

ZH_OBERGERICHT SB190020 vom 10. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190020

FR: ZH_OBERGERICHT SB190020 du 10 décembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190020 del 10 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Am 18. Februar 2014 reichte der Rechtsvertreter der B._____ Gesundheitsversicherung (Privatklägerin) bei der Staatsanwaltschaft Zürich eine Strafanzeige gegen zwei ihrer Mitarbeiter und einen externen Versicherungsvermittler ein (Urk. 20101001). Im Laufe der Ermittlungen wurde die Untersuchung auf weitere

- 6 - Mitarbeiter der Krankenkasse und weitere externe Versicherungsvermittler, unter anderem den Beschuldigten, ausgeweitet. Die Untersuchung war aufwendig und umfangreich und produzierte rund 70 Bundesordner an Akten. Am 27. Juni 2018 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen den Beschuldigten beim Bezirksgericht Zürich. Am 8. November 2018 fällte die Vorinstanz das eingangs aufgeführte Urteil. Sie sprach den Beschuldigte schuldig und verurteilte ihn zu einer 14-monatigen, bedingten Freiheitsstrafe. Gegen das schriftlich zugestellte Urteilsdispositiv meldete der Verteidiger am 15. November 2018 Berufung an (Prot. I S. 21, Urk. 90). Die begründete Fassung des Urteils wurde dem Verteidiger am 24. Dezember 2018 zugestellt (Urk. 92/2).

E. 1.1

Wer gemäss Art. 147 StGB in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, durch unrichtige, unvollständige oder unbefugte Verwendung von Daten oder in vergleichbarer Weise auf einen elektronischen oder vergleichbaren Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang einwirkt und dadurch eine Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern herbeiführt oder eine Vermögensverschiebung unmittelbar darnach verdeckt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

E. 1.2

Soweit die Verteidigung das Vorliegen eines (Eventual-)Vorsatzes bestreitet, wurde darauf bereits im Rahmen der Sachverhaltserstellung eingegangen (vgl. vorstehend Erw. IV). Zusammenfassend kann an dieser Stelle nochmals festgehalten werden, dass keine vollständige Gewissheit und genaue Kenntnis der Manipulationen im Computersystem der B._____ erforderlich waren. Es genügte, dass der Beschuldigte die Umstände kannte, welche den Verdacht nahe legten, dass die Provisionen weder ihm noch E._____ rechtmässig zustanden. Er hielt die Unrechtmässigkeit der Auszahlung somit bereits von Anfang an für möglich und nahm dies aus Gleichgültigkeit in Kauf respektive informierte sich bewusst nicht näher darüber, in der Absicht, sich zu bereichern. Ab Dezember 2013 hatte der Beschuldigte sichere Kenntnis davon. 2. Mittäterschaft

E. 1.3

Die vorliegende Anklageschrift enthält zahlreiche zwar informative, rechtlich für den Tatbestand aber völlig irrelevante Details. So ist beispielsweise ohne Belang, ob Mitarbeiter der ... [Firma] bei der B._____ zu Vorzugskonditionen Versicherungen abschliessen konnten oder nicht. Auch sind hinsichtlich des Beschuldigten die Ausführungen über den Tatentschluss der B._____ - Mitarbeiterin F._____ entbehrlich, zumal der Beschuldigte in der Untersuchung glaubhaft ausführte, dass er diese Person gar nicht kenne (Urk. 50601012). Die Untersuchung ergab sodann klar, dass der Beschuldigte keine Kenntnis über die Details der Manipulationen der Mitarbeiter der B._____ hatte, wie genau sie die falschen Eingaben im Offert-tool ihres Computersystem vornahmen und wie diese Daten anschliessend ins Kerncomputersystem "... " übertragen wurden (Anklage S. 3 f.). Dies sind nur wenige Beispiele, welche für den eingeklagten Tatbestand ohne Bedeutung bleiben. Selbstverständlich unterliegt der genaue Umfang der Anklageschrift immer einem gewissen Ermessen. Die inhaltliche Beschränkung der Anklage ist jedoch einerseits geboten, weil einer beschuldigten Person nicht aufgebürdet werden soll, einzuschätzen, was nun wesentlich ist und was nicht. Es ist aber auch eine Frage der Prozessökonomie, denn das Gericht hat von dem in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt auszugehen, mit anderen Worten grundsätzlich über jedes (unwesentliche) Detail in der Anklage zu befinden, ob es erwiesen ist oder nicht. Soweit die Angaben nicht den Tatbestand betreffen, stellt dies in der Sache unnötigen Aufwand dar. Deswegen verlangt Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO eine Beschränkung auf das Notwendige. Im vorliegenden Fall liesse sich mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass seitens der Vorinstanz zu prüfen gewesen wäre, ob die Anklageschrift zwecks Straffung allenfalls an die Staatsanwaltschaft zur Verbesserung hätte zurückgewiesen werden müssen, selbst wenn es sich vorliegend offensichtlich um eine "Generalanklage" für

- 9 - mehrere Beteiligte handelt. Aus den nachgenannten Gründen können dahingehende Weiterungen jedoch unterbleiben.

E. 1.4

Die Anklage wurde seitens der Verteidigung in Bezug auf nicht tatbestandsbezogene Details in keiner Weise gerügt, und der Beschuldigte liess weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren einen entsprechenden Rückweisungsantrag stellen (Urk. 86 und 132). Im Berufungsverfahren ist vom Mittel der Rückweisung zwecks Verbesserung der Anklage bereits zur Vermeidung von massiven Verfahrensverzögerungen nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen. Es kommt hinzu, dass dem Beschuldigten zwar nicht nachzuweisen ist, dass er Kenntnis von allen Details in der Anklageschrift hatte, fast alle diese Details aber für die Tatbestandsmässigkeit der ihm vorgeworfenen Straftaten ohnehin keine Rolle spielen. Auch geht letztlich aus der Anklage zweifelsfrei hervor, was dem Beschuldigten im Kern vorgeworfen wird: Er habe Kenntnis davon gehabt, dass der Mitbeschuldigte E._____ durch Manipulation von Versicherungsanträgen von Kunden die "G._____ Versicherungen GmbH" des Beschuldigten (nachfolgend: G._____) als Vermittlerin einsetzte, obschon diese Kunden nicht von der G._____ vermittelt worden waren, weshalb keine Provisionsberechtigung der G._____ bestand (Anklage S. 2). Aus den Einvernahmen des Beschuldigten erhellt, dass ihm dieser Vorwurf immer klar war, zumal er dem Beschuldigten auch wiederholt so vorgehalten wurde (Urk. 50601010, Urk. 50601035 ff., Urk. 50601021). Eine Verletzung des Anklageprinzips liegt deshalb nicht vor, und aus den genannten Gründen würde eine Rückweisung der Anklage einzig zu deren Kürzung im derzeitigen Verfahrensstadium auch als unverhältnismässig erscheinen, weshalb davon

abzusehen ist. IV. Sachverhalt 1. Standpunkte

E. 2

Aussagen des Mitbeschuldigten E. _____

E. 2.1

Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinem Antrag auf einen Freispruch. Demgegenüber wurde das Strafmass leicht reduziert, jedoch keineswegs in dem vom Beschuldigten eventualiter beantragten Umfang. In Gewichtung der Parteianträge rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten zu 9/10 dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu 1/10 auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Da der Beschuldigte über genügend finanzielle Mittel verfügt, hat die definitive Kostenaufgabe im genannten Umfang auch für die Kosten der amtlichen Verteidigung zu gelten.

E. 2.2

Für die im Berufungsverfahren geltend gemachten Aufwendungen der erbetenen Verteidigung bis zur Berufungsverhandlung (Fr. 11'852.35 inkl. Auslagen und MwSt.; vgl. Urk. 133/2) ist dem Beschuldigten ausgangsgemäss eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.– zuzusprechen (Art. 436 StPO).

E. 2.3

Da Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ auf entsprechendes Gesuch hin mit heu- tiger Wirkung als amtlicher Verteidiger bestellt wurde, rechtfertigt es sich, ihn für die Aufwendungen der Berufungsverhandlung samt Nachbesprechung und We- gentschädigung (gesamthaft rund 5.5 Stunden) insgesamt pauschal mit Fr. 1'500.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen.

E. 2.4

Der Vertreter der Privatklägerin machte für das Berufungsverfahren einen Gesamtaufwand von rund 4 Stunden respektive ein zu entschädigendes Honorar über Fr. 1'292.40 geltend (Urk. 128 und Urk. 130). Die Privatklägerschaft hat bei Obsiegen einen Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn die Aufwendungen nach Art. 433 StPO notwendig waren (Art. 436 Abs. 1 StPO; BSK StPO II-WEHRENBURG/FRANK, Art. 436 N 6). Vorliegend war bereits aufgrund der Berufungserklärung des Beschuldigten klar, dass die Zivilansprüche der Privatklägerin im Berufungsverfahren nicht tangiert sein werden. Auch zur Strafe kann sich die Privatklägerschaft nicht äussern. Damit

- 30 - erscheinen die geltend gemachten Aufwendungen, insbesondere die (erneute) Analyse der schriftlichen Urteilsbegründung, nicht als restlos notwendig im Sinne von Art. 433 Abs. 1 StPO (Urk. 130). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Privatklägerschaft seitens des Gerichts zur Erklärung einer allfälligen Anschluss- berufung und Mitwirkung im Verfahren eingeladen wurde (Urk. 100; Urk. 108). Insgesamt erweist es sich deshalb als angemessen, die Privatklägerin für ihren notwendigen Aufwand im vorliegenden Verfahren mit Fr. 500.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen. Der Beschuldigte ist daher zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung im genannten Umfang zu bezahlen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 8. November 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1.-3. (...) 4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 8. März 2018 beschlagnahmten Gegenstände: - 1 grauer BO,

G._____ Versicherungen GmbH, Bank 2013 - 1 grauer BO, G._____ Versicherungen GmbH, Gesellschaftsunterlagen, werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen her- ausgegeben. Bei Nichtabholung innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft werden die beschlagnahmten Gegenstände der Kasse des Bezirksgerichts Zürich zur Vernichtung überlassen. 5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin B._____ Gesundheitsversiche- rung Schadenersatz von CHF 106'612.20 zu bezahlen. Die Zinsforderung wird abge- wiesen. 6. a) Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 12. Februar 2018 beschlagnahmte Bargeldbetrag von CHF 112'862.30 wird im Umfang von CHF 106'612.20 der Privatklägerin B._____ Gesundheitsversicherung zur De-

- 31 - ckung ihrer Schadenersatzforderung gemäss Dispositiv Ziffer 0 [recte: 5] zugewie- sen. b) Die Kasse des Bezirksgerichts Zürich wird nach Eintritt der Rechtskraft angewie- sen, CHF 106'612.20 auf das Konto Nr. IBAN 1 bei der C._____ AG, ... [Adresse], lautend auf B._____ Gesundheitsversicherung, zu überweisen. c) (...) 7. a) (...) b) (...) 8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: CHF 5'000.00 die weiteren Auslagen betragen: CHF 1'080.00 Gebühr Strafuntersuchung (§ 4 GebStrV), CHF 1'006.25 Auslagen Untersuchung. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. 9.-10. (...)

E. 3

Aussagen des Beschuldigten Mit den Aussagen von E._____ in der Untersuchung konfrontiert, erklärte der Be- schuldigte, er habe nichts beizufügen und verzichte auf eine Stellungnahme (Urk. 50601024 f.). In seiner polizeilichen Befragung gab der Beschuldigte zu, dass kein einziger Kunde über sein Unternehmen, die G._____ vermittelt worden sei (Urk. 50601012 Antworten 7, 28 und 39). Allein dieser Umstand beweist, dass der Beschuldigte wusste, dass die Provisionsauszahlungen der B._____ für ange- bliche Vermittlungsleistungen auf falschen Angaben beruhten. Die Erklärung in seiner polizeilichen Befragung, E._____ habe ihm gesagt, er habe Kunden zu gut, welche er ihm (dem Beschuldigten) gebe, ändert daran nichts (Urk. 50601010).

- 12 -

E. 4

Tatverschulden Nach Ansicht der Verteidigung sei die vorinstanzlich festgelegte Einsatzstrafe von 17 Monaten unangemessen hoch ausgefallen, insbesondere da dem Beschuldig- ten nur eine geringe kriminelle Energie attestiert worden sei (Urk. 132 N 69). Dem ist nicht zu folgen. Die Deliktssumme von über Fr. 100'000.- ist erheblich. Ebenso der Deliktszeitraum von rund 10 Monaten. Sodann fällt die mehrfache Tatbe- gehung strafehöhend ins Gewicht. Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund von geringer krimineller Energie spricht, ist dies nicht nachvollziehbar (Urk. 93 S. 50). Zutreffend ist demgegenüber, dass der Anstoss für die Tat nicht vom Beschuldigten kam, sondern vom Mitbeschuldigten E._____. Dass der Beschul- digte aber unter Druck stand, sich beispielsweise in einer finanziellen Notlage be- fand oder E._____ einen Gefallen schuldete, kann nicht gesagt werden. Er hätte E._____ 's Vorschlag leicht ablehnen können. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Beschuldigte bis Dezember 2013 "lediglich" eventualvorsätzlich handelte. In- sofern relativiert die subjektive Tatschwere das objektive Tatverschulden leicht. Wenn die Vorinstanz die Tatschwere mit 17 Monaten gewichtete, ist dies insge- samt angemessen.

E. 4.1

Sinngemäss behauptet die Verteidigung somit einzig, dass der Beschuldigte nicht habe wissen können, dass die fraglichen Auszahlungen unrechtmässig erfolgt seien; es habe keinen Anlass dafür gegeben, daran zu zweifeln, dass E._____ provisionsberechtigt sei und dem Beschuldigten die Kunden rechtmässig übertragen habe (Urk. 86 S. 4; Urk. 132 N 12 ff., N 32 und N 38). Die Staatsanwaltschaft hält dagegen, der Beschuldigte habe aufgrund diverser Umstände von Anfang an nicht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass E._____ Anspruch auf die dem Beschuldigten ausbezahlten Provisionen gehabt habe. Spätestens ab Dezember 2013 habe der Beschuldigte zudem mit Sicherheit gewusst, dass die ausbezahlten Provisionen nicht E._____ zugestanden seien (Urk. 134 N 5 ff.).

E. 4.2

Die Vorinstanz kam im Ergebnis zutreffend zum Schluss, dass der Beschuldigte es aufgrund der gesamten Umstände von Anfang an für möglich hielt und ab Dezember 2013 sicher wusste, dass die B._____ für Provisionen aufgekomen war, auf welche weder er noch E._____ rechtmässigen Anspruch hatten. Auf die entsprechenden Erwägungen kann grundsätzlich verwiesen werden (Urk. 93 S. 11, 24, 27 f., 31 ff. und S. 44). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Veranschaulichung respektive Präzisierungen dazu.

E. 4.3

Art. 147 StGB setzt eine Tatbegehung mit Vorsatz, d.h. mit Wissen und Willen, voraus, wobei Eventualvorsatz genügt. Eventualvorsatz im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt und sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 Erw. 4.2.3 S. 4 m.H.). Auch ein bewusstes Nicht-Wissen-Wollen ("willful blindness") kann einen Eventualvorsatz begründen. Wer sich bewusst für Nichtwissen entscheidet, kann sich nach der Rechtsprechung nicht darauf berufen, er habe die Tatbestandsverwirklichung nicht für möglich gehalten (Urteil 6B_910/2019 vom 15. Juni 2020 Erw. 2.2.4.4). Das Wissen als Zustand oder innerer Vorgang im Gehirn ist nach heutigem Stand der Naturwissenschaften einem Beweis nicht zugänglich. Deshalb muss stets

- 13 - aufgrund äusserer Umstände darauf geschlossen werden. Dabei gilt der Beweis als rechtsgenügend erbracht, wenn sich das Wissen einem vernünftigen Menschen in derselben Situation und denselben kognitiven Fähigkeiten wie dem Täter so stark aufdrängt, dass objektive Zweifel daran rein theoretisch erscheinen (zum Ganzen: Urteil 6B_132/2015 vom 21. April 2015 Erw. 2.2.2. m.H.).

E. 4.4

Der Beschuldigte hat, abgesehen von der polizeilichen Befragung vom 22. April 2014, grösstenteils von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht und tätigte keine Angaben zum Anklagevorwurf, auch nicht, nachdem der Mitbeschuldigte E._____ in Anwesenheit des Beschuldigten vor Vorinstanz nochmals als Auskunftsperson befragt wurde (Einvernahme vom 18. Mai 2015, Urk. 50601035; Einvernahme vor Vorinstanz, Urk. 80; Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung, Urk. 131). Dies ist selbstverständlich das prozessuale Recht des Beschuldigten und allein aus dem Schweigen des Beschuldigten kann auch nicht auf seine Schuld geschlossen werden. Allerdings kann er mit dieser Taktik auch den vorhandenen Beweismitteln keine plausible Erklärung entgegenstellen. Die Verteidigung brachte hinsichtlich der gewählten Vorgehensweise vor, es sei

zwar richtig, wenn die Vorinstanz zum Schluss gelange, dass eine Barzahlung durch E._____ für den Beschuldigten einfacher zu handhaben gewesen wäre. Je- doch habe E._____ als sehr guter Kunde des Beschuldigten angefragt, ob dessen Schulden auf diese Weise getilgt werden könnten. Um einem Kunden die Wert- schätzung zu erweisen, sei mancher Geschäftsmann bereit, eine etwas kompli- ziertere Variante zu akzeptieren. Entscheidend sei lediglich, dass sich der Vor- schlag rational nachvollziehen lasse. Der Beschuldigte sei zunächst skeptisch gewesen, jedoch habe die Lösung durchaus Sinn gemacht, da aus Sicht des Beschuldigten jeder verdiente Franken bei E._____ hätte zum Grenzsteuersatz versteuert werden müssen, und mit dem vorgeschlagenen Vorgehen zwar bei der G._____ und beim Beschuldigten ebenfalls Steuern angefallen, diese jedoch insgesamt tiefer gewesen wären, als wenn E._____ die Provisionen als Einkommen hätte versteuern müssen (Urk. 132 N 42).

- 14 -

E. 4.5

Wie erwähnt ist erwiesen, dass die B._____ der G._____ Vermittlungspro- visionen für Kunden auszahlte, die gar nicht von der G._____ vermittelt wurden. Unbestritten blieb auch, dass der Beschuldigte als Inhaber und alleiniger sowie einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der G._____ (vgl. öffentlicher Aus- zug aus dem Handelsregister Zürich, ..., Eintragung der Gesellschaft am tt. mm. 2013) im Zeitpunkt der Auszahlungen nicht über den Registereintrag gemäss Art. 43 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG, SR 961.01) bzw. die Bewilligung der FINMA und die fachliche Qualifikation gemäss Art. 3 und Art. 184 der Auf- sichtsverordnung (AVO, SR 961.011) verfügte. Nach unwidersprochener Darstel- lung von E._____ anlässlich seiner Befragung in Anwesenheit des Beschuldigten habe es wegen eines Todesfalls in der Familie bei der Schulung des Beschuldig- ten zum Versicherungsvermittler Verzögerungen gegeben. Ob der Beschuldigte die Ausbildung je abgeschlossen habe, wisse er nicht (Urk. 83 S. 7). Der Be- schuldigte selbst verneinte anlässlich der heutigen Verhandlung die Frage, ob er die Schulung als Versicherungsvermittler abgeschlossen habe. Da er nicht in der Versicherungsbranche habe weiterarbeiten wollen, habe er dieses Vorhaben "auf Eis gelegt" (Urk. 131 S. 4). Der Beschuldigte ist heute denn auch nicht im öffentli- chen Register der Versicherungsvermittler eingetragen.

E. 4.6

Der Beschuldigte ist nach eigenen Angaben in Zürich aufgewachsen, hat Automechaniker gelernt und danach eine Weiterbildung zum technischen Kaufmann gemacht (Urk. 50601049). Heute ist er selbständig tätig und hat eine ... [Firma] (Urk. 80 S. 2, Urk. 131 S. 2 f.). Es sind keinerlei Hinweise vorhanden, dass er ein intellektuelles oder sprachliches Handicap hätte. Vor diesem Hinter- grund hat er ganz klar erkennen können und auch erkannt, dass die Sache mit den Provisionsgutschriften über die G._____ "zum Himmel stinkt", wie man um- gangssprachlich sagt und wie das Ganze letztlich auch vom Beschuldigte selber bezeichnet wurde (vgl. Prot. I S. 18):

E. 4.6.1

Allein der Umstand, dass vorliegend Steuersubstrat verschoben werden sollte, hätte bereits jeden vernünftigen Menschen zweifeln lassen müssen. Hätte E._____ tatsächlich Anspruch auf Vermittlungsprovisionen gehabt, so hätte die B._____ die Provisionen auch an E._____ ausbezahlt und dieser hätte die Gelder

- 15 - dem Beschuldigten zur Schuldentilgung weitergeleitet. Das Vorgehen mit der Auszahlung von Provisionsansprüchen an die G._____ enthält mit anderen Worten bereits die Verheimlichung der tatsächlichen steuerbaren Einkünfte von E._____. Kommt hinzu, dass mit der Auszahlung von Provisionen an die G._____ die unwahre Behauptung verbunden ist – ob dies eine Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 StGB darstellt, kann vorliegend dahingestellt bleiben –, dass die G._____ Vermittlungsleistungen erbracht habe, obwohl der Beschuldigte klar wusste, dass er keine solchen Leistungen erbrachte (vgl. Urk. 132 N 32). Da der Beschuldigte zudem die vorgeschriebene Schulung zum Versicherungsvermittler nach Art. 184 AVO, deren Abschlussprüfungsmodalitäten von der FINMA geregelt werden, begonnen hat, darf auch zweifelsfrei angenommen werden, dass ihm bewusst war, dass er bzw. die G._____ noch gar nicht berechtigt waren, Versicherungen zu vermitteln.

E. 4.6.2

Die Verteidigung bringt in diesem Zusammenhang vor, der Beschuldigte sei gar nicht verpflichtet gewesen, sich im entsprechenden Register gemäss Art. 43 VAG eintragen zu lassen, da gemäss Art. 183 Abs. 1 lit. a AVO für Versicherungsvermittler dann keine zwingende Eintragungspflicht bestehe, wenn sie während eines Kalenderjahres Provisionseinnahmen mehrheitlich nur mit einem oder zwei Versicherungsunternehmen realisieren würden (Urk. 132 N 21). Zudem hätte – so der Verteidiger – die B._____ eine Registrierung prüfen müssen. Der Beschuldigte habe somit davon ausgehen dürfen, dass die blosser Anmeldung respektive der (anfängliche) Besuch der Vermittlerschulung für die B._____ genügt habe, um die Provisionszahlungen auszulösen (Urk. 132 N 22). Ob der Beschuldigte gesetzlich zu einem Registereintrag verpflichtet gewesen wäre oder nicht, ist hinsichtlich der Frage hier interessierender Frage des Wissens oder Nichtwissen-Wollens um die Unrechtmässigkeit der erhaltenen Provisionen nicht von Belang. Entscheidend ist nur, und dies räumte die Verteidigung selber ein, dass der Beschuldigte Provisionen erhielt, obwohl er in der fraglichen Zeit selber keine Kunden vermittelte und nicht über die berufliche Qualifikation, mithin den Abschluss der Vermittlerschule, verfügte (Urk. 132 N 21). Nur am Rande sei bemerkt, dass der Beschuldigte den entsprechenden Registereintrag gemäss Beiblatt zum abgeschlossenen Vermittlervertrag per November 2013 zumindest in - 16 - Aussicht gestellt hatte (Urk. 20102080). Selbst wenn die B._____ gemäss Verteidigung auf diese Vorgaben keinen grossen Wert gelegt haben sollte (vgl. Urk. 93 S. 16), würde dies den Beschuldigten nicht von der Vornahme einer solchen Eintragung entbinden und nichts an der Tatsache ändern, dass er trotz fehlender Voraussetzungen Provisionen entgegennahm. Der Beschuldigte überspannt hier den Bogen der Vernunft, wenn er unterstellt, die B._____ würde ohne Weiteres Versicherungsprovisionen an Vermittler auszahlen, welche weder die ihnen vertraglich auferlegte Pflicht zur Vermittlung von Versicherungsgeschäften erfüllen noch über die nötigen Anforderungen dazu verfügen (vgl. Urk. 20102067).

E. 4.6.3

Auch der Beschuldigte selber konnte keinen vernünftigen Grund angeben, weshalb für die Rückzahlung der Schulden dieser komplizierte Weg der Schuldentilgung gewählt wurde. Wenn E._____ rechtlich Anspruch auf die Provisionen gehabt hätte, was die Verteidigung sinngemäss unterstellt, erschliesst sich nicht, weshalb die B._____ diese Provisionen nicht direkt an E._____ ausbezahlt und E._____ seine Schulden beim Beschuldigten nicht bar

beglichen oder von einem seiner Konti überwiesen hat. Die Staatsanwaltschaft weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass kein Grund ersichtlich ist, weshalb sich E._____ für die Übernahme sämtlicher dem Beschuldigten entstandenen Kosten hätte bereit erklären sollen. Dadurch reduzierte sich faktisch der verrechenbare Betrag der Schulden im Umfang der anfallenden Kosten. Wären die Provisionen E._____ tatsächlich zugestanden, hätte er mit einer an ihn gerichteten Auszahlung derselben und der späteren Weiterleitung an den Beschuldigten sogleich eine Schuldentilgung im vollen Umfange erreichen können (Urk. 134 N 5). Die aufwendige und wenig praktikable Vorgehensweise spricht somit klar gegen die Sachdarstellung des Beschuldigten, nichts von der fehlenden Provisionsberechtigung geahnt zu haben. Es ist nicht auszumachen, weshalb der Beschuldigte in eine derart komplizierte Schuldentilgung hätte einwilligen sollen, wenn er keinerlei Zweifel an der Rechtmässigkeit der seitens der B._____ ausbezahlen Provisionen gehabt hätte. Auch ein Hehler, der bei Nacht und Nebel von einem Unbekannten einen Koffer voll Silberbestecke und Schmuck erhält, kann nicht ernsthaft behaupten, er habe nicht gewusst, dass die Sachen gestohlen worden waren, obschon ihm dieses Wissen naturwissenschaftlich nie nachgewiesen werden kann.

- 17 -

E. 4.6.4

Mit der Vorinstanz erweist sich der Erklärungsversuch der Verteidigung, die Vorgehensweise sei im Zusammenhang mit einer möglichen Steueroptimierung gestanden, als unbehelflich und nachgeschoben, zumal eine allfällige Steuerersparnis zu Gunsten von E._____ gar nie Gesprächsgegenstand zwischen den Direktbeteiligten war (Urk. 93 S. 33; Urk. 132 N 45). Soweit der Verteidiger in diesem Zusammenhang geltend machen will, es hätte primär an den Untersuchungsbehörden gelegen, vertieft nach möglichen Gründen für das gewählte Vorgehen zu forschen, ist er nicht zu hören. Zwar ist es grundsätzlich Sache der Anklagebehörde, die Schuld einer beschuldigten Person zu beweisen. Wenn allerdings ein Beschuldigter eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz "in dubio pro reo" keine Anwendung, und es muss nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden können (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, 3. Auflage 2017, N 216 f. und N 220). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden. Nichts anderes hat deshalb im vorliegenden Fall zu gelten, insbesondere auch hinsichtlich der weiteren Mutmassungen, wonach beispielsweise eine anstehende Scheidung ein Grund sein könne, um Einkommen "über andere Kanäle fliessen zu lassen" (Urk. 132 N 42).

E. 4.7

Hinzu kommen die oben aufgeführten Aussagen von E._____, welcher erklärte, dass der Beschuldigte über das Vorgehen – wenn auch nicht im Detail – Bescheid wusste, insbesondere wie die Provisionen zustande kamen. Seine Aussagen sind nur schon deshalb glaubhaft, weil sie frei von Fantasiesignalen sind und weil sie nahtlos in das logische Gesamtbild passen. Daran ändert nichts, dass E._____ seine Aussagen anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung teilweise leicht relativierte (Urk. 132 N 36; Urk. 83). E._____ blieb im Kern dabei, dass er dem Beschuldigten gegenüber erklärte, er habe Kunden, die er umschreiben könne, es gebe Provisionen und der Beschuldigte bekomme das Geld (Urk. 83 S. 2 f. und S. 10). Dass E._____ hinsichtlich des Wissens und des Ver-

ständnisses des Beschuldigten über das Vorgehen lediglich seine eigene Wahrnehmung schildert und sich nicht einfach auf apodiktische Behauptungen ver-

- 18 - steift, spricht für die Glaubhaftigkeit von dessen Äusserungen. Niemand kann letztlich in den Kopf eines anderen Menschen schauen, sondern nur interpretieren, ob das Gegenüber die Äusserungen verstanden hat. Auf der anderen Seite ist es schlechterdings befremdlich, wenn der Verteidiger behauptet, der Beschuldigte habe im Gegensatz zu E._____ zum Kerngeschehen schlüssig ausgesagt (Urk. 86 S. 15). Das Gegenteil ist der Fall. Der Beschuldigte beschränkte sich zum Kerngeschehen im Wesentlichen auf die Aussage, E._____ habe ihm gesagt, er würde ihm zwecks Schuldentilgung "Kunden zuschreiben", die ihm zuständen (Urk. 50601024; Urk. 50601010). Ansonsten machte der Beschuldigte nur Ausführungen zu den Schulden von E._____ und zur Abrechnung der Provisionen oder zu anderen Punkten, die vorliegend irrelevant sind (z.B. zur gemeinsamen Reise nach ... [Stadt in Asien]). Bei Vorhalten, die den Anklagevorwurf direkt betrafen, berief er sich fast ausschliesslich auf sein Aussageverweigerungsrecht (Urk. 50601035; Urk. 80; Urk. 131). Weshalb E._____ zudem den Beschuldigten zu Unrecht belasten sollte, ist nicht ersichtlich. Allein die Erklärung, ein Mitbeschuldigter habe durch eine falsche Anschuldigung eine Strafmilderung wegen Kooperation mit den Strafbehörden erwirken wollen, überzeugt ohne weitere Anhaltspunkte für eine solche Hypothese nicht. So liegen beispielsweise keinerlei Anhaltspunkte vor, dass E._____ dem Beschuldigten feindlich gesinnt wäre oder ein Rachebedürfnis hätte. Schliesslich hat er den Beschuldigten in die Sache hineingezogen und nicht umgekehrt.

E. 4.8

Nicht zu folgen ist der Verteidigung, wenn sie sinngemäss vorbringt, der Beschuldigte habe kein Motiv gehabt, bei einem "krummen Ding" mitzumachen, da E._____ seine Schulden jeweils beglichen habe (Urk. 86 S. 5; Urk. 132 N 32). Das finanzielle Motiv des Beschuldigten liegt auf der Hand. Bereits in der Untersuchung führte der Beschuldigte aus, dass er E._____ laufend und vergeblich Druck aufsetzen musste, damit dieser seine hohen Schulden von über Fr. 120'000.– aus Konsumationen anlässlich von Barbesuchen bei ihm zurückzahle (Urk. 50601012; Urk. 86 S. 5). E._____ habe ihn ständig getröstet und habe nie von sich aus die Schulden angesprochen (Urk. 50601012). Weil sein Verbot, Konsumationen von E._____ anzuschreiben, von den Barangestellten missachtet worden sei, habe der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen schliesslich seinen

- 19 - Angestellten für den Widerhandlungsfall sogar die fristlose Kündigung angedroht (Urk. 50601012 S. 8). Entgegen der Verteidigung geschah dies nicht erst Ende Dezember 2013, sondern bereits im September 2013 (Urk. 50601017; Prot. II S. 13 f.). Mit der Staatsanwaltschaft tut man so etwas nicht, wenn man bezüglich der Kreditwürdigkeit des Kunden sowie der vereinbarten Schuldentilgung keine ernsthaften Bedenken hat (Prot. II S. 11). Wenn es E._____ demnach tatsächlich ein Leichtes gewesen wäre, die Schulden zurückzuzahlen – wie dies die Verteidigung glauben machen will, was aber selbst von E._____ nie behauptet wurde (Urk. 86 S. 5) –, dann hätte E._____ dem Beschuldigten auch nicht das zweifelhafte Angebot mit den Vermittlungsprämien gemacht (Urk. 50101105). Dafür spricht ebenfalls, dass E._____ gemäss Aussagen des Beschuldigten vom geschuldeten Geldbetrag bis heute noch nichts zurückbezahlt hat (Urk. 131 S. 4).

E. 4.9

Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Provisionen über mehrere Monate hinweg ausbezahlt wurden und der Beschuldigte auch Listen führte und Steuerberechnungen machte (Urk. 50601012 ff.). Er hatte also genügend lange Zeit, sich Gedanken über das von E._____ vorgeschlagene Vorgehen und dessen Rechtmässigkeit zu machen. Jedem auch nur halbwegs vernünftigen Menschen hätten da schon lange und mehrfach die "Alarmglocken" geläutet. Weshalb dem Beschuldigten erst im November/Dezember 2013 begründete Zweifel an der ver- einbarten Vorgehensweise gekommen sein sollen ist nicht ersichtlich (Urk. 132 N 47). Dass der Beschuldigte von den Zahlungen völlig überrascht worden sei, gleichwohl aber erst später an der Rechtmässigkeit des gewählten Vorgehens gezweifelt habe, als E._____ ihm immer mehr ausgewichen sei, vermag nach dem Gesagten mit der Vorinstanz nicht zu überzeugen (Urk. 93 S. 34 ff.). Es bestehen deshalb keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Beschuldigte um die Unrechtmässigkeit ihres gemeinsamen Tuns wusste. Es war dabei nicht nötig, in die technischen Einzelheiten der Computermanipulationen eingeweiht zu sein. Der Beschuldigte wusste, dass E._____ Kunden auf den Namen des Beschuldigten codierte und der Beschuldigte dafür Provisionen erhielt (Urk. 50101071 F/A 6), mithin durch eine Datenmanipulation ein unzutreffendes Ergebnis in der Datenverarbeitung herbeigeführt wurde. Es ist deshalb erwiesen, dass der Beschuldigte bewusst Provisionen über die G._____ entgegennahm, auf welche

- 20 - weder er noch E._____ rechtlich einen Anspruch hatten, und wodurch die B._____ im Umfang von Fr. 106'612.20 geschädigt wurde. V. Rechtliche Würdigung 1. Tatbestand

E. 5

Täterkomponenten

E. 5.1

Der Beschuldigte ist im ... [Staat in Vorderasien] geboren, im Oktober 1986 in die Schweiz gekommen und in der Stadt Zürich aufgewachsen. Er absolvierte eine Berufsausbildung zum Automechaniker und liess sich zum technischen Kaufmann weiterbilden. Gegenwärtig ist der Beschuldigte Geschäftsführer der "H._____ GmbH". Er ist sodann ledig und hat keine Kinder (Urk. 5061049; Urk. 131 S. 1 ff.). Mit der Vorinstanz liegen hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse keine strafzumessungsrelevanten Umstände vor.

- 26 -

E. 5.2

Der Umstand, dass der Beschuldigte die gesamten Provisionen den Strafbehörden übergab, den Schaden somit wiedergutmachte, ist erheblich strafmindernd zu berücksichtigen. Eine Reduktion der Strafe im Bereich von 5 Monaten ist gerechtfertigt.

E. 5.3

Weitere Täterkomponenten, die sich auf die Strafzumessung auswirken, sind nicht ersichtlich.

E. 6

Weitere Strafzumessungskomponenten

E. 6.1

Die Verteidigung moniert, seit der ersten Einvernahme in dieser Sache seien mehr als 6 ½ Jahre vergangen, was entgegen der Vorinstanz mehr als nur eine leichte Verletzung des Beschleunigungsgebotes darstelle (Urk. 132 N 71).

E. 6.2

Die Verteidigung übersieht, dass hinsichtlich der Frage der Verletzung des Beschleunigungsgebotes nicht unbesehen der konkreten Umstände generell auf die Gesamtdauer des Verfahrens abgestellt werden kann. Es liegt jedoch auf der Hand, dass es sowohl im Untersuchungs- als auch im Berufungsverfahren zu erheblichen Verzögerungen von insgesamt rund zwei Jahren kam, die nicht der Beschuldigte zu vertreten hatte. Deshalb rechtfertigt sich wegen der Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine weitere Reduktion der Strafe im Bereich von zwei Monaten.

E. 7

Strafhöhe und Strafart

E. 7.1

Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsfaktoren ist eine Strafe von

E. 7.2

Soweit die Verteidigung moniert, die Strafe stehe nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Sanktionen der Mitbeschuldigten J._____ und des "Haupttäters" E._____, ist sie nicht zu hören (Urk. 132 N 72). Der Grundsatz der Individualisierung und das dem Sachgericht eingeräumte Ermessen führen notwendigerweise zu einer gewissen Ungleichheit bei der Strafzumessung. Selbst

- 27 - gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten, was allein jedoch nicht ausreicht, um auf die Unangemessenheit einer Strafe zu schliessen (vgl. BGE 135 IV 191 Erw. 3.1 S. 193; Urteil 6B_507/2020 vom 17. August 2020 Erw. 2.2.2). Entsprechend hat die Staatsanwaltschaft in zutreffender Weise darauf hingewiesen, dass sich der Mitbeschuldigte E._____ im Gegensatz zum Beschuldigten von Anfang an vollumfänglich geständig zeigte und dessen Sanktion – er wurde im abgekürzten Verfahren zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt – somit nicht unbesehen der konkreten Verhältnisse zum Vergleich herangezogen werden kann (Prot. II S. 11). Der Mitbeschuldigte J._____ wurde erstinstanzlich zwar mit einer tieferen Strafe belegt, als der Beschuldigte heute zu gewärtigen hat, jedoch beträgt der durch den Mitbeschuldigten J._____ verursachte Schaden auch lediglich rund ein Zehntel des vorliegend zu beurteilenden Schadens. Eine Ungleichbehandlung von Mittätern liegt damit ebenfalls nicht vor. Im Übrigen ist die Verteidigung darauf hinzuweisen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohnehin kein Anspruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht" unter Mittätern besteht und einer angemessenen Strafe nicht mit dem formalen Argument begegnet werden kann, es bestehe ein Missverhältnis zur Strafe des Mittäters (BGE 135 IV 191 Erw. 3.4 S. 195). 8. Tagessatzhöhe 8.1. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, im letzten Jahr als Geschäftsführer ein Einkommen von netto rund Fr. 70'000.– erzielt, jedoch keinen Gewinnanteil bezogen zu haben. Er habe keine Schulden und ein Vermögen von rund Fr. 250'000.–. Für die Miete bezahle er monatlich Fr. 2'850.– und die Krankenkasse koste ca. Fr. 300.– pro Monat (Urk. 131 S. 2 ff.). Aktuell könne sich der Beschuldigte monatlich Fr. 4'500.– als Lohn auszahlen lassen (Urk. 131 S. 2 ff.; Urk.

132 N 73; Urk. 133/1). 8.2. Da bei einer hohen Anzahl Tagessätze nach Auffassung des Bundesgerichts eine Reduktion von 10 bis 30 Prozent angebracht und das Vermögen – abgesehen von hier nicht vorliegenden Erträgen – nur insoweit von Bedeutung ist, als der Täter seine Lebenshaltungskosten aus dessen Substanz bestreitet, er-

- 28 - scheint mit der Verteidigung ein Tagessatz von Fr. 50.– den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen (Art. 34 Abs. 2 aStGB; BGE 134 IV 60 S. 69 f. und S. 73). 9. Vollzug Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten als Ersttäter den bedingten Vollzug der Strafe unter Ansetzung der minimalen Probezeit von zwei Jahren (Urk. 93 S. 53). Dabei hat es aufgrund des Verschlechterungsverbots im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu bleiben.

E. 10

Fazit Der Beschuldigte ist mit einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 50.– zu bestrafen, wobei der Vollzug aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre festzusetzen ist. VII. Beschlagnahmungen Gestützt auf Art. 263 Abs. 1 StPO und Art. 267 Abs. 3 StPO können sichergestellte Vermögenswerte zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen werden. Die Anträge der Verteidigung sind durch ihren Antrag auf Freispruch motiviert. Eventualiter begründete sie ihren Antrag nicht (Urk. 132 N 86). Deshalb rechtfertigt es sich, auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 93 S. 59). Soweit ein allfälliger Restbetrag verbleibt, ist dieser der Privatklägerin in Anrechnung an ihre Prozessentschädigung zuzuweisen. Die Kontosperrung ist aufzuheben. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Da der Beschuldigte schuldig gesprochen wird, ist die vorinstanzliche Kostenaufnahme (Ziff. 9) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 3 StPO). Dementsprechend ist auch die Prozessentschädigung an die Privatklägerin für das erst-

- 29 - instanzliche Verfahren von Fr. 10'942.35 zu bestätigen. Es kann auch hier auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 93 S. 60 f.). 2. Berufungsverfahren

E. 11

(Mitteilungen.)

E. 12

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 34 - Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 10. Dezember 2020 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. R. Naef lic. iur. M. Keller Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4

StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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