

ZH_OBERGERICHT SB210192 vom 21. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210192

FR: ZH_OBERGERICHT SB210192 du 21 novembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB210192 del 21 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 17. Dezember 2020 des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB schuldig, soweit es das Verfahren nicht wegen Verjährung einstellte, und bestrafte ihn mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten. Ferner entschied es über die Zivilforderungen der Privatklägerinnen und regelte die Kostenfolgen des Verfahrens (Urk. 19 S. 30 ff.).

E. 1.1

Seit dem 1. Januar 2018 ist das revidierte Sanktionenrecht in Kraft (AS 2016 1249; BBI 2012 4721). Der Beschuldigte beging das in Frage stehende Delikt zeitlich teilweise vor und teilweise nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Gemäss Art. 2 Abs. 1 StGB wird derjenige nach dem neuen Recht beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Wurde das Verbrechen oder Vergehen bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen, so ist dieses nur anwendbar, wenn es für den Beschuldigten das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der Grundsatz der *lex mitior* erlaubt es allerdings nicht, bezogen auf ein und dieselbe Straftat altes und neues Recht zu kombinieren. Ändert sich – wie in casu – bei Dauer- resp. Kollektivdelikten das Recht bezogen auf die Sanktion während der fortgesetzten Tatbegehung, ist gemäss Lehre und Rechtsprechung auf das gesamte Delikt das neue Recht anwendbar (Urteil des Bundesgerichts 6B_196/2012 vom 24. Januar 2013 E. 1.3 mit Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

E. 1.2

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kommt angesichts der Schwere des Verschuldens und der damit einhergehenden Höhe der Einsatzstrafe, welche deutlich über dem Anwendungsbereich der Geldstrafe – und zwar auch über jenem nach altem Recht, der sich noch bis maximal 360 Tagessätze erstreckte – zu liegen kommt, einzig eine Freiheitsstrafe als Sanktion in Frage. Nachdem die mit der Revision vorgenommenen Änderungen primär den Anwendungsbereich der Geldstrafe betreffen bzw. einschränken (Wegfall des teilbedingten Vollzugs, Verkürzung der maximalen Anzahl Tagessätze auf 180, Festlegung einer Tagessatz-

- 35 - zuntergrenze) bzw. die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafen (bis sechs Monate) mit sich bringen, zeitigt die zwischenzeitlich erfolgte Gesetzesrevision allerdings ohnehin keine konkreten Auswirkungen auf die vorliegende Strafzumessung. 2. Die Strafe ist – unter Vorbehalt aussergewöhnlicher Umstände (BGE 136 IV 55 E. 5.8), die hier nicht gegeben sind – innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen, der bei gewerbsmässigem Betrug von Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bis zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren reicht (Art. 146 Abs. 2 StGB).

E. 2

Gegen den mündlich eröffneten Entscheid (Prot. I S. 42) liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 22. Dezember 2020 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 14). Die schriftliche Berufungserklärung folgte mit Eingabe vom 29. März 2021 ebenfalls rechtzeitig (Urk. 18/2; Urk. 20). Die Staatsanwaltschaft erhob innert der mit Präsidialverfügung vom 16. April 2021 angesetzten Frist Anschlussberufung (Urk. 22; Urk. 24). Weitere Anschlussberufungen wurden nicht erhoben.

- 5 -

E. 2.1

Der Beschuldigte stellt bis heute nicht in Abrede, seinen Gesundheitszustand gegenüber den Leistungserbringern und den involvierten Ärzten bzw. Gutachtern wie in der Anklage im Einklang mit den Akten umschrieben dargestellt zu haben. Er macht aber geltend, dass seine Darstellung der Wahrheit entsprochen habe und entspreche. Er habe niemanden getäuscht und hinsichtlich seiner Schiefhaltung und seiner Schmerzen nicht übertrieben. Sodann sei der Schiefhals nicht die einzige Diagnose gewesen. Vielmehr sei er insbesondere auch aufgrund der starken Schmerzen für arbeitsunfähig erklärt worden. Er habe daher Anspruch auf die ihm ausgerichteten Renten und die Prämienbefreiungen gehabt (vgl. pag. 400028 f., 400030 f. 400032 ff.; Prot. I S. 11 ff. ; Prot. II S. 17 ff.).

E. 2.2

Die Verteidigung stellt zunächst die Verwertbarkeit der Observation durch die IV-Stelle in Frage. Materiell verweist sie sodann darauf, dass der Anklagevorwurf auf Erhebungen ab dem Jahr 2016 beruhe, die nicht für die Beurteilung des Gesundheitszustands des Beschuldigten für die Zeit davor dienen könnten. Dem Beschuldigten könne es vor Beginn der Observation durch die IV-Stelle am 31. Mai 2016 sowohl schlecht als auch gut gegangen sein. In dubio pro reo sei die für den Beschuldigten günstigere Variante zu wählen (Urk. 32 S. 2 f.). Eine Simulation bzw. Täuschung der Ärzte etc. sei sodann nicht erstellt. Wenn im ABI-Gutachten vom 20. November 2017 festgehalten werde, dass davon auszugehen sei, dass alle medizinischen Berichte seit 1998 falsch gewesen seien und sich alle Ärzte durch den Beschuldigten hätten täuschen lassen, sei das keine fundierte medizinische Beurteilung, sondern nur eine Meinungsäusserung eines Arztes. Überhaupt halte sich das ABI sehr kurz in seiner neuen Beurteilung gestützt auf die im Jahr 2016 erfolgte Observation. Die Observation am 12. November 2018 beweise eine Simulation sodann nicht. Diese sei rund zwei Wochen nachdem

- 10 - dem Beschuldigten eine Spritze mit schmerzlindernden Mitteln verabreicht worden sei, die im Schnitt 14 Tage wirke, erfolgt. Ferner gebe es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte nicht simuliert habe oder simuliere. So sei 2015 eine Poyssomnographie (diagnostische Abklärung zur Ermittlung von Ursachen von Schlafstörungen) durchgeführt und diesbezüglich im ABI-Gutachten 2015 festgehalten worden, dass betreffend Schiefhals auch im Tiefschlaf keine Haltungskorrektur erfolge. Weiter sei im Gutachten des Zentrums für medizinische Begutachtung in Basel (ZMB) sowohl am linken Arm wie auch am linken Bein eine deutliche Umfangsdifferenz festgestellt worden, was auf einen längerdauernden Mindergebrauch dieser beiden linken Extremitäten hinweise. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte nie zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei bzw. dass er unfähig gewesen wäre, gewisse Verrichtungen zu erledigen. Gegen die Version der Anklage sprächen auch die Aussagen

der Kinder des Beschuldigten und seiner Ehefrau, die übereinstimmend und glaubhaft von der Schmerzproblematik des Beschuldigten und seinen Einschränkungen im Alltag und im Spiel mit den Kindern berichteten. Diese Aussagen erschienen viel gewichtiger als Observationsberichte, die wenige Minuten im Leben des Beschuldigten beleuchteten. Der Schiefhals sei desweilern gar nicht relevant, wenn es um die Frage der Berentung und des Betrugs gehe. Eine Strafbarkeit sei nur gegeben, wenn aufgrund einer simulierten Diagnose eine Rente gesprochen worden sei. Sofern eine andere Diagnose aber gleichzeitig ebenfalls zu einer Rente geführt hätte, wäre eine Strafbarkeit zu verneinen. Es müsste mit anderen Worten ausgeschlossen werden können, dass weitere Diagnosen vorgelegen hätten, welche zu einer Rente berechtigt hätten bzw. es müsse dem Beschuldigten nachgewiesen werden können, dass er im relevanten Zeitraum in einem Ausmass arbeitsfähig gewesen sei, das zu keiner IV-Rente berechtigt hätte. Tatsächlich sei als Hauptdiagnose ein chronisches Panvertebralsyndrom festgestellt worden. Ob die Anklage behauptete, dass diese Diagnose falsch sei, sei unklar. Die Diagnose sei aber auch nicht falsch gewesen. In diesem Zusammenhang sei auf das ABI-Gutachten 2017 hinzuweisen, in dem die Diagnosen "Chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren", "Chronische Nacken-Schulterbeschwerden beidseits" und "Chronisches lumbales und thorakovertebrales Schmerzsyndrom"

- 11 - gestellt würden. Die Diagnose der Schmerzproblematik werde also zwanzig Jahre nach der Rentenbegründung durch das ABI-Gutachten 2017 bestätigt. Genau diese Schmerzproblematik, welche im Jahr 1998 rentenbegründend gewesen sei, bestehe mithin auch heute noch. Mit anderen Worten habe der Beschuldigte zwar stets seine Schiefhalsproblematik erwähnt. Diese sei aber nicht rentenbegründend gewesen. Vielmehr habe das chronische Schmerzsyndrom die Rente begründet. Diese Diagnose bestehe heute noch. Bezogen auf eine allfällige Simulation des Schiefhalses fehle es am Kausalzusammenhang zwischen dieser und der Rente. Der Beschuldigte habe denn auch bereits im Jahr 1999 gegenüber dem Neurologen des Hirsländenspitals angegeben, dass ihn der Schiefhals eigentlich nicht störe. Was ihn störe, seien die Schmerzen. Der Beschuldigte habe die Ärzte nicht über seine Schmerzproblematik getäuscht. Der Vorwurf könne damit einzig darin bestehen, dass der Beschuldigte die Schmerzen übertrieben geschildert habe. Dieser Beweis könne aber nicht erbracht werden, weil dafür Arztberichte aus dem Jahr 2018 sicher nicht genügten und weil Schmerzen subjektiv seien. Dabei sei bereits zum Zeitpunkt der Rentenbegründung von mehreren Ärzten angegeben worden, dass beim Beschuldigten eine psychische Problematik vorliegen könnte. Praktisch von allen Ärzten sei im Übrigen eine somatische Problematik von Beginn weg ausgeschlossen worden. Wenn nun aber eine psychische Problematik vorgelegen habe und vorliege, könne nicht von einer Simulation gesprochen werden. Vielmehr könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine psychische Diagnose mit der subjektiven Beurteilung der angegebenen Schmerzen im Zusammenhang stehe. Dass der Beschuldigte im Jahr 1998 und in den Folgejahren mit Wissen und Willen seine Schmerzen falsch geschildert habe, könne vor diesem Hintergrund nicht als erstellt gelten. Auch im ABI-Gutachten vom 31. Oktober 2017 werde im Übrigen festgehalten, es bestehe eine hohe subjektive Krankheitsüberzeugung. Subjektiv sei somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte seine Schmerzen stets so empfunden habe und zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt habe zu betrügen. Die Schmerzstörung sei zudem nicht die einzige Diagnose, die bis heute bestehe. Vielmehr leide und habe der Beschuldigte stets an einer Vielzahl von Krankheiten gelitten. Aus den Arztberichten aus dem Jahr 2021 ergäben sich – neben der chronischen Schmerzstörung –

die

- 12 - Hauptdiagnosen Parkinson Syndrom, Hemihypästhesie (Empfindungsstörung, die nur eine Körperhälfte betrifft), schwere depressive Episode sowie Agoraphobie (Platzangst). Es sei davon auszugehen, dass auch diese Beeinträchtigungen schon länger bestehen und je einzeln rentenbegründend gewesen wären und sei- en. Insofern sei wieder vom Fehlen der Kausalität zwischen der vorgeworfenen Simulation und der Rente auszugehen. Weiter fehle es dadurch auch am Vermö- gensschaden, der hinsichtlich der von der Anklage behaupteten Höhe im Übrigen auch unter Hinweis auf die laufende Verjährung bestritten werde (Urk. 9; Urk. 32 S. 2 ff.). Zur Unterstützung ihres Standpunktes reichte die Verteidigung bereits anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zusätzlich diverse Arztberichte aus dem Jahr 2020 (Urk. 10/1) und eine Medikamentenaufstellung für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2019 von Dr. med. G._____ (Urk. 10/2) ein. An der Berufungsverhandlung wurden sodann weitere Arztberichte des Uni- versitätsspitals Zürich aus dem Jahr 2021 eingereicht (Urk. 33/1). 3. Vorab ist festzuhalten, dass als Folge des Eintritts der Verjährung nur die ab November 2006 ausgerichteten Versicherungsleistungen der Privatklägerinnen 1 und 2, die ab September 2012 ausgerichteten Versicherungsleistungen der Pri- vatklägerin 3 und die ab Dezember 2014 ausgerichteten Versicherungsleistungen der Geschädigten im Gesamtbetrag von Fr. 641'132.10 (noch) Gegenstand des Verfahrens sind (vgl. dazu Urk. 19 S. 7 f.). Gleichwohl sind die Geschehnisse im IV-Anmeldeverfahren der Jahre 1998 bis 2001 und im gesamten ersten Revisi- onsverfahren des Jahres 2006 als Teil eines sich als Kontinuum darstellenden Sachverhalts für die Beurteilung des Anklagevorwurfs von Bedeutung. 4.1 Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass die von einer IV-Stelle an- geordnete Observation eines Versicherten bis zum Inkrafttreten der Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts am 1. Oktober 2019 einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehrte, der Obser- vationsbericht vom 6. März 2017 aber dennoch als Beweismittel verwertbar sei (Urk. 19 S. 5 f.), wobei präzisierend anzufügen ist, dass dies namentlich auch für das darin erwähnte Bildmaterial gilt. Letzteres (pag. 100013; pag. 100132-

- 13 - 100141) erlaubt es den Parteien und dem Gericht, die Aussagen im Observati- onsbericht (pag. 100108-100115) und in den Tagesprotokollen zur Observation (pag. 100116-100131) zu verifizieren. Der Beschuldigte hat im Verlauf des Ver- fahrens denn auch nie die Einvernahme der involvierten Detektive als Zeugen be- antragt. 4.2 Ferner ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass das ABI-Gutachten vom 20. November 2017, das im Auftrag der IV-Stelle ausgearbeitet wurde, im Strafverfahren verwertbar ist (Urk. 19 S. 6). Gleiches gilt für das ABI-Gutachten vom 21. Dezember 2015 (pag. 100086-100099) und das MEDAS-Gutachten vom 28. August 2001 (pag. 100044-100054). Sie alle wurden dem Beschuldigten als Teil des Beweismaterials vorgelegt (pag. 300001-300232). Er und die Verteidi- gung konnten sich im Rahmen des Vorverfahrens sowie beider gerichtlichen Ver- fahren zu diesen äussern und haben dies auch getan. Einwände gegen die Per- son der Gutachter haben sie keine erhoben. 4.3 Der Beschuldigte und seine Ehefrau wurden je als Beschuldigte einvernom- men und ordnungsgemäss miteinander konfrontiert (pag. 400023-400051). Die Aussagen der Mitbeschuldigten sind folglich uneingeschränkt auch zulasten des Beschuldigten verwertbar. Gleiches gilt für die Aussagen der Kinder des Beschul- digten, die im Rahmen polizeilicher Einvernahmen unter korrekter Belehrung und Wahrung der Parteirechte (pag. 300348 ff.; pag. 300426 ff.)

erhoben wurden. An- zumerken ist, dass nicht nur der Beschuldigte, sondern auch die Mitbeschuldigte und ihre beiden Kinder ein offensichtliches persönliches Interesse am Ausgang des Strafverfahrens haben, was ihre Glaubwürdigkeit einschränkt. Entscheidend ist allerdings die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen (BGE 147 IV 534 E. 2.2.3).

E. 3

Am 11. Februar 2022 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers sowie des Vertreters der Staats- anwaltschaft statt (Prot. II S. 4 ff.). Mit Beschluss vom 16. Februar 2022 wurde im Sinne einer Beweisergänzung die Einholung eines medizinischen Gutachtens bei Prof. Dr. med. D._____ angeordnet (Urk. 35). Nach Eingang der Expertise vom

E. 3.1

In objektiver Hinsicht fällt die sehr lange Deliktsdauer von fast 12 Jahren und der mit Fr. 640'000.– bedeutende Deliktsbetrag in Betracht. Der Beschuldigte inszenierte sein Leiden auch gemessen am Umstand, dass der Tatbestand eine qualifizierte Täuschung per se voraussetzt, verhältnismässig dreist und mit hohem Aufwand. Seine über Jahre in zahlreichen medizinischen Untersuchungen und Befragungen mit nicht unerheblichem Aufwand immer wieder aufs Neue unter- nommenen Anstrengungen, die verschiedenen Ärzte, Gutachter, Behörden und privaten Versicherer über seine angebliche Arbeitsunfähigkeit zu täuschen, um an eine Rente zu gelangen, die ihm nicht zustand, zeugen von einer ganz erheblich ausgeprägten kriminellen Energie. Richtig ist sodann zwar, dass die ertrogenen Leistungen seine einzige Einnahmequelle darstellten und sie daher nur seiner Existenzsicherung und nicht einem Leben in Saus und Braus dienten. Die durch Deliktsdauer, Deliktsbetrag und Art und Weise seines Vorgehens geprägte objek- tive Schwere der Tat relativiert das allerdings nicht. Vielmehr bleibt zu konstatie- ren, dass der Beschuldigte über Jahre hinweg auf Kosten von Sozial- und Privat- versicherungen sein Leben lebte, das – hält man sich das Ergebnis der Observa- tionen, aber auch die Tatsache vor Augen, dass er ein- bis zweimal jährlich Ferien in N._____ machte, bis zum Entzug des Führerausweises im Jahr 2015 auch Au- to fuhr, spazieren und schwimmen ging (vgl. beispielsweise Prot. I S. 9) sowie ge- legentlich Bekannte traf – keineswegs von auffälligem Rückzug geprägt war. Dass Sozialkontakte im Rahmen der Erwerbstätigkeit wegfielen, entsprach seiner (de- liktischen) Entscheidung. Nichtsdestotrotz umfasst der Straftatbestand des ge-

- 36 - werbsmässigen Betrugs aber in jeder Hinsicht objektiv noch deutlich schwerere Delikte, weshalb – in Relation zum weiten Strafraumen von bis zu 10 Jahren Frei- heitsstrafe – von einem objektiv nicht mehr leichten Verschulden auszugehen ist.

E. 3.2

In subjektiver Hinsicht liegt direkter Vorsatz vor. Der Beschuldigte liess sich einzig von finanziellen und damit egoistischen Motiven leiten, was für den Tatbe- stand aber typisch ist. Dabei wäre es ihm grundsätzlich ohne Weiteres möglich gewesen, anders zu handeln und seiner angestammten Tätigkeit im [...] oder ei- ner anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine drückende Arbeitslosigkeit, die sein Handeln möglicherweise in gewissem Mass hätte nachvollziehbar machen können, bestand im Raum Zürich jedenfalls nie. Leicht verschuldensrelativierend ist zu seinen Gunsten einzig anzunehmen und zu berücksichtigen, dass ein ge- sichtswahrender Ausstieg aus der deliktischen Tätigkeit mit zunehmender Dauer der Berentung immer schwieriger wurde. Anzufügen ist jedoch, dass

der Beschuldigte nicht geltend macht, jemals ernsthaft beabsichtigt zu haben, die deliktische Tätigkeit einzustellen. Insgesamt bleibt es damit auch unter Berücksichtigung des subjektiven Verschuldens, dass das objektive nur geringfügig zu relativieren vermag, bei einem nicht mehr leichten Verschulden.

E. 3.3

Davon ausgehend erweist sich mit der Vorinstanz eine Einsatzstrafe im oberen Bereich des unteren Drittels des Strafrahmens als angemessen. Sie ist allerdings leicht höher auf 36 Monate festzusetzen. 4.1 Der Beschuldigte wurde 1959 als ... [Staatsangehöriger von N._____] in Q.____ [Staat in Europa] geboren und ist dort zusammen mit vier Geschwistern in einfachen, aber geordneten Verhältnissen aufgewachsen. Der Vater hielt sich ab dem Jahr 1970 arbeitshalber in R.____ [Staat in Europa] und der Schweiz auf. Seine Eltern lebten in S.____ [Stadt in N._____] und sind inzwischen gestorben. Seine vier Geschwister leben in der Schweiz, R.____ und T.____ [Staat in Europa]. Nach der achtjährigen Schulzeit absolvierte der Beschuldigte in Q.____ eine [...]lehre. Danach war er während 15 Monaten im Militärdienst. 1980 kam er 21-jährig in die Schweiz und lebt seitdem hier. Er ist inzwischen Schweizer Staatsbürger. Hier hat er auch seine Frau, mit der er seit 1987 verheiratet ist und zwei mittlerweile erwachsene Kinder hat, kennengelernt. In der

- 37 - Schweiz arbeitete er während rund 17 Jahren bis im Oktober 1997 an verschiedenen Orten als [...]. Seither ging er keiner Erwerbstätigkeit mehr nach, sondern bezog unter den im vorliegenden Verfahren relevanten Umständen Rentenleistungen, bis diese im Jahr 2017/18 eingestellt wurden. Seither leben er und seine Ehefrau, welche aus gesundheitlichen Gründen seit mehreren Jahren ebenfalls nicht mehr erwerbstätig ist, von der finanziellen Unterstützung ihrer Kinder. Eine Anmeldung beim Sozialamt ist eigenen Angaben zufolge bislang nicht erfolgt. Der Mietzins der gemeinsamen Wohnung beläuft sich auf Fr. 1'600.–, die Krankenkassenprämien für beide auf ca. Fr. 950.– monatlich. Er ist zufolge Erbschaft Eigentümer eines knapp 1'000 Quadratmeter grossen bebauten Grundstücks in Q.____, welches gemäss dem Beschuldigten jedoch in schlechtem Zustand sei und seit dem ...-Krieg praktisch keinen Wert mehr habe. Hobbies habe er keine (pag. 100048; Prot. I S. 5 ff.; Prot. II S. 7 ff.). Aus der Biografie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes. 4.2 Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe sind keine gegeben. Namentlich ist der Beschuldigte weder vorbestraft noch geständig. 4.3 Die Täterkomponente bleibt damit ohne Auswirkung auf die Höhe der Strafe. 5. Der Beschuldigte ist folglich mit einer seinem Verschulden angemessenen Sanktion von 36 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen. An die Freiheitsstrafe ist ein Tag bereits erstandene Haft anzurechnen. VI. Vollzug 1. Die im Berufungsverfahren ausgefallte Freiheitsstrafe übersteigt 24 Monate und erlaubt von ihrer Dauer her den bedingten Vollzug daher nicht mehr. Es kommt mithin höchstens noch ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe in Frage. 2. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr und höchstens 3 Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1

- 38 - StGB). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB); sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe muss mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB). Bei einer Schlechtprognose ist auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen (BGE

134 IV 1 E. 5.3.1). Ergeben sich ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht den Vollzug der Freiheitsstrafe teilweise aufschieben (BGE 134 IV 60 E. 7.4 mit Hinweis auf BGE 134 IV 1 E. 5.5.2). Auf diesem Wege kann das Gericht im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubs angesichts des gleichzeitigen Teilvollzugs für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Vollzug der Strafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint. Das trifft nicht zu, solange die Gewährung des bedingten Strafvollzugs kombiniert mit einer Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse (Art. 42 Abs. 4 StGB) spezialpräventiv ausreichend ist. Diese Möglichkeit hat das Gericht vorgängig zu prüfen (vgl. zum Ganzen: BGE 134 IV 60 E. 7.4 f. mit Hinweisen). Die subjektiven Voraussetzungen des teilbedingten Vollzugs richten sich nach denselben Kriterien, die für den vollbedingten Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB gelten (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Die Prüfung, ob Gewähr für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr besteht, setzt eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände voraus. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten einer Bewährung zulassen. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheids miteinzubeziehen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1).

3. Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid von einer günstigen Legalprognose aus, dies gestützt auf den Umstand, dass der Beschuldigte nicht einschlägig vorbestraft sei und zudem anzunehmen sei, dass ihm das vorliegende Verfahren die Tragweite seines Fehlverhaltens aufgezeigt habe. Zumindest vom Fehlen einer eigentlichen Schlechtprognose geht auch die hiesige Kammer aus, weshalb dem

- 39 - Beschuldigten – auch unter Einbezug der jüngsten Umstände – der teilbedingte Vollzug zu gewähren ist. Wie sogleich zu zeigen sein wird, ist der vollziehbare Teil der Strafe – anders als noch vor Vorinstanz – jedoch über dem gesetzlichen Minimum von 6 Monaten anzusetzen, was weiter dazu beiträgt, dass aus spezialpräventiver Sicht davon auszugehen ist, dass sich der Beschuldigte nach Verbüsung dieses Teils seiner Strafe bewähren wird.

4. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6 S. 15). Unter dem Begriff des Verschuldens ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs zu verstehen. Er umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Der Begriffsinhalt richtet sich nach der Legaldefinition von Art. 47 Abs. 2 StGB. Gemeint ist die Strafzumessungsschuld. Das Verschulden ist daher zunächst und vor allem ein Bemessungskriterium bei der Strafzumessung. Für die Beurteilung, ob eine teilbedingte Strafe wegen des Verschuldens des Täters und unter Berücksichtigung seiner Bewährungsaussichten als notwendig erscheint, kann es indessen auf die Strafzumessungsschuld nicht mehr in gleicher Weise ankommen. Denn im Zeitpunkt, in dem das Gericht über die Gewährung des Strafaufschubes befindet, muss die Strafhöhe bereits feststehen, und es geht nur noch um die angemessene Vollzugsform. Allerdings verknüpft das Gesetz die Frage nach der schuldangemessenen Strafe und jene nach deren

Aufschub insoweit, als es den bedingten Strafvollzug für Strafen ausschliesst, die 2 Jahre übersteigen. Die Notwendigkeit einer teilbedingten Freiheitsstrafe ergibt sich dann als Folge der Schwere des Verschuldens, das sich in einer Strafhöhe zwischen 2 und 3 Jahren niederschlägt. Darin liegt ein Anhaltspunkt für die Bedeutung der Verschuldensklausel (Urteil des Bundesgerichts 6B_245/2008 vom 4. September 2008 E. 2.3, mit Verweisen auf BGE 134 IV 1).

- 40 - 5. Der Beschuldigte wird vorliegend zu 36 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, wobei in der Strafzumessung von einem "nicht mehr leichten" Verschulden auszugehen ist. Letzteres führt nun allerdings nicht automatisch dazu, dass der vollziehbare Strafteil auf oder in unmittelbarer Nähe des gesetzlichen Minimums festgesetzt werden müsste. Denn diese Einstufung des Tatverschuldens erfolgt stets in Relation zum Strafraum, welcher vom Gesetzgeber – wie auch in casu mit Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren – in der Regel bewusst sehr weit gefasst ist und lediglich die Eckwerte für die Strafzumessung definiert. Zum andern entspricht die Beurteilung des Verschuldens bei der teilbedingten Freiheitsstrafe gemäss bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerade nicht jener bei der Strafzumessungsschuld.

E. 5

August 2022 (Urk. 41) wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zum Gutachten zu äussern (Urk. 42). Die entsprechende Stellungnahme der Staatsanwaltschaft datiert vom 25. August 2022 und jene der Verteidigung vom 5. September 2022 (Urk. 47). Sodann erklärten die Berufungsparteien am 15. bzw. 19. September 2022, dass sie auf eine mündliche Urteilseröffnung verzichten und mit einer schriftlichen Mitteilung des Berufungsentscheids einverstanden sind (Urk. 50-51). Der vorliegende Entscheid ergeht in geänderter Gerichtsbesetzung, was den Parteien mitgeteilt wurde. Sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft haben auf Wiederholung der Berufungsverhandlung verzichtet (Urk. 53 und Urk. 54). II. Berufungsumfang Die Berufung des Beschuldigten richtet sich explizit gegen die Dispositivziffern 1 (Verurteilung wegen gewerbmässigen Betrugs), 2 und 3 (Sanktion) sowie 6 (Schadenersatzanspruch Privatklägerin 3) und 9 (Kostenauflage). Aufgrund des engen Zusammenhangs mit Dispositivziffer 9 hat Dispositivziffer 10, gemäss welchem die Kosten der amtlichen Verteidigung zwar auf die Gerichtskasse genommen, aber ein Nachforderungsvorbehalt zulasten des Beschuldigten statuiert wird, als mitangefochten zu gelten (Urk. 20 S. 2). Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft bezieht sich auf die Bemessung der Strafe und deren Vollzug (Dispositivziffern 2 und 3; Urk. 24). Sie beantragt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer vollziehbaren Freiheitsstrafe von 40 Monaten (Urk. 24). Unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen sind folglich das Voraberkennnis (Einstellung zufolge Verjährung) und das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Dispositivziffern 4 und 5 (Nichteintreten auf die Schadenersatzbegehren der Privatklägerinnen 1 und 2), 7 (Honorar der amtlichen Verteidigung) und 8 (Kostenfestsetzung), was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

- 6 - III. Sachverhalt 1. Der Beschuldigte arbeitete bis Ende Oktober 1997 als [...]. Am 28. September 1998 meldete er sich unter Hinweis auf eine "Langzeiterkrankung" zum Bezug von Invalidenleistungen an. Er machte geltend, er leide seit November 1997 an einer schweren Problematik der Halswirbelsäule mit extremer Kopfschiefhaltung nach links (pag. 100024-100027; vgl. pag. 100029). Nach zahlreichen ärztlichen Untersuchungen (vgl. dazu pag. 100086 f.) und einer Begutachtung durch die Medizinische Abklärungsstelle der IV

(MEDAS-Gutachten vom 28. August 2001; pag. 100044-100054), wurde dem Antrag des Beschuldigten im September 2001 seitens der SVA Kanton Zürich, IV-Stelle (IV-Stelle; Privatklägerin 2) schliesslich entsprochen und ihm bei einem Invaliditätsgrad von 74% rückwirkend per 1. Oktober 1998 eine ganze IV-Rente sowie Zusatzrenten für seine Ehefrau und die beiden damals minderjährigen Kinder zugesprochen (vgl. pag. 100043). In der Folge erbrachten auch die C._____ AG (Zürich; Privatklägerin 3) und die E._____ AG (E._____; Geschädigte) gemäss im Jahr 1992 geschlossenen Versicherungsverträgen zufolge Erwerbsunfähigkeit Leistungen zugunsten des Beschuldigten. Auch die B._____ Pensionskasse (B._____; Privatklägerin 1) richtete ihm ab November 1999 aus dem gleichen Grund eine monatliche BVG-Rente aus. Ein erstes Rentenrevisionsverfahren im Jahr 2006, in dem der Beschuldigte von seinem Hausarzt bestätigt eine gleichbleibende Behinderung geltend machte (pag. 100055 f.), wurde ohne erneute Begutachtung mit Verfügung der Privatklägerin 2 vom 22. November 2006 unter Bestätigung des Invaliditätsgrades abgeschlossen (pag. 100057). Der Beschuldigte erhielt weiterhin die ihm für sich und seine Familie dementsprechend gesetzlich und vertraglich zustehenden Leistungen, bis diese von der Privatklägerin 2 per Ende Mai 2017 (pag. 100075-100080), von den privaten Versicherern unter Kündigung der Versicherungsverträge im Juli 2017 (vgl. pag. 100217 [Privatklägerin 3]) bzw. im August 2017 (vgl. pag. 100992 f. [Geschädigte]) und von der Privatklägerin 1 per September 2018 (pag. 100175) eingestellt wurden. Die Einstellung der Zahlungen erfolgte vor dem Hintergrund von Erkenntnissen aus dem im August 2014 eingeleiteten zweiten Revisionsverfahren (pag. 100058-100062) in der Annahme, dass beim Beschuldigten für die

- 7 - angestammte Tätigkeit im [...], ebenso wie für jede andere Tätigkeit, eine Arbeits- und Leistungsfähigkeit von 100% immer bestanden habe und weiterhin bestehe.

E. 5.1

Im am 13. August 2014 unterzeichneten Fragebogen "Revision der Invalidenrente" gab der Beschuldigte an, keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen und sich einen Arbeitsversuch überhaupt nicht vorstellen zu können. Als Grund dafür nannte er eine "totale Fixation meiner Halswirbel, Totalblockade des Kopfes + Schmerzen bei Bewegungsversuch" an (pag. 100058 ff.). Sein Hausarzt, Dr. med. H._____, hielt in seinem am 21. September 2014 zuhanden der IV-Stelle verfassten Verlaufsbericht fest, dass der Gesundheitszustand des Beschuldigten gleich-

- 14 - bleibend bis verschlechtert sei. Er leide seit 1997 an einem schweren fixierten Schiefhals bei Discusprotrusion auf Höhe C 5/6 links. Zuhause sei dem Beschuldigten ein minimales Kochen, das Abtrocknen einiger Teller und das Ausräumen der Abwaschmaschine möglich. Er könne ferner einmal täglich drei Flaschen à 1,5 Liter Wasser aus dem Keller in die Wohnung bringen. Eine berufliche Tätigkeit sei undenkbar. Die Belastbarkeit im Alltag und im Beruf sei psychisch gegeben, körperlich hingegen nicht. Der Beschuldigte komme bei bekannter Medikation für gelegentliche Injektionen in seine Praxis. Die Physiotherapie habe wegen Erfolglosigkeit aufgegeben werden müssen. Die Prognose sei schlecht. Es bestehe eine gleichbleibende, schwere, schmerzhaftes HWS-Totalblockade mit vollständiger Fixation des Kopfes und kaum bestehender Einsatzfähigkeit der Arme. Die Arbeitsfähigkeit könne mit medizinischen Massnahmen nicht verbessert werden (pag. 100060-100062). Im Rahmen der von der IV-Stelle angeordneten polydisziplinären Begutachtung (ABI-Gutachten 2015) gab der Beschuldigte am 18. und 19. August 2015 gegenüber den Gutachtern Dr. med. I._____

(FMH Allgemeine Inne- re Medizin), Dr. med. J. _____ (FMH Psychiatrie und Psychotherapie), Dr. med. K. _____ (FMH Orthopädische Chirurgie) und Dr. med. L. _____ (FMH Neurologie) ebenfalls an, sich keine Arbeit vorstellen zu können, die für ihn noch möglich wä- re. Er klagte über ständige Nacken-, Kopf- und Rückenschmerzen, über Schmer- zen linksbetont an sämtlichen Extremitäten, über Schlafstörungen und darüber, dass er ständig seine Position ändern müsse wegen der Schmerzen. Er sei müde, habe wenig Appetit. Er könne wegen der Schmerzen nicht mehr arbeiten. Er kön- ne vielleicht eine halbe Stunde etwas tun, dann müsse er sich hinsetzen oder herumgehen. Das Schmerzniveau lokalisierte er auf der visuellen Analogskala bei

E. 5.3

Auch die im Strafverfahren neu erhobenen Beweismittel und die vom Be- schuldigten eingereichten neuen ärztlichen Unterlagen stellen die Erkenntnis des ABI-Gutachtens vom 20. November 2017 schliesslich nicht in Frage. Der Be- schuldigte lässt diesbezüglich vorbringen, der Grund für seine Berentung habe gar nicht im Schiefhals, hinsichtlich welchem ihm nun Simulation vorgeworfen werde, sondern vielmehr im chronischen Schmerzsyndrom, welches eine psycho- pathologische Komponente aufweise und sowohl in den früheren Begutachtungen als auch im jüngsten ABI-Gutachten vom 20. November 2017 weiterhin diagnosti- ziert worden sei. Entsprechend bestehe zwischen der vorgeworfenen Schiefhals- simulation und dem ihm angelasteten unrechtmässigen IV-Rentenbezug ohnehin kein Kausalzusammenhang (Urk. 32 S. 5 ff.). Dass der Beschuldigte aufgrund der zahlreichen bestehenden anderen Diagnosen so oder anders rentenberechtigt wäre, wie die Verteidigung geltend macht (Urk. 9 S. 10; Urk. 32 S. 3 ff.), trifft nicht zu. Das erwähnte ABI-Gutachten 2017 äussert sich umfassend und abschlies- send zu den im massgeblichen Zeitraum bestehenden Diagnosen und deren Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit. Richtig ist zwar, das sowohl im ABI- Gutachten 2015 als auch im späteren ABI-Gutachten 2017 eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren, chronische Nacken- Schulterbeschwerden beidseits sowie ein chronisches lumbo- und thorakoverteb- rales Schmerzsyndrom diagnostiziert wurden (pag. 100098, 100159). Die Vertei- digung scheint diesbezüglich allerdings zu verkennen, dass diesen Diagnosen – wohlgemerkt sowohl vor als auch nach Vorliegen der Erkenntnisse der Observati- on – in beiden ABI-Gutachten kein relevanter Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten attestiert wurde (vgl. pag. 100098 und 100158 f. "Diagnosen ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit"). Gleiches gilt – wiederum entgegen der Vertei- digung (Urk. 32 S. 7 ff.) – auch mit Blick auf weitere psychische Krankheitsbilder, namentlich eine depressive Symptomatik. Letztere wurde im ABI-Gutachten 2017 – insbesondere gestützt auf die eigene Anamnese – verneint (pag. 100154). Im ABI-Gutachten 2015 wurde zwar noch eine (leichte) depressive Episode diagnos-

- 23 - tiziert, welche gemäss Einschätzung des Gutachters jedoch wiederum ohne Ein- fluss auf die Arbeitsfähigkeit qualifiziert wurde (pag. 100092). Einzig die hochgra- dige Bewegungsstörung wäre dazu geeignet gewesen, die Arbeitsfähigkeit medi- zinisch-theoretisch relevant einzuschränken. Sie bestand und besteht jedoch ge- mäss den nachvollziehbaren gutachterlichen Feststellungen nicht in relevantem Ausmass; der Beschuldigte ist in der Lage, seinen Kopf frei zu bewegen. Allfällige in der Zwischenzeit neu hinzuge tretene Diagnosen könnten bestenfalls Grundlage eines neuen IV-Anmeldeverfahrens sein (zur Frage der möglicherweise in den Deliktszeitraum zurückwirkenden Parkinson-Erkrankung vgl. ausführlich unten, E. 6.3.1 ff.). Das Ergebnis

der von der Staatsanwaltschaft veranlassten Observation vermag sodann keine Zweifel an der Beurteilung des Gesundheitszustandes des Beschuldigten durch die ABI-Gutachter zu wecken. Es bestätigt vielmehr das Ergebnis der Begutachtung, wonach der Beschuldigte in der Gestaltung seines Alltags nicht durch nennenswerte Bewegungsstörungen als Folge starker Schmerzen behindert ist (vgl. pag. 400061-400068). Mit Blick auf die Aussagen des Beschuldigten, wonach die Beobachtungen für seine generelle Situation nicht aussagekräftig seien (pag. 400028, 400030 f.), und die seine Darstellung im Ergebnis bestätigenden Aussagen seiner Angehörigen ist dabei einmal mehr zu betonen, dass gemäss gutachterlicher Einschätzung bereits vor der durch die IV-Stelle veranlassten Observation massgebliche Hinweise auf das Nichtbestehen der Beschwerden und damit einer Simulation bestanden und die Überwachung im Rahmen zweier verschiedener Verfahren an mehreren Tagen in zwei verschiedenen Jahren stattfand, ohne dass sich Abweichungen in den Beobachtungen ergaben. Hingegen standen alle Beobachtungen in krassem Gegensatz zum vom Beschuldigten gegenüber den Ärzten vermittelten Bild seiner Beschwerden. Neurologisch liesse sich die vom Beschuldigten nun (abweichend von seiner Darstellung im IV-Verfahren) gezeigte rasche Veränderung in der Symptomatik im Übrigen ohnehin nicht erklären (pag. 100158/2).

E. 5.4

Die Annahme, der Beschuldigte leide nicht unter den vom ihm dargestellten Einschränkungen, impliziert unter den gegebenen Umständen ohne weiteres, dass er seine weder organisch noch durch ein psychisches Leiden erklärbaren Beschwerden vortäuscht, also simuliert (vgl. auch pag. 100159 mit Verweis auf

- 24 - pag. 100154). Soweit in den Gutachten die hohe subjektive Krankheitsüberzeugung erwähnt wird, ist darin ein Teil seiner Inszenierung zu sehen. Die ausgeprägte Diskrepanz zwischen der durch sein Verhalten unterstützten Darstellung seiner Beschwerden den Ärzten gegenüber und seinem Verhalten im Alltag lässt keinen anderen Schluss als den der gezielten Täuschung (Simulation) zu. 6.1 Gemäss dem ABI-Gutachten vom 20. November 2017 (pag. 100147-100160) lassen sich die Erkenntnisse und Schlussfolgerungen des Gutachtens über das zweite Revisionsverfahren hinaus auf die gesamte Dauer des IV-Verfahrens seit Beginn der Berentung im Jahr 1998 übertragen. Konkret nehmen die Gutachter unter Hinweis auf die erheblichen Inkonsistenzen an, dass der Beschuldigte immer simuliert habe (pag. 100159 mit Verweis auf pag. 100154). In der psychiatrischen Beurteilung ist basierend auf den Observierungsbefunden von einer Aggravation in beträchtlichem Ausmass die Rede (pag. 100154). Aus neurologischer Sicht müsse sodann davon ausgegangen werden, dass bereits zum Zeitpunkt der Berentung keine organische, sondern eine funktionelle Störung vorgelegen habe und die bereits damals demonstrierte hochgradige Einschränkung der Kopfbeweglichkeit im Alltag nicht bestanden habe (pag. 100158). Vom Ergebnis der aktuellen Begutachtung abweichende frühere ärztliche Berichte seien zufolge Täuschung falsch. Die Aussage betrifft namentlich auch das von der IV-Stelle in Auftrag gegebene MEDAS-Gutachten vom 28. August 2001 (pag. 100044-100054), gestützt auf welches dem Beschuldigten eine volle IV-Rente zugesprochen worden war. Die Gutachter waren darin zum Schluss gekommen, dass der Beschuldigte an einer autonomen, somatoformen Funktionsstörung mit konsekutivem Schiefhals im Rahmen einer somatoformen Schmerzstörung und beginnender depressiver Entwicklung leide. Die sekundären somatischen Schäden könnten organisch auch verifiziert werden und seien evident und für die Arbeitsunfähigkeit von über zwei Dritteln ebenfalls

mitverantwortlich (pag. 100053). 6.2. Dieses Gutachten war im ABI-Gutachten vom 21. Dezember 2015 (pag. 100086-100099) auch losgelöst von der Täuschungsdiskussion als teilweise unzutreffend bewertet worden. Die Kritik betraf einerseits die Bewertung der im Juli 2001 festgestellten Umfangsdifferenzen an Armen und Beinen (pag. 100095 f.

- 25 - mit Verweis auf pag. 100050 f.) und andererseits die damalige psychiatrische Beurteilung, die in der Feststellung von Dr. med. J._____ (Gutachter Fachbereich Psychiatrie im ABI-Gutachten 2015) gipfelte, dass die ursprüngliche Zusprache einer ganzen IV-Rente aus psychiatrischer Sicht nicht nachvollzogen werden könne und es sich bei der aktuellen psychiatrischen Beurteilung um eine andere Beurteilung eines ähnlichen Gesundheitszustandes handle (pag. 100093 mit Verweis auf pag. 100051 f.). Tatsächlich konnte das Beschwerdebild des Beschuldigten schon im IV-Anmeldeverfahren somatisch nicht erklärt werden, sodass die psychiatrische Beurteilung bereits im Vorfeld und dann auch im Rahmen der MEDAS-Begutachtung ins Zentrum rückte (vgl. pag. 100044-100049, 100053). Die MEDAS-Gutachter gingen schliesslich bei einer "sekundär fixierten Wirbelsäule mit Latero-Flexionshaltung der HWS nach links, fixiertem Rundrücken" von einer schweren psychosomatischen "unbewussten Fehlverarbeitung von möglichen unangenehmen Affekten/oder Konflikten" bzw. von einer "schweren unbewussten Abwehrkrankheit" sowie einer "unbewussten psychogenen Schmerzfehlverarbeitung" aus, indem der Beschuldigte "aus unbewussten Gründen an einer schmerzhaften Haltungsstörung festhält", was zu sekundären somatischen Störungen geführt habe. Auch das früher linksbetonte Schmerzsyndrom habe sich nur generalisiert als ein Panalgiesyndrom (= psychosomatisches Schmerzsyndrom, bei welchem Schmerzen von Kopf bis Fuss angegeben werden, oft auch als somatoforme Schmerzstörung bezeichnet, vgl. Urteil des Bundesgerichts I 807/04 vom 10. Juli 2006 E. 6.2.1) entpuppt; somatisch-rheumatologisch sei dieses Krankheitsbild jedenfalls nicht zu erklären. Konflikte oder unangenehme Affekte, die der Beschuldigte psychisch hätte fehlverarbeiten können, konnten allerdings ebenfalls nicht festgestellt werden. Der Beschuldigte spalte Konflikte und unangenehme Affekte vollkommen ab, so dass diese weder im Zeitpunkt der damaligen Begutachtung noch in früheren psychiatrischen Untersuchungen hätten festgestellt werden können (pag. 100052 f.). Es waren also psychische Schwierigkeiten unbekanntes bzw. nicht feststellbaren Ursprungs, die der Diagnose und letztlich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zugrunde lagen. Die Annahme, der Beschuldigte spalte Konflikte und unangenehme Affekte vollkommen ab, blieb dabei unbegründet. Die Interpretation als schwere psychische Abwehrstörung basierte allein auf dem in der

- 26 - Untersuchung entstandenen "Gefühl", der Beschuldigte wolle es allen recht machen, und dem daraus gezogenen Schluss, durch die Schmerzen und den Schiefhals erhalte der Beschuldigte quasi die Berechtigung, um es nicht mehr allein recht machen zu müssen (pag. 100052). Die Begründung macht deutlich, dass hier unter dem Eindruck der sekundären somatischen Schäden (sekundär fixierten Wirbelsäule mit Latero-Flexionshaltung der HWS nach links, fixiertem Rundrücken), die als einziges fassbares körperliches Symptom als gegeben vorausgesetzt wurden, nach einer Erklärung für das damals eigentlich auch psychiatrisch Unerklärbare geradezu gesucht wurde. Die bei der psychiatrischen Beurteilung im Rahmen des zweiten Revisionsverfahrens (ABI-Gutachten 2015) bedeutsamen psychosozialen Aspekte (Abhängigkeit von der IV-Rente, deutliche Dekonditionierung; pag. 100093) bestanden damals noch nicht. Auch

die als deutliches Zeichen für das Bestehen einer sekundären somatischen Schädigung, also für das Bestehen des Schiefhalses bewerteten Umfangdifferenzen in der Muskulatur zu Ungunsten von links (pag. 100053) betragen im Juli 2001 1 cm an Ober- und Unterarmen und 2 cm an den Beinen (pag. 100050, vgl. für den Zeitpunkt der Untersuchung im ZMB, pag. 100044). Im August 2015 waren sie ebenso gross (pag. 100095/2) und am 1. November 2017 war die Umfangdifferenz an den Oberarmen mit 1 ½ cm sogar etwas grösser (pag. 100158), ohne dass jedoch – wie anhand der Observationen festgestellt werden musste – die Beweglichkeit im Hals eingeschränkt war. Rückblickend kann damit festgehalten werden, dass die im Juli 2001 festgestellten Umfangdifferenzen an den Extremitäten als Hinweis für einen Mindergebrauch des linken Armes und des linken Beines als Folge der vom Beschuldigten behaupteten körperlich- und schmerzbedingten Bewegungseinschränkungen – wie im ABI-Gutachten vom 21. Dezember 2015 festgehalten – ebenso wenig taugen wie die im Jahr 2001 und im Rahmen des zweiten Revisionsverfahrens von den Gutachtern gleichermaßen beobachtete auffällige Fehlstellung des Kopfes. Das führt zum Ergebnis, dass das Beschwerdebild des Beschuldigten schon im Jahr 2001 nicht nur somatisch nicht erklärt werden konnte, sondern bei fehlenden aussagenkräftigen Hinweisen auf das tatsächliche Vorhandensein des Schiefhalses und damit einhergehender Schmerzsymptomatik auch eine nachvollziehbare psychiatrische Erklärung dafür fehlte. Wenn die Gut-

- 27 - achter im Rahmen des ABI-Gutachtens vom 20. November 2017 davon ausgehen, die MEDAS-Gutachter seien wie sie im ersten Gutachten vom 21. Dezember 2015 Opfer einer Inszenierung des Beschuldigten geworden, ist ihnen vor diesem Hintergrund zu folgen. 6.3.1 Anlässlich der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte geltend, gemäss ärztlichen Untersuchungen im Jahr 2021 sei ihm neu auch die Diagnose Parkinson-Syndrom gestellt worden, wogegen er auch bereits Medikamente (Madopar) einnehme (Prot. II S. 19 f.). Dazu reichte die Verteidigung zwei Arztberichte des Universitätsspitals Zürich vom 22. April 2021 bzw. vom 4. Mai 2021 ein (Urk. 33/1 2). Sie stellte sich weiter auf den Standpunkt, es müsse abgeklärt werden, wie lange diese Diagnose bereits bestehe und welche Rentenberechtigung daraus allenfalls resultierte (Urk. 32 S. 3). Entsprechend wurde im Nachgang zur Berufungsverhandlung ein Gutachten von Prof. Dr. med. D._____, Facharzt für Neurologie, eingeholt, um fachspezifische Erkenntnisse über die neu vorgebrachte Diagnose Parkinson-Syndrom und deren Auswirkungen auf den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten, namentlich im anklagerelevanten Zeitraum von November 2006 bis September 2018, zu erlangen (Urk. 36; Urk. 38). 6.3.2 Prof. Dr. med. D._____ erstellte sein Gutachten gestützt auf die ihm zur Verfügung gestellten Strafakten mit Stand der Berufungsverhandlung vom

E. 8

Sie seien immer etwa gleich. Bei falschen Bewegungen oder Erschütterungen würden sie sehr stark werden. Der schiefe Hals sei fest wie Beton bzw. die Schmerzen am Nacken, der hart wie Stein sei, so dass er sich nicht bewegen könne, stünden im Vordergrund. Er könne den Kopf nicht mehr bewegen; er sei völlig fest. So könne er keine Arbeit in der freien Wirtschaft verrichten. Es werde nicht mehr besser mit seinen Beschwerden. Es gebe keine lindernden Faktoren. Es helfe nichts. Namentlich zeigten die von ihm eingenommenen Medikamente nur eine geringe Wirkung; zahlreiche am Nacken erhaltene Spritzen, Akupunktur

- 15 - und Physiotherapie seien wirkungslos geblieben (vgl. pag. 100086-100099). Der Beschuldigte machte also (weiterhin) nicht beeinflussbare starke Schmerzen, verbunden mit einem völlig fixierten Schiefhals und dadurch bedingte hochgradige Einschränkungen in seinem Alltag geltend. Im Ergebnis identisch schilderte er seinen Gesundheitszustand und die damit verbundenen Einschränkungen anlässlich eines am 31. Mai 2017 mit der IV-Stelle geführten, protokollierten Gesprächs. Es gehe ihm schlecht und es werde immer schlechter. Er könne eine halbe Stunde laufen, dann 15 Minuten. Es werde immer schlimmer. Er merke das jeden Tag. Zum Glück habe er die Familie, die ihn unterstütze. Er werde aktuell von Dr. med. H. _____ behandelt. Alle ein bis zwei Monate habe er dort eine Untersuchung und bekomme eine Spritze mit Kortison und noch eine andere, deren Namen er nicht kenne. Ferner nehme er Medikamente ein. Die schlimmsten gesundheitlichen Probleme seien für ihn die Verspannung an seinem Hals- und Rückenbereich. Das mache das Laufen schwierig. Er habe dadurch auch an seinem linken Fuss Schmerzen. Die gesundheitlichen Probleme würden sich so auswirken, dass er nur 10 Minuten etwas machen könne. Dann müsse er wieder sitzen. Auch in der Nacht sei das ein Problem. Er müsse immer aufstehen, ein wenig herumgehen, dann wieder liegen. Manchmal gehe er auch spazieren, damit es besser werde. Er habe seinen Kopf immer leicht nach vorne und links geneigt. Er könne nicht hoch, runter, nach links oder rechts schauen. Das sei ihm absolut nicht möglich. Es sei wie betonierte. Dadurch habe er Kopfschmerzen im hinteren Bereich. Auch sein linker Fuss sei manchmal wie blockiert. Er müsse dann stehenbleiben. Er müsse beim Gehen und Stehen aufpassen, wo er hintrete. Aber er kenne die Strecke. Er gehe immer dieselbe Strecke, ca. 800 Meter, und könne sich immer wieder hinsetzen. Die im Fragebogen zur Revision genannten Beschwerden bestünden seit August 2014 immer noch unverändert, wenn es nicht schlimmer geworden sei. Wie er schon gesagt habe, werde es schleichend schlechter, wobei das vor allem für Aussenstehende wahrnehmbar sei. Er, der immer Schmerzen habe, merke das gar nicht gross. Wenn Dr. med. H. _____ erwähnt habe, dass seine Arme kaum einsatzfähig seien, beziehe sich das vor allem auf seinen linken Arm. Wenn er ein Glas zum Trinken halten möchte, dann gehe das fast nicht oder sei schwierig. Er sei Rechtshänder. Er könne seinen linken Arm gerade so auf die

- 16 - Schulterhöhe anheben, dies aber nur unter Schmerzen. Mit seinem linken Arm bestehe die Hebegrenze bei ca. 1,5 Kilogramm. Eine 1,5-Liter Flasche könne er hochheben. Die beiden von Dr. med. H. _____ zwecks Dokumentation seiner Halsbeschwerden beigelegten Fotoaufnahmen würden die nach wie vor bestehende Situation zeigen. Es sei wie betonierte. Er glaube nicht, dass sein Gesundheitszustand noch besser werde. Er habe alles versucht. Da alles nichts genützt habe, habe er keine Hoffnung mehr. Auf seine Fähigkeit angesprochen, Freude zu empfinden, erläuterte der Beschuldigte, dass er keine Lust habe, jemanden zu treffen. Er sei auch meistens allein zu Hause. Um seine Schmerzen etwas im Griff zu haben, bewege er sich immer wieder etwas, also er sitze, stehe auf und gehe. An einem guten Tag könne er vielleicht fünf Minuten länger laufen. Mehr machen könne er eigentlich nicht. Es sei eigentlich immer das Gleiche. Seine Frau lege ihm die Medikamente bereit, damit er diese auch einnehme. Gute Zeiten habe er keine. Ausserhalb der Wohnung spazierte er immer ein wenig. Er spreche mit Personen, welche er schon kenne, da sie immer zusammen um dieselbe Zeit unterwegs seien. Am Stück könne er anfangs ca. 800 Meter laufen. Dann müsse er sich setzen. Dann gehe er wieder ein Stück, wobei die Wegstrecke gegen Ende immer kürzer werde. Bekannte und Freunde treffe er nur, wenn er müsse, an Geburtstagen und solchen Anlässen. Vielleicht gehe er ab und an zu seinem Bruder, der in der Nähe wohne. Er gehöre keinem Verein an. Es sei so, dass er,

wenn er einen Termin abmache, nicht wisse, ob er diesen aufgrund seines Gesundheitszustandes einhalten könne oder was er an diesem Tag effektiv machen könne. Das bringe nichts. Er habe in letzter Zeit oder aktuell nicht arbeiten können. Seine Schmerzen hielten ihn davon ab. Er könne sich nicht bewegen. Seine Leistungsfähigkeit sei auch täglich schwankend. Niemand würde so eine Person einstellen. Den Haushalt machten seine Frau und seine Tochter (pag. 100068-100071). Am 31. Oktober und 1. November 2017 beschrieb er gegenüber den von der IV-Stelle mit aktuellen Abklärungen betrauten Gutachtern Dr. med. I._____, Dr. med. M._____ (FMH Psychiatrie und Psychotherapie), Dr. med. K._____ und Dr. med. L._____ erneut das gleiche Beschwerdebild. Es habe sich kaum etwas verändert. Es gehe ihm "wie vorher, nicht besser". Er habe "jeden Tag Schmerzen, Schmerzen, Schmerzen", am Nacken, Kopf sowie unter Betonung der adominaten linken

- 17 - Seite im dorsalen Schulterabschnitt. Die Schiefhaltung des Kopfes habe sich unter dreiwöchigen, in N._____ [Staat in Europa] durchgeführten "Sportmassagen" etwas gebessert. Allerdings blieb er auch dabei, seinen Kopf nicht bewegen zu können. Zudem könne er aufgrund der Schmerzen den linken Arm im Alltag kaum einsetzen. Es habe sich hinsichtlich seiner Alltagsfunktionen keine Veränderung ergeben. Nach wie vor könne er sich in seinem Alltag körperlich kaum belasten. Es bestehe konstant eine vollständige Bewegungseinschränkung des Kopfes. Diese sei den ganzen Tag über konstant vorhanden. Dafalgan bringe vielleicht für eine halbe Stunde einen geringen Effekt. Das in zweimonatigen Intervallen vom Hausarzt gespritzte Kenacort bringe erst nach einigen Tagen kurzdauernd geringe Besserung (pag. 100147-100160). 5.2.1 Das von Dr. med. I._____, Dr. med. M._____, Dr. med. K._____ und Dr. med. L._____ verantwortete ABI-Gutachten vom 20. November 2017 (ABI-Gutachten 2017, pag.100147-100160) kommt unter Berücksichtigung einer Vielzahl vorbestehender ärztlicher Berichte und der beiden vorbestehenden Gutachten sowie eigener allgemeininternistischer und spezialärztlicher Untersuchungen und des Ergebnisses der Observation des Beschuldigten nachvollziehbar und inhaltlich überzeugend zum Schluss, dass für die angestammte Tätigkeit im [...] wie für jede andere Tätigkeit eine Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Beschuldigten von 100% bestehe. Bei der orthopädischen Untersuchung sei aufgefallen, dass die Schiefhaltung des Kopfes und der linken Schulter klaren Schwankungen unterlegen sei. Mindestens vier von fünf Waddell-Zeichen seien positiv als Hinweis für eine nicht-organische Beschwerdekomponekte. Radiologisch bestünden keine relevanten Veränderungen an der zervikalen und lumbalen Wirbelsäule sowie im Bereich der Iliosakralgelenke. Auffällig seien sehr diffus angegebene Druckdolenz am Stamm und an sämtlichen Extremitäten. Immer wieder komme es zur Angabe erheblicher lumbaler Schmerzen, u.a. bei Prüfung der unteren Extremitäten in Rückenlage, während die Vornahme desselben Manövers in sitzender Position mit hängenden Beinen problemlos gelinge. Zusammenfassend hätten sich die vom Beschuldigten diffus beklagten Beschwerden durch die klinischen und radiologischen Befunde keinesfalls nachvollziehen lassen. Es könne kein fassbares klinisches Korrelat für die vom Beschuldigten angegebenen Beschwerden erkannt

- 18 - werden. Aus orthopädischer Sicht bestehe für die angestammte Tätigkeit im [...] wie für andere körperlich leichte bis schwere Tätigkeiten unter Wechselbelastung eine zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit (pag. 100155 ff.). Bei der neurologischen Untersuchung hätten keine dystonen Bewegungsabläufe beobachtet werden können. Eine "Geste antagoniste" habe bei der Untersuchung gefehlt. Es habe sich

ein erhebliches sensomotorisches Defizit über der linken Körperseite gezeigt, ausgenommen im Gesicht. Es habe sich dabei um eine organisch nicht erklärbare Einschränkung mit ruckartigem Nachgeben bei der Kraftprüfung und Co-Innervation der Antagonisten gehandelt. Die Muskeleigenreflexe seien symmetrisch auslösbar gewesen. Auffällig sei lediglich eine leichte Seitendifferenz der Oberarmmuskulatur zu Ungunsten von links, welche auf eine schmerzbedingte Schonung des Arms zurückzuführen sein könnte. Es sei jedoch unwahrscheinlich, dass diese muskuläre Hypotrophie auf eine neurologische Ursache zurückzuführen sei. Die Untersuchungsbefunde und der Bericht der Alltagsbeobachtung vom 31. Mai 2016 bis zum 15. Februar 2017, der den Beschuldigten immer wieder auf dem Balkon zeige, wobei er rauche und sich einschliesslich des Kopfes frei bewege sowie unter Einsatz beider Hände verschiedene Gegenstände – wie Pflanzen und Teppiche – trage, sich bücke, den Boden reinige, die Hockeposition einnehme sowie mit dem Einsatz des linken Arms Schnee schaufle und einen Ball werfe (pag. 100156-100158), hätten die Beurteilung unterstützt, dass es sich in erster Linie um eine funktionelle Störung handle und der Beschuldigte seinen Kopf eigentlich frei bewegen könne. Aus neurologischer Sicht bestehe keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Auch aus allgemeinmedizinischer Sicht hätten keine Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit gestellt werden können (pag. 100157 ff.). Bei der psychiatrischen Untersuchung sei aufgefallen, dass das chronische Schmerzsyndrom des Beschuldigten nicht auf eindeutige somatische Befunde zurückgeführt werden könne. Es könne die Diagnose einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren gestellt werden. Weitere psychiatrische Diagnosen seien nicht gestellt worden. Auch aus psychiatrischer Sicht bestehe – mangels erkennbarer Einschränkungen in den Alltagsaktivitäten und angesichts seiner Aktivitäten im sozialen Bereich und seiner regelmässigen Reisetätigkeit (pag. 100154 E. 4.1.5) – keine Ein-

- 19 -
schränkung der Arbeitsfähigkeit (pag. 100152/2 ff.; interdisziplinäre Gesamtbeurteilung pag. 100159 f.). Ihre Schlussfolgerungen bezogen die Gutachter der verschiedenen Disziplinen dabei ausdrücklich und folgerichtig auf den Zeitpunkt des ABI-Gutachtens vom 21. Dezember 2015 zurück, in dem sie festhielten, dass ihrerseits auch retrospektiv keine länger dauernde relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit attestiert werden könne. Die unter Vorbehalt gemachten Angaben in ihrem letzten Gutachten seien falsch gewesen (pag. 100159/2). Mit letzterer Bemerkung bezogen sich die medizinischen Experten auf das ABI-Gutachten vom 21. Dezember 2015 (pag. 100086-100099), gemäss welchem zwar aus allgemeinmedizinischer, orthopädischer und psychiatrischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestand, aus neurologischer Sicht eine zumutbare Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit im [...] jedoch verneint und eine lediglich 40%-ige Restarbeits- und Leistungsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit attestiert worden war. Die neurologische Beurteilung beruhte auf der Feststellung, dass die Beschwerden des Beschuldigten (Laterokollis nach links, Schulterhochstand links) kontinuierlich vorhanden und überwiegend fixiert seien (pag. 100098). Die Gutachter wiesen damals allerdings bereits auf Umstände hin, die diesen Untersuchungsbefunden widersprachen, und regten daher eine Alltagsbeobachtung an (pag. 100099). Diese erfolgte mittels der erwähnten Observation im Rahmen eines Auftrags der IV-Stelle und zeigte gemäss den Gutachtern, dass der Beschuldigte seinen Kopf eigentlich frei bewegen und den linken Arm gut einsetzen könne, womit auch aus neurologischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestehe (pag. 100159).
5.2.2 An der Überzeugungskraft der gutachterlichen Feststellungen (Diagnosen und Beurteilung der Arbeitsfähigkeit) ändern die

Einwände der Verteidigung nichts. Der Beschuldigte wurde am 6. und 22. Dezember 2016, am 5. und 11. Januar 2017 und am 15. Februar 2017 während jeweils sieben bis acht Stunden observiert (vgl. pag. 100112 f., 100116-100141). Er zeigte dabei stets ein nicht nur graduell, sondern eindeutig von seinen Schilderungen und seinem Auftreten in den ärztlichen Untersuchungen abweichendes Verhalten, indem er ohne erkenn-

- 20 - bare Bewegungseinschränkungen tatkräftig, agil und kontaktfreudig auftrat, namentlich den Kopf mühelos in alle Richtungen drehte und neigte, sich mühelos bückte und in die Hocke ging, beide Arme gebrauchte, sich mit Passanten unterhielt und mit einem Kind spielte. Er vermittelte durchwegs das Bild eines im Leben stehenden, gut gelaunten Mannes, das mit dem gegenüber Ärzten und der IV-Stelle geschilderten, von starken Schmerzen und einem Schiefhals geprägten, weitgehend freudlosen Alltag, versinnbildlicht in den beiden von Dr. med. H. _____ zur Verfügung gestellten Fotoaufnahmen (pag. 100062 [inkl. Rückseite]), nicht in Einklang zu bringen ist. Dass die markante Diskrepanz sich (in Abweichung von der Darstellung des Beschuldigten) mit besseren und schlechteren Tagen im Rahmen des Beschwerdebildes erklären liesse, wäre bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung wenig wahrscheinlich. Sie lässt sich gemäss Gutachten aber auch aus neurologischer Sicht nicht plausibel erklären (pag. 100158/2). Schliesslich vermag auch der Hinweis der Verteidigung, wonach dem Beschuldigten etwas mehr als zwei Wochen vor der von der Staatsanwaltschaft veranlassten Observation am 12. November 2018 (vgl. pag. 200431 ff.) eine schmerzlindernde Spritze verabreicht worden sei (Urk. 32 S. 12), welche gemäss Angaben des Beschuldigten jeweils eine bis zu zwei Wochen wirke (Prot. II S. 14), nicht zu überzeugen, zumal die übrigen von der IV-Stelle angeordneten Observationen mehrere Beobachtungen in einem Zeitraum von zweieinhalb Monaten umfassten, wobei der Eindruck über die Bewegungsfähigkeit des Beschuldigten über sämtliche Observationen der gleiche ist. Dass die im Auftrag der IV-Stelle durchgeführte Observation ein selektives und zu wenig differenziertes und damit letztlich falsches Bild seines üblichen Auftretens im öffentlichen Raum vermittelt, kann vor diesem Hintergrund ausgeschlossen werden. Die Gutachter gingen zudem – entgegen der Argumentation der Verteidigung – nicht allein aufgrund der Beobachtungen in der Observation von einer voll erhaltenen Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten aus. Wie gezeigt kamen sie vielmehr bereits im ABI-Gutachten vom 21. Dezember 2015 (pag. 100086-100099) – und damit vor der Observation – zum Schluss, dass aus allgemein medizinischer, orthopädischer und psychiatrischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestehe. Speziell in psychiatrischer Hinsicht wurde dabei zwar nebst einer leich-

- 21 - ten depressiven Episode eine chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren diagnostiziert, die Diagnose aber ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gestellt. Dem Beschuldigten könne aus psychiatrischer Sicht zugemutet werden, die notwendige Willensanstrengung aufzubringen und trotz seiner Beschwerden in einer somatisch angepassten und seinen Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeit ganztags und ohne Leistungseinschränkung zu arbeiten. Dabei handle es sich um die medizinische-theoretische Arbeitsfähigkeit. Ob dem Beschuldigten mit seinem Schiefhals die Arbeit als [...] zugemutet werden könne, sei schliesslich auch eine nicht medizinische Frage (pag. 100092). Aus neurologischer Sicht wurde zwar eine eingeschränkte Leistungs- und Arbeitsfähigkeit angenommen. Bereits damals bestanden jedoch ungeachtet der auch im Rahmen einer Polysomnographie erhobenen Befunde Zweifel an den vom Beschuldigten behaupteten Bewegungseinschränkungen einschliesslich des Schiefhalses,

weil verschiedene Umstände und Beobachtungen im Rahmen der vorgenommenen Untersuchungen mit diesen nicht in Einklang zu bringen waren (pag. 100099). Genannt wurden insbesondere das beidseits gleichmässige intensive Hautbräunungsmuster in den Hautfalten, welches bei angeblich dauernder Schiefhaltung des Kopfes nicht zu erwarten wären. Ferner konnten die gemäss Angaben des Beschuldigten aufgrund der chronischen Schmerzen regelmässig eingenommenen schmerzstillenden und krampflösenden Medikamente (Dafalgan, Novalgin) im Rahmen der Serumspiegelmessung nicht nachgewiesen werden. Weiter wurde in Frage gestellt, wie der Beschuldigte nach eigenen Angaben bis ein Jahr vor der Begutachtung trotz der subjektiv starken Schmerzen und seiner Unbeweglichkeit des Halses noch habe Auto fahren können, insbesondere auch lange Autofahrten nach N._____. Schliesslich wurde auch die bei der orthopädischen Untersuchung sehr inkonstante Präsentation der Fehlhaltung des Kopfes und der linken Schulter hervorgehoben (pag. 100092, 100094, 100099). Mit anderen Worten festigte das Ergebnis der Observation lediglich die bereits zuvor bestehende allgemeinmedizinische, orthopädische und psychiatrische Sicht und erlaubte es den Gutachtern, das in einer Gesamtschau auffällig inkonsistente Bild, das bereits damals das Vorliegen eines fixierten Schiefhalses fraglich erscheinen liess und hinsichtlich der vom Beschuldigten als sehr stark und dauerhaft beschriebenen, diffusen

- 22 - Schmerzen, welche angeblich zu massiven Einschränkungen im Alltag führten, sich aber im zuvor dargelegten Sinn mit den Ergebnissen ihrer interdisziplinären Untersuchung nicht in Einklang bringen liessen, aufzulösen.

E. 11

Februar 2022 sowie auf eine körperliche Untersuchung und ein Explorationsgespräch mit dem Beschuldigten, welches am 22. Juli 2022 in seiner Praxis (O._____ AG) in P._____ stattfand. Ferner wurde am 26. Juli 2022 eine begleitende Laboruntersuchung (nach Blutentnahme vor Ort) durchgeführt. Im unmittelbaren Nachgang zum Explorationsgespräch vom 22. Juli 2022 konnte der Gutachter zudem, als er sich mit seinem Auto zum Einkaufen eines Mittagessens aufmachte, den Beschuldigten ca. 100 Meter vom Eingang seiner Praxis entfernt zufällig dabei beobachten, wie dieser sich – über eine Gehstrecke von ca. 50 Metern – zu Fuss bewegte. Nach Auffassung von Prof. Dr. med. D._____ sei diese nicht intentionale Beobachtung (Gangbild, Armbewegung, Körperhaltung) – da er sich als Gutachter dem tatsächlichen medizinischen Sachverhalt verpflichtet fühle

- 28 - – in seine Beurteilung eingeflossen und habe seine abschliessende Beurteilung darüber, ob zum Zeitpunkt der Begutachtung eine Parkinson-Erkrankung vorlag, erheblich beeinflusst, nachdem diese eine erhebliche Diskrepanz zwischen dem Auftreten des Beschuldigten in der Exploration bzw. Untersuchung und jenem im "unbeobachteten" Zustand zutage gefördert habe (Urk. 51 S. 21). Konkret habe der Beschuldigte in der körperlichen Untersuchung ein verlangsamtes, breitbasiges und unsicheres Gangbild mit normaler Armbewegung links, jedoch ohne solche rechts – wobei der rechte Arm in flexierter Position am Körper gehalten wurde – sowie eine mit dem Oberkörper nach vorne geneigte Körperhaltung (sog. Camptocormie) gezeigt. Im krassen Gegensatz dazu habe der Beschuldigte im Rahmen der zufälligen Beobachtung kurz danach auf der Strasse ein sicheres, flüssiges Gangbild gezeigt, wobei das Drehen bzw. Abbiegen um eine Ecke normal erfolgt und keine Camptocormie mehr feststellbar gewesen sei (a.a.O. S. 22 f., insbesondere Fussnote 10). 6.3.3 Gestützt auf die genannten Unterlagen, Untersuchungen

und Beobachtungen führte der Gutachter zur Frage, ob beim Beschuldigten die Diagnose Parkinson-Syndrom bestehe, aus, dass dies nicht mit 100%-iger Sicherheit beantwortet werden könne. Es bestehe jedoch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte gar nicht oder zumindest an keiner signifikanten Parkinson-Erkrankung leide. Zwar habe der Beschuldigte – insbesondere in der körperlichen Untersuchung und anhand seiner Angaben im Explorationsgespräch – gewisse Symptome gezeigt, die auf eine Parkinson-Erkrankung in der Form des Idiopathischen Parkinson-Syndroms, am ehesten vom Tremor-dominanten Typ, mithin der statistisch häufigsten Krankheitsform (75%), hindeuten würden (insbesondere einseitig begonnener Tremor, Halluzinationen, Schlafstörungen, Gangstörung, vornübergebeugte Körperhaltung). Sofern man davon ausgehe, dass tatsächlich ein Parkinson-Syndrom vorliege – d.h. falls eine Simulation ausgeschlossen würde –, müsste man von einem fortgeschrittenen Anfangsstadium sprechen. Allerdings hätten sich beim Beschuldigten derart viele Diskrepanzen bzw. Inkonsistenzen gezeigt, dass die Diagnose eines Parkinson-Syndroms nur als möglich postuliert werden könne (a.a.O. S. 39 f., ferner S. 31 ff.).

- 29 - 6.3.4 Der Gutachter äusserte sich – unter Bildung verschiedener Varianten ([α] vollständige Simulation der Beschwerden; [β] Bestehen gewisser Parkinson-bedingter Beschwerden und Befunde, aber mit zusätzlicher Aggravation bzw. Simulation; [γ] Korrektheit aller anamnestischen Angaben zu den Beschwerden und Vorliegen aller parkinsonoiden Befunde) – zu den zu erwartenden Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten zum heutigen Zeitpunkt (a.a.O. S. 41 f.). Vorliegend interessieren jedoch vorderhand die Befunde und daraus resultierenden Einschränkungen im Hinblick auf den Tatzeitraum vom November 2006 bis zum 6. Juli 2018. Gestützt auf die bereits vorhandenen Akten (ABI-Gutachten 2015, 2017 und Observationsmaterial) – und damit ungeachtet der zufälligen Beobachtung des Beschuldigten – kam Prof. Dr. med. D. _____ zum klaren Schluss, dass zumindest bis November 2017 keine Hinweise auf das Vorliegen einer Parkinson-Erkrankung bestehen (a.a.O. S. 42). Angesichts dieses klaren Ergebnisses ist der Argumentation der Verteidigung, wonach der Beschuldigte aufgrund der Parkinsonerkrankung ohnehin arbeitsunfähig und damit rentenberechtigt gewesen wäre, bereits für den Grossteil des Deliktszeitraums der Boden entzogen.

6.3.5 Für die letzte Phase des Tatzeitraums – mithin für Ende November 2017 bis 6. Juli 2018 – hätten keine neurologischen Untersuchungen stattgefunden, womit für diese Zeitphase gemäss Gutachten an sich keine Aussage gemacht werden könne. In Anbetracht der aktuellen Untersuchung durch den Gutachter selber erscheine jedoch auch bis September 2018 eine Parkinson-Erkrankung unwahrscheinlich. Und selbst wenn davon ausgegangen würde, dass sich nach November 2017 eine Parkinson-Symptomatik ausgebildet habe, mithin – ungeachtet der zahlreichen Inkongruenzen, mitunter auch die Anzeichen auf Aggravation und Simulation anlässlich der zufälligen Beobachtung im unmittelbaren Nachgang an die Untersuchung – auch zum Zeitpunkt der Begutachtung (Juli / August 2022) eine solche angenommen und gestützt auf die angegebenen Symptome im Sommer 2022 von einem fortgeschrittenen Anfangsstadium (Stadium II von V auf der Skala von Hoehn und Yaar) ausgegangen würde, so wäre es überwiegend wahrscheinlich, dass die Symptomatik in der noch verbleibenden Deliktsperiode (November 2017 - Juli 2018), welche mit dem Beginn der Krankheit gleichzusetzen wäre, erst diskret ausgebildet gewesen wäre, da ein plötzlicher

- 30 - massiver Ausbruch von Beschwerden beim Parkinson-Syndrom nicht vorkomme. Typisch wäre diesfalls insbesondere ein leichtes Zittern gewesen (a.a.O. S. 43 f.). Die

Beeinträchtigungen im Alltag wären unangenehm, aber dennoch geringfügig gewesen. Mit Blick auf die Erwerbsfähigkeit des Beschuldigten wäre tremorbedingt von einer geringfügigen Arbeitsunfähigkeit von bis zu 20% auszugehen gewesen. Hätte man eine Behandlung mit z.B. L-Dopa (= Wirkstoff) begonnen, wäre die Wahrscheinlichkeit gross gewesen, dass man den Tremor hätte positiv beeinflussen können, so dass auch die vollständige Arbeitsfähigkeit hätte erhalten werden können. Der Umstand, dass dem Beschuldigten seit der Untersuchung im Universitätsspital Zürich vom April 2022 bereits ein entsprechendes Medikament "Madopar" (= Produktname) in hoher Dosierung verabreicht werde, welches den besagten Wirkstoff L-Dopa (kurz für Levodopa) enthalte und der Beschuldigte an der "offiziellen" Untersuchung im Juli / August 2022 noch keine Besserung insbesondere hinsichtlich Gangbild und Tremor gezeigt habe, lasse dabei nicht etwa den Schluss zu, dass eine allenfalls bereits gegen Ende des Deliktszeitraums bestehende Parkinson-Erkrankung nicht zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit hätte beitragen können, sondern bestätigte gemäss Prof. Dr. med. D. _____ vielmehr seine geäusserten Zweifel am Vorliegen einer Parkinson-Erkrankung und den Verdacht auf eine Aggravation oder gar Simulation des Beschuldigten (a.a.O. S. 30, 39). 6.3.6 Zusammenfassend ist gestützt auf die schlüssigen und überzeugenden gutachterlichen Feststellungen von Prof. Dr. med. D. _____ festzuhalten, dass hinsichtlich des Deliktszeitraums vom November 2006 bis zum 6. Juli 2018 – selbst wenn man unter Ausblendung der zufälligen Beobachtungen zugunsten des Beschuldigten den Beginn einer sich entwickelnden Parkinsonerkrankung ab November 2017 annehmen würde – erstellt, dass die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten nicht in relevanter Weise beeinträchtigt war. Damit ist auch in rechtsgenügender Weise widerlegt, dass beim Beschuldigten – wie die Verteidigung argumentierte (Urk. 47) – ohnehin (mithin selbst unter Annahme einer Simulation betreffend Schiefhals und Schmerzsymptomatik) eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hätte, welche zu einer Invalidität und damit zu einer Berechtigung auf die von den Sozialversicherern und den privaten Versicherern ausbezahlten Rentenleistungen berechtigt hätte.

- 31 - Bei diesem Ergebnis kann letztlich auch offenbleiben, ob die vom Gutachter nach der eigentlichen Begutachtung gemachte zufällige Beobachtung des Beschuldigten, welche von der Verteidigung als unzulässig und unbeachtlich kritisiert wird (Urk. 47 S. 2), in das Gutachten miteinfließen durfte oder nicht. Dennoch ist anzumerken, dass nicht ersichtlich ist, weshalb eine solch gewichtige, sowohl zeitlich (wenige Minuten nach der Untersuchung) wie auch örtlich (ca. 100 Meter vom Praxiseingang) in unmittelbarer Nähe zur gutachterlichen Exploration im öffentlichen Raum erfolgte, rein zufällige und vom Gutachter persönlich gemachte und transparent offengelegte Beobachtung, deren Anlass letztlich im Begutachtungstermin lag, nicht in dessen Gutachten einfließen und Berücksichtigung finden dürfte. Entsprechend ist der Umstand, dass sich auch hinsichtlich der vom Beschuldigten im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Parkinson-Erkrankung erneut erhebliche Hinweise auf eine Aggravation bzw. bis zu einem gewissen Grad gar Simulation ergeben, ein Indiz dafür zu sehen, dass der Beschuldigte nicht davor zurückschreckt, im Hinblick auf die Frage seiner Arbeitsfähigkeit Gutachter und Ärzte über das Vorliegen bzw. den Umfang von gesundheitlichen Beschwerden zu täuschen. Dies stützt mithin im Sinne eines zusätzlichen – wenn auch nicht entscheidenden – Indizes die bereits erwogene Erkenntnis, dass schon hinsichtlich der im Tatzeitraum geltend gemachten Symptome (Schiefhals, Blockiertheit, Einschränkung der Armbeweglichkeit und Schmerzproblematik) von einer Simulation ausgegangen werden muss. Gleiches gilt schliesslich hinsichtlich des Umstandes, dass anlässlich der im Rahmen der jüngsten

Begutachtung durchgeführten Laboruntersuchung erneut – wie bereits im ABI-Gutachten 2015 (pag. 100099) – festgestellt wurde, dass die Angaben des Beschuldigten über die Einnahme von Medikamenten zur Linderung der von ihm angegebenen Schmerzsymptomatik (insbesondere Dafalgan) nicht mit den erhobenen Laborwerten übereinstimmten und als übertrieben zu betrachten waren (vgl. Urk. 41 S. 20, 24). 7. Zusammengefasst ist der Anklagesachverhalt, der dem Beschuldigten vorwirft, dass er seine massiven Beschwerden simulierte, erstellt. Dabei kann offenbleiben, ob er dennoch gelegentlich an Schmerzen litt. Sollte das der Fall gewesen sein, hätten diese Schmerzen ihn jedenfalls nicht zum Bezug einer IV-Rente

- 32 - berechtigt. Gleiches gilt hinsichtlich eines allfälligen, sich nach November 2017 entwickelnden Parkinson-Syndroms, hatte ein solches doch in jedem Fall keinen relevanten Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitraum vom November 2006 bis zum 6. Juli 2018. IV. Rechtliche Würdigung 1. In materiell-rechtlicher Hinsicht kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Sie treffen zu (Urk. 19; Art. 82 Abs. 4 StPO). Namentlich ist richtig, dass die Ärzte sich hinsichtlich der Schmerzen und deren Ausmass auf die subjektiven Angaben des Beschuldigten verlassen mussten. Ergänzend ist dazu anzumerken, dass der Beschuldigte seine Schilderung ausser mit einer (adäquaten) Bewegungsunruhe auch mit einem weiteren fassbaren Element, dem Schiefhals, unterstrich, der als Ausdruck und/oder Folge der behaupteten Schmerzen erscheinen konnte. Diesbezüglich erkannten die Gutachter zwar bereits in der ABI-Begutachtung im Jahr 2015 Unstimmigkeiten. Gleichzeitig gelang es dem Beschuldigten aber, die Inszenierung im Rahmen einer polysomnographischen Untersuchung fortzuführen, sodass die klinischen Ergebnisse weiterhin auch für seine Darstellung und eine relevant eingeschränkte Arbeitsfähigkeit sprachen. Mit anderen Worten war der Beschuldigte in hohem Mass in der Lage, unter Beobachtung sein Verhalten so zu kontrollieren, dass der Schiefhals selbst mit weitreichenden medizinischen Abklärungen nicht ohne weiteres mit genügender Gewissheit als Lüge enttarnt werden konnte. Dass die MEDAS-Gutachter, die nicht auf eine Observation zurückgreifen konnten, diesen als gegeben voraussetzten, ist folglich nachvollziehbar und das Ergebnis einer in seiner Gesamtheit auch für medizinische Fachleute eindrücklichen und schwer zu durchschauenden Inszenierung. Sie führte dazu, dass dem Beschuldigten im MEDAS-Gutachten abweichend von der Wirklichkeit eine zu mehr als 2/3 eingeschränkte Arbeitsfähigkeit attestiert wurde, was der Beschuldigte, der wiederholt angegeben hatte, nicht mehr arbeitsfähig zu sein, offensichtlich auch angestrebt hatte. Der IV-Stelle lag mit dem MEDAS-Gutachten eine eindeutige gutachterliche Äusserung vor, die sich in weitere ärztliche Berichte einfügte, und es ihr verunmöglichte, massgebliche gesundheitliche Beschwerden und die daraus folgende stark eingeschränkte

- 33 - Arbeitsfähigkeit des Beschuldigten zu verneinen. Im ersten Revisionsverfahren lag ihr die Bestätigung von Dr. med. H. _____ vor, dass die Behinderung weiterhin unverändert bestehe (pag. 100055 f.). Bei ihm handelte es sich um den behandelnden Arzt des Beschuldigten, dessen Angaben bei der IV-Anmeldung sich im Rahmen des IV-Anmeldeverfahrens bestätigt hatten. Einen Grund, seinen Angaben zu misstrauen, hatte die IV-Stelle nicht, wovon der Beschuldigte ebenso ausgehen konnte wie davon, dass die weiteren Leistungserbringer sich der Beurteilung seiner Arbeitsfähigkeit durch die IV anschliessen würden, solange er seine Beschwerden ihnen gegenüber bei gleichbleibender Betreuung durch Dr. med. H. _____ nur bestätigen würde. Seine

Inszenierung setzte der Beschuldigte im zweiten Revisionsverfahren gegenüber den Ärzten/Gutachtern und der IV-Stelle im Rahmen der bereits erwähnten Befragung (vgl. 100068-100073) mit Worten und diese unterstützenden Verhaltensweisen sodann fort, ergänzt durch eine ebensolche im Rahmen der verkehrsmedizinischen Begutachtung, die die IV- Stelle veranlasst hatte und ihn den Führerausweis kostete (pag. 100063-100066). Zuvor hatte er anlässlich eines von der Privatklägerin 3 veranlassten Hausbe- suchs seine Beschwerden ebenfalls nachdrücklich unverändert geschildert (pag. 100225-100230) und gegenüber der Geschädigten bestätigte er in zwei Fragen- bogen zur Überprüfung seines Leistungsanspruchs am 12. November 2014 (pag. 100279-100282) und am 20. April 2016 (pag. 100283-100287) seine Beschwer- den und Einschränkungen im Alltag. Das erste ABI-Gutachten (2015) äusserte zwar gewisse Zweifel an der Darstellung des Beschuldigten, bestätigte aber unter Vorbehalt dennoch eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, die den Beschuldig- ten gemäss RAD weiterhin zum Bezug einer vollen IV-Rente berechnete. Das ers- te ABI-Gutachten erlaubte es der IV-Stelle – und mit ihr auch den privaten Versi- cherern – folglich noch nicht, die Leistungen einzustellen. Nach Eingang der Er- gebnisse der Observation und deren Prüfung durch den RAD sowie nachdem dem Beschuldigten das rechtliche Gehör gewährt worden war, stellte die IV-Stelle die Leistungen jedoch ein. Die privaten Versicherer folgten nach einer angemes- senen Frist zur Prüfung der neuen Sachlage dem Beispiel der IV-Stelle kurz da- rauf. Einzig die Privatklägerin 1 zahlte noch während eines weiteren Jahres ihre Rente aus, was die Frage aufwirft, ob die entsprechenden Leistungen noch als irr-

- 34 - tumsbedingt erfolgt gelten können. Letztlich kann die Frage aber offenbleiben, da bei Bejahung der Frage im entsprechenden Umfang ein Betrugsversuch anzu- nehmen wäre, der vom Schuldspruch wegen gewerbsmässigen Betrugs ebenfalls umfasst würde. An der Höhe der Strafe würde sich dadurch ebenfalls nichts än- dern. 2. Zusammengefasst ist der Beschuldigte des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen. V. Strafzumessung

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