak geboren (Urk. 10/2). Nach eigenen Angaben hat er drei Schwestern und zwei Brüder. Mit vier seiner Geschwister und mit der Mutter lebe er in D._____. Eine der Schwestern sei in den Irak zurückgekehrt. Die Familie wisse nicht, ob der Vater noch lebe, sein Verbleib sei unbekannt. Er habe im Irak den Kindergarten und die Schule von der 1. bis 6. Klasse besucht. Dann sei die Familie zuerst nach Jordanien und dann nach Syrien gezogen. In Jordanien habe er 1 Jahr Oberstufe gemacht, in Syrien 2 Jahre. Wegen dem Krieg in Syrien sei die Familie 2011 in die Schweiz gekommen. Die Familie habe in diversen Asylheimen gewohnt, seit ca. 6 Jahren seien sie nun in D._____. Dort habe er die Sekundarschule B besucht und danach das 10. Schuljahr in E._____ gemacht. Das Praktikum im Detailhandel habe er nach einem halben Jahr aus gesundheitlichen Gründen abgebrochen; den Job als Koch habe er wegen seiner Vorstrafen verloren. Eine abgeschlossene Ausbildung habe er nicht und es sei schwierig, eine Lehrstelle zu finden. Informatiker würde ihn interessieren. Der Beschuldigte hat Schulden, er lebt zu Hause bei

der Mutter und seinen Geschwistern, er geht keiner Arbeit nach und ist auf die Unterstützung der Mutter angewiesen. Er hat Schulden von Fr. 50'000.– (aktuell Prot. II S. 6 ff.). Der Beschuldigte hat angesichts des Krieges und der Flucht aus dem Irak eine schwierige Kindheit und Jugend erlebt (vgl. Prot. II S. 7). Insgesamt ist dies bei der Strafzumessung leicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Zwischen seiner prekären finanzielle Lage als Flüchtling und der heute zu beurteilenden Delinquenz besteht ein gewisser Zusammenhang. Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft (Urk. 146). Mit Strafbefehl der Jugendanwaltschaft See / Oberland vom 20. Februar 2014 wurde er wegen mehrfachen Betrugs und wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage mit einem bedingten Freiheitsentzug von 40 Tagen bestraft, wobei die Probezeit einmal verlängert und der bedingte Vollzug letztlich (angesichts

reiner Delinquenz) widerrufen wurde. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 15. Dezember 2014 wurde er wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie wegen Hinderung einer Amtshandlung zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen mit einer Probezeit von 4 Jahren bestraft. Der bedingte Vollzug wurde per Februar 2015 widerrufen. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wurde er wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung nach dem Ausländergesetz mit einer Freiheitssafe von 60 Tagen bestraft und am

E. 28

Juni 2016 bedingt entlassen mit einer Probezeit von einem Jahr sowie unter Bewährungshilfe. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 19. Oktober 2017 wurde er wegen Diebstals zu gemeinnütziger Arbeit von 360 Stunden verurteilt. Die Vorstrafen sind teils einschlägig, was deutlich strafehöhernd zu berücksichtigen ist. Der Beschuldigte war von Beginn an weitgehend geständig, er hat die Vielzahl der ihm vorgeworfenen Betrugshandlungen gänzlich anerkannt, was aber auch mit der ihn belastenden Beweislage zu tun hatte. Dennoch hat er damit die Untersuchung und das weitere Verfahren erleichtert, was deutlich strafmindernd zu berücksichtigen ist. Der Beschuldigte hat eingestanden, Fehler gemacht zu haben, er sei jung gewesen, habe kein Geld gehabt, aber so leben wollen wie alle anderen. Nun wolle er Arbeit finden und den Geschädigten das Geld zurückbezahlen (was bisher nicht erfolgt ist, Urk. 3/6 S. 20 f.). Von einer gewissen Einsicht kann ausgegangen werden. Dies ist ebenfalls strafmindernd zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung sämtlicher strafzumessungsrelevanter Faktoren bleibt es bei der eingangs festgesetzten Einsatzstrafe und der Beschuldigte ist insgesamt mit 10 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit Fr. 300.– Busse zu bestrafen. Die Strafe ist nicht als (teilweise) Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 19. Oktober 2017 auszusprechen, mit welchem der Beschuldigte zu gemeinnütziger Arbeit verurteilt wurde. Gemeinnützige Arbeit galt vor der Revision des Sanktionenrechts per 1. Januar 2018 noch als eigenständige Straftat (heute ist sie bloss noch Vollzugsform), weshalb vorliegend nicht von gleichartigen Strafen auszugehen ist und die Ausfällung einer Zusatzstrafe nach Art. 49 Abs. 2 StGB nicht in Frage kommt.

- 19 - Der Beschuldigte war seit dem 20. Februar 2018 in Haft, ab dem 28. März 2018 im vorzeitigen Strafvollzug. Am 22. Oktober 2018 wurde er aus Letzterem ordentlich entlassen (Urk. 74). Der Beschuldigte hat somit 245 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden, was ihm an die Strafe anzurechnen ist. Überhaft ist angesichts der heute auszusprechenden Strafe damit nicht gegeben. Die Vorinstanz hat zutreffend

festgehalten, dass dem Beschuldigten aufgrund seiner Vorstrafen keine günstige Prognose mehr gestellt werden kann, weshalb die Strafe unbedingt auszusprechen ist (vgl. Urk. 142 S. 47, s.a. Urk. 154 S. 17). V. Landesverweisung Der aus dem Irak stammende Beschuldigte hat sich des gewerbsmässigen Betrugs schuldig gemacht im Zeitraum 13. Oktober 2017 bis 2. Februar 2018. Damit ist eine Katalogtat der obligatorischen Landesverweisung gegeben (Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB). Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung in Art. 66a Abs. 2 StGB sodann klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Zur Frage des schweren persönlichen Härtefalls ist Folgendes festzuhalten: Der Beschuldigte kam vor ca. 8 Jahren als 16-Jähriger in die Schweiz und verfügt hierzulande über keinen gültigen Aufenthaltstitel; er ist vorläufig aufgenommenem Ausländer (Status F). Er ist somit weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen, auch hat er keine besonders lange Zeit hier gelebt. Seine Kindheit und Jugend hat er vielmehr im Irak, in Jordanien und Syrien verbracht; dort hat er die Schule bis zur Oberstufe besucht, was für seinen bisherigen Lebenslauf als prägend zu erachten ist. Der Beschuldigte spricht nur wenig Deutsch, in erster Linie spricht er Arabisch. Zwar lebt er mit dem Grossteil seiner Familie, d.h. mit seiner Mutter und mit fünf

- 20 - Geschwistern hier in der Schweiz. Lediglich die eine Schwester im Alter von ca. 20 Jahren ist in den Irak zurückgekehrt und lebt heute dort (ca. seit 2017). Der Beschuldigte hat in der Schweiz zwar die Sekundarschule B besucht und das 10. Schuljahr gemacht, doch hat er bis heute weder eine Ausbildung absolviert noch eine Arbeitsstelle gefunden. An der Berufungsverhandlung gab er zu Protokoll, die meiste Zeit zu Hause zu verbringen und dabei Playstation zu spielen, andere Hobbies oder Beschäftigungen nannte er nicht. Er habe zwar Arbeit gesucht, aber keine gefunden. Seine Mutter unterstütze ihn finanziell, sie erhalte aber auch nur Sozialhilfe. Zu seinen Freunden habe er den Kontakt abgebrochen. Zukunftspläne hat er keine resp. er wisse es nicht (Prot. II S. 7 ff.). Diese Umstände fallen negativ ins Gewicht. Sie zeigen auf, dass der Beschuldigte in der Schweiz bis heute nicht richtig Fuss gefasst hat. Der Verteidiger hat dabei wiederholt auf die allgemein schwierige und auch gefährliche Situation im Irak hingewiesen (vgl. Urk. 154 S. 20). Dies ist im Rahmen der Gesamtwürdigung der persönlichen Verhältnisse zwar mit zu berücksichtigen, führt für sich allein betrachtet aber noch nicht zur Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls. Solche nicht direkt mit der Person des Beschuldigten zusammenhängenden Probleme im Herkunftsland sind vielmehr im Rahmen des Vollzugs zu berücksichtigen; die Vollzugsbehörde hat die Landesverweisung allenfalls einstweilen auszusetzen, dies in Anwendung von Art. 66d Abs. 1 StGB, solange die Zustände im Zielland keine Rückführung erlauben. Die Wiedereingliederung des Beschuldigten im Irak wird ohne Zweifel schwierig für ihn sein, auch wenn er seine Jugend dort verbracht hat, die Verhältnisse dort noch kennt und Arabisch spricht. Die Verteidigung weist zu Recht darauf hin, dass ein Härtefall auch dann bestehen kann, wenn die Resozialisierungschancen im Heimatstaat deutlich geringer sind als in der Schweiz. Bei diesem Vergleich ist aber entscheidend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte auch hier in der Schweiz kaum, d.h. schlecht integriert ist. Seine Chancen auf Wiedereingliederung im Irak sind somit nicht deutlich geringer als in der Schweiz, sondern als ebenfalls schlecht einzuschätzen. Das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls ist deshalb auch unter diesem Aspekt zu verneinen.

In Anbetracht der Gesamtum-

- 21 - stände ist es dem Beschuldigten deshalb zumutbar, die Schweiz zu verlassen und in den Irak zurückzukehren. Angesichts des leichten Verschuldens rechtfertigt es sich, ihn für die minimale Dauer von 5 Jahren des Landes zu verweisen. Eine Verschärfung käme wegen des Verschlechterungsverbot, welches im vorliegenden Fall zu beachten ist (Art. 391 Abs. 2 StPO), ohnehin nicht in Frage. Allfällige Vollzugshindernisse sind, wie bereits erwähnt, nicht durch das Gericht, sondern durch die zuständige Behörde (das Migrationsamt des Kantons Zürich) im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung zu prüfen. VI. Zivilansprüche Infolge Einstellung des Verfahrens hinsichtlich Dossier Nr. 2 (mangels gültigen Strafantrags, s. oben S. 14) ist auf das Schadenersatzbegehren des Privatklägers B7._____ nicht einzutreten. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren weitgehend mit seinen Anträgen. Der vorinstanzliche Schuldspruch wegen gewerbmässigen Betrugs und die Anordnung der Landesverweisung sind je zu bestätigen. Einzig hinsichtlich Dossier Nr. 51 erfolgt ein Freispruch und die Strafe fällt insgesamt leicht tiefer aus als bei der Vorinstanz. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, sind dem Beschuldigten folglich zu 4/5 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen; vorzubehalten ist die Rückforderung im Verhältnis der Kostenaufgabe. Der Antrag der Verteidigung, der Beschuldigte sei für erlittene Überhaft zu entschädigen, fällt dahin, da angesichts der auszusprechenden Strafe nicht von übermässiger Haft auszugehen ist.

- 22 - Es wird beschlossen:

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