

ZH_OBERGERICHT SB190267 vom 23. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190267

FR: ZH_OBERGERICHT SB190267 du 23 juin 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190267 del 23 giugno 2020

Erwägungen

E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil sowie zum Prozessua- len kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Er- wägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 80 S. 3 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 2

Der Beschuldigte wurde mit Urteil vom 18. Januar 2019 des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, im Sinne des eingangs wiedergegebenen Dispositivs schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 80 S. 45 ff.). Das Urteil wurde gleichen- tags mündlich sowie schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 72; Prot. I S. 21 ff.). Die Verteidigung des Beschuldigten hat am 22. Januar 2019 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 74; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil (Urk. 77 bzw. Urk. 80) wurde der Verteidigung des Beschuldigten am 14. Mai 2019 zuge- stellt (Urk. 79), woraufhin diese mit Eingabe vom 22. Mai 2019 innert Frist (Art. 399 Abs. 3 StPO) die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte sowie Beweisanträge stellte (Urk. 82). Diese wurden mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2019 einstweilen abgewiesen (Urk. 94). Mit Eingabe vom 6. Juni 2019 reichte die Verteidigung die Unterlagen zur finanziellen Situation (Datener- fassungsblatt, Steuererklärungen) sowie "neue Beweismittel im Original" ein (Urk. 89 ff.). Die als "neue Beweismittel" bezeichneten Dokumente (Urk. 91) wur- den zu den Akten genommen.

E. 2.1

Im Rahmen der objektiven Tatschwere ist mit der Vorinstanz (Urk. 80 S. 35) zu berücksichtigen, dass es sich um eine eher geringe Deliktsumme handelt, nämlich um ca. € 32'800.40 (Privatkläger 1 [€ 187'431.03 / 100 x 17.5 %]) bzw. € 5'317.90 (Privatkläger 2 [€ 30'382.37 / 100 x 17.5]). Andererseits hat der Be- schuldigte seine freundschaftliche Verbundenheit zu den Privatklägern (Urk. 70 S. 20; Urk. 9/1 S. 3) und ein dadurch begründetes, bestehendes Vertrauensver- hältnis schamlos ausgenutzt, um sie zum Investment in den L._____ II zu bewe- gen. Dies obwohl er gemäss seinen eigenen Aussagen sogar „ethische Beden-

- 23 - ken“ mit Bezug auf die Investition in die US-Lebensversicherungen hatte, weil sie auf den Tod von Menschen abgeschlossen sind (Urk. 9/1 S. 7 und S. 8; Urk. 70 S. 8). Der Beschuldigte bediente sich zwar, wie dies auch die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (Urk. 80 S. 35) und mit der Verteidigung (Urk. 97 S. 10), keiner besonderen Machenschaften. Indes verfügte er ohne zu zögern über den verein- barten prozentualen Anteil der ihm anvertrauten Geldern hinaus in riskante Wäh- rungsgeschäfte, um sich einen finanziellen Vorteil zu verschaffen. Straferhöhend ins Gewicht fällt zudem die mehrfache Tatbegehung. Wenn die Vorinstanz die ob- jektive Schwere der Tat als gerade noch leicht

einstufte (Urk. 80 S. 35), so ist dies zwar nicht zu beanstanden, erweist sich aber doch eher wohlwollend.

E. 2.2

In subjektiver Hinsicht ist das rein finanzielle Interesse des Beschuldigten zu berücksichtigen. Zwar handelte er nicht direkt in der Absicht, die Privatkläger zu schädigen, doch nahm er mit seiner Absicht, die H._____ Treuhand AG bzw. sich selbst zu bereichern, deren Vermögensschädigung in Kauf. Die Vorinstanz wies zudem zu Recht darauf hin, dass zum Tatzeitpunkt keine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten vorlag und er ohne Weiteres dem Memorandum entsprechend hätte handeln können (Urk. 80 S. 36). Die subjektive Schwere der Tat führt somit zu keiner Relativierung des objektiven Verschuldens.

E. 2.3

Das Verschulden des Beschuldigten ist somit knapp als noch leicht zu qualifizieren. Die durch die Vorinstanz bemessene Einsatzstrafe erweist sich aber als zu milde. Angemessen ist eine Einsatzstrafe von 210 Tagessätzen Geldstrafe bzw. von 7 Monaten Freiheitsstrafe.

E. 2.4

Mit Bezug auf die Täterkomponente sind das Vorleben des Täters, insbesondere allfällige Vorstrafen und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen sowie dessen Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren zu beurteilen.

E. 2.4.1

Der Beschuldigte wuchs in Deutschland (U._____ und V._____) auf. Er absolvierte die ordentliche Schulbildung, welche er mit der mittleren Reife abschloss. Danach absolvierte er im öffentlichen Dienst eine Ausbildung im mittleren Dienst, was seine einzige berufliche Ausbildung ist. Er besuchte zahlreiche Seminare und Kurse im Bereich Kommunikation über das Bankenwesen und die Anla-

- 24 - geberatung, wobei diese jeweils im Zusammenhang mit den Produkten standen, welche der Beschuldigte anschliessend verkaufte. Er arbeitete u.a. im Anlagebereich, wo es gemäss den Aussagen des Beschuldigten um sogenanntes Immobiliensparen gegangen sei. Man habe eine vermietete Wohnung verkauft und über die Rendite der Miete habe die Wohnung über die Jahre entsprechend getilgt werden sollen. Danach habe er sich ein wenig mit dem Währungshandel beschäftigt und sich selber angeschaut, wie Tradingprogramme aussehen und wie sie geschrieben werden. Nachdem er im Jahre 2005 in die Schweiz gekommen sei - die O._____ AG habe ihn in die Schweiz geholt - habe er sich mit Anlagen im Bereich Forex, dem Währungs- und Devisenhandel, beschäftigt. Die Schweizer Firma habe zunächst reinen Währungshandel gemacht und dann angefangen, Währungshandel mit Besicherung anzubieten. Dies zunächst mit dem L._____ I, welcher zu 100 % mit einer W._____ -Anlage hinterlegt gewesen sei. Aufgrund der Insolvenz der W._____ Brothers sei der Fund aber leider insolvent geworden. Danach habe er die "Funds I und II" verkauft. Wie es dazu kam, dass der Beschuldigte über diese Funds verfügen konnte, ist nicht bekannt. Seit über sechs Jahren ist der Beschuldigte wegen "der Schmerzsituation" nicht erwerbstätig. Hierzu führte der Beschuldigte aus, dass er am Anfang auf Grund der „Unfallsituation“, Unfalltaggeld erhalten habe, welche seit 2016 eingestellt worden seien. Deswegen laufe ein Strafverfahren gegen ihn, da der Staatsanwalt der Meinung sei, dass seine Erkrankung ein Hirngespinnst von ihm sei und er die Taggelder zu Unrecht bezogen

habe. Der Beschuldigte ist geschieden und lebt aktuell überwiegend in einer Hausgemeinschaft mit einer ehemaligen Lebensgefährtin. Diese unterstützt ihn mit Fr. 1'300.– pro Monat. Gemäss dem Beschuldigten gibt es noch zwei gute Freunde, welche ihn ebenfalls unterstützen würden. Mit diesen habe er keinen Darlehensvertrag abgeschlossen, indes wollten sie "das Geld schon irgendwann zurück". Er habe offene Betreibungen respektive Verlostscheine in der Höhe von rund Fr. 180'000.– (Urk. 70 S. 4 f.; Urk. 9/1 S. 2 und S. 6; Urk. 90/1; Prot. II S. 6 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Werdegang lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

- 25 -

E. 2.4.2

Als Vorstrafen hat die Vorinstanz folgende Verurteilungen in Deutschland wegen mehrfachen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt aufgeführt: Urteil des Amtsgerichts Marburg vom 23. März 2005 (20 Tagessätze Geldstrafe zu je € 15), Urteil des Amtsgerichts Marburg vom 1. Juni 2005 (20 Tagessätze Geldstrafe zu je € 15) und Urteil des Amtsgerichts Marburg vom 4. April 2006 (40 Tagessätzen zu je € 15). Mit Urteil des Amtsgerichts Marburg vom 4. April 2006 wurde zudem betreffend die Entscheidungen vom 1. Juni 2005 und 23. März 2005 eine Gesamtstrafe von 25 Tagessätzen zu je € 15 gebildet, wobei aus dem Urteil vom 1. Juni 2005 fünf Einzelstrafen einbezogen wurden und eine Einzelstrafe von fünf Tagessätzen daneben bestehen blieb (Urk. 80 S. 37; Beizugsakten GG120059-C Urk. 5/310007 ff.). Die Vorinstanz wies zudem darauf hin, dass der Beschuldigte in den Jahren 2009 und 2010 erneut in Deutschland verurteilt wurde und die Tilgungsfrist für diese Verurteilungen je fünfzehn Jahre betrage, dies gestützt auf § 46 Ziff. 4 des deutschen Gesetzes über das Zentralstrafregister und das Erziehungsregister [Bundeszentralregistergesetz; BZRG]). Dies habe zur Folge, dass die anfangs erwähnten drei Urteile aus den Jahren 2005 und 2006 noch nicht getilgt und daher auf Grund von § 51 in Verbindung mit § 47 (3) BZRG im Rahmen der Strafzumessung als Vorstrafen zu berücksichtigen seien (Urk. 80 S. 37). Diese Erwägungen sind, was die deutschen Fristen angeht korrekt. Für die Schweiz sind indes die Fristen gemäss Art. 369 StGB relevant, auch wenn die ausländischen Gesetze längere Fristen vorsehen. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass es keine Rolle spielen könne, wo eine Vortat begangen wurde, in der Schweiz oder im Ausland. „Entscheidend ist einzig der Zeitablauf, nach dem Vortaten aus dem Register zu tilgen sind. Art. 369 StGB ist danach ausnahmslos auf ausländische und schweizerische Vortaten anzuwenden; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Fristen für die Löschung aus dem Register im anwendbaren ausländischen Recht länger sind als diejenigen von Art. 369 StGB.“ (Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 2015, 1B_88/2015, E.2.2.1). Dies hat zur Folge, dass diese Vorstrafen nicht zu berücksichtigen sind. Dasselbe gilt - wie die Vorinstanz korrekt ausgeführt hat, für die deutschen Urteile des Amtsgerichts Marburg vom 11. Februar 2009 und 1. Oktober 2010 (Beizugsakten GG120059-C Urk. 8/2-3) sowie das Urteil 22. November 2013 des Bezirksgerichts

- 26 - Bülachs wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung (GG120059-C; Urk. 64), da diese nach den vorliegend zu beurteilenden Handlungen ergangen sind. Der Beschuldigte weist somit keine Vorstrafen auf, welche ihm im vorliegenden Verfahren entgegengehalten werden dürfen. Die Vorstrafenlosigkeit ist bei der Strafzumessung neutral zu werten.

E. 2.4.3

Zum Nachtatverhalten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nicht geständig ist. Anlässlich der Hauptverhandlung bestritt der Beschuldigte die Tatvorwürfe nach wie vor vollumfänglich. Aus seinen Aussagen lässt sich weder aufrichtige Reue noch Einsicht ins Unrecht der Tat erkennen (vgl. Prot. I S. 21, wo der Beschuldigte im Schlusswort aussagte, dass es ihm natürlich leidtue, dass das Produkt nicht so funktioniert habe, wie auch er sich das gedacht habe). Der Beschuldigte unternahm auch keinerlei Versuche, den finanziellen Schaden der Privatkläger auszugleichen.

E. 2.4.4

Eine besondere Strafempfindlichkeit des Beschuldigten besteht nicht und auch aus dessen Leumund ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Dies hielt auch die Vorinstanz fest. Zu Gunsten des Beschuldigten berücksichtigte die Vorinstanz die "vergleichsweise lange Verfahrensdauer" (Urk. 80 S. 38). Nachdem sich der Beschuldigte während rund sieben Jahren wohlverhielt, rechtfertigt sich gestützt auf Art. 48 lit. e StGB eine spürbare Reduktion.

E. 2.5

Insgesamt rechtfertigt sich eine Reduktion der Einsatzstrafe auf 150 Tagessätze Geldstrafe bzw. fünf Monate Freiheitsstrafe. Angesichts des Wegfalls der Vorstrafen und der substantielleren Berücksichtigung der langen Verfahrensdauer gibt es im Ergebnis keinen Anlass, die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe weiter zu senken.

E. 2.6

Bei der Wahl der Art der Strafe hat die Vorinstanz die rechtlichen Grundlagen sowie die Rechtsprechung korrekt wiedergegeben. Sie kam auf Grund der bisherigen Verurteilungen des Beschuldigten zu Geldstrafen zum Schluss, dass diese wirkungslos geblieben seien. Diese Tatsache lasse keine andere Vermutung zu, als dass eine erneute Geldstrafe den Beschuldigten kaum beeindrucken

- 27 - werde, weshalb eine Freiheitsstrafe ausgefällt wurde (Urk. 80 S. 32 f. und S. 38 f.). Nachdem die in Deutschland erwirkten Strafen dem Beschuldigten nicht als Vorstrafen entgegeng gehalten werden dürfen, gibt es keine Gründe, welche für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe sprechen. Der Beschuldigte ist somit zu 150 Tagessätzen Geldstrafe zu verurteilen. Auf Grund seiner finanziellen Verhältnisse (Urk. 70 S. S. 4 f.; Urk. 90/1) ist der Tagessatz auf Fr. 30.– festzusetzen. Mangels Gleichartigkeit der Strafen kann definitionsgemäss keine Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 22. November 2013 festgesetzten Grundstrafe von neun Monaten Freiheitsstrafe ausgefällt werden, die Regeln der restrospektiven Konkurrenz kommen nicht zur Anwendung (BSK StGB I-ACKERMANN, Art. 49 N 174). VI. Vollzug Die Vorinstanz hat den Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben und eine Probezeit von vier Jahren angesetzt (Urk. 80 S. 40 f.). Die Länge der Probezeit ist auf Grund der verbleibenden Restbedenken insbesondere auf Grund der mangelnden aufrichtigen Reue bzw. Einsicht ins Unrecht der Tat auf drei Jahre festzusetzen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Nachdem es im Berufungsverfahren beim vorinstanzlichen Schuldspruch bleibt, ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe gemäss Dispositiv Ziffer 7 des angefochtenen Entscheides zu bestätigen. 2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Untertiegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung unterliegt, sind ihm die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für

das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

- 28 - Die Verteidigung machte einen Aufwand von Fr. 5'564.30 geltend (Urk. 98). Nachdem die heutige Berufungsverhandlung kürzer dauerte, als die von der Verteidigung in ihrer Honorarnote geschätzten vier Stunden, sind die Kosten der amtlichen Verteidigung pauschal auf Fr. 4'900.– festzulegen. Es wird beschlossen:

E. 3

Innert der angesetzten Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO (Urk. 85) verzichtete die Staatsanwaltschaft am 3. Juni 2019 auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 88). Die Privatklägerschaft liess sich nicht vernehmen.

E. 4

Dies gilt auch für den subjektiven Tatbestand: Indem der Beschuldigte vereinbarungswidrig über die ihm von den Privatklägern anvertrauten Vermögenswerte verfügte, hat er die Gelder wissentlich und willentlich nicht vereinbarungsgemäss angelegt (vgl. BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 112 mit diversen Hinweisen). Der Beschuldigte hat die prozentual höheren als vereinbarten Investition in den Devisenhandel veranlasst, um dadurch auf Grund des daraus resultierenden höheren Handelsvolumens bei den Währungsgeschäften von höheren Kommissionen profitieren zu können. Damit ist die Absicht des Beschuldigten, die H._____ Treuhand AG bzw. sich selber unrechtmässig zu bereichern, gegeben. Dies unabhängig davon, ob die Abschöpfung „vertraglich vereinbart“ war, wie dies die Verteidigung geltend macht (Urk. 67 S. 11). Denn die Abredewidrigkeit liegt im zu hohen prozentualen Anteil der Anlage in Forex-Geschäfte, was eine summenmässig höhere Kommission zur Folge hat, auch wenn der prozentuale Anteil der Kommission „vertragsgemäss“ sein sollte. Der Tatbestand verlangt zudem keine tatsächliche Bereicherung, sondern lediglich die Absicht, sich zu bereichern, was vorliegend der Fall ist. Der Wille und die Fähigkeit, jederzeit Ersatz zu leisten (sog. „Ersatzbereitschaft“) - was die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung ausschliessen würde (BGE 118 IV 27 E. 3a) -, wird durch den Beschuldigten weder behauptet noch dargetan, dazu wäre er finanziell auch nicht in der Lage (Urk. 70 S. 4).

- 22 -

E. 5

Der Beschuldigte ist daher der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen. V. Strafzumessung 1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig dargestellt (Urk. 80 S. 31 ff.), worauf zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte die zu beurteilenden Straftaten vor Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionsrechts; AS 2016 1249) begangen hat. Das geltende (neue) Recht ist daher auf ihn nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; Donatsch in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Aufl. 2018, Art. 2 N 10). Das ist vorliegend nicht der Fall (Wegfall des teilbedingten Vollzugs, Verkürzung der maximalen Anzahl Tagessätze auf 180, Festlegung einer Tagessatzuntergrenze sowie

die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafen [vgl. Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 3. Juli 2018, SB180105, E. IV 1) 2. Das Gericht bemisst die Strafe nach dem Verschulden des Täters, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB; vgl. zu den Einzelheiten BGE 123 IV 49 E. 2 und BGE 136 IV 55).

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