

ZH_OBERGERICHT SB220386 vom 26. Juni 2023

ZH Obergericht, 2023-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220386

FR: ZH_OBERGERICHT SB220386 du 26 juin 2023

IT: ZH_OBERGERICHT SB220386 del 26 giugno 2023

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Berufung gegen das eingangs im Dispositiv zitierte Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 22. Juni 2022, mit welchem der Beschuldigte des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB verurteilt wurde (Urk. 59).

E. 1.1

Die Privatklägerin erhob Anschlussberufung und beantragt die Aufhebung von Dispositivziffer 4 betreffend Schandersatzbegehren. Die Vorinstanz trat auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin nicht ein (Urk. 59 Dispositivziffer 4).

E. 1.2

Die Privatklägerin beantragt im Berufungsverfahren, dass auf ihr Schaden- ersatzbegehren einzutreten sei. Der Beschuldigte sei zu einer Schadenersatzleis- tung in der Höhe von Fr. 410'266.75 (Fr. 253'874.80 BVG-Anteil/Fr. 156'391.95 überobligatorische Leistungen, Zeitraum 23. Juni 2002 bis 30. September 2020)

- 38 - zuzüglich 5 % Zins seit 23. Juni 2002 zu verurteilen, eventualiter I in der Höhe von Fr. 229'303.65 (Fr. 143'000.40 BVG-Anteil/Fr. 86'303.25 überobligatorische Leistungen, Zeitraum 1. September 2010 bis 30. September 2020) zuzüglich 5 % Zins seit 1. September 2010, eventualiter II in der Höhe von Fr. 198'987.70 (Fr. 124'096.45 BVG-Anteil/Fr. 74'891.25 überobligatorische Leistungen, Zeitraum 1. Januar 2012 bis 30. September 2020) zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2012, subeventualiter I in der Höhe von Fr. 156'391.25 (überobligatorische IV- Rentenleistungen aus beruflicher Vorsorge, Zeitraum 23. Juni 2002 bis 30. September 2020) zuzüglich 5 % Zins seit 23. Juni 2002, subeventualiter II in der Höhe von Fr. 86'303.25 (überobligatorische IV-Rentenleistungen aus berufli- cher Vorsorge) zuzüglich 5 % Zins seit 1. September 2010, subeventualiter III in der Höhe von Fr. 74'891.25 (überobligatorische IV-Rentenleistungen aus berufli- cher Vorsorge, Zeitraum 1. Januar 2012 bis 30. September 2020) zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2012 (Urk. 82).

E. 1.3

Die Vorinstanz entschied, dass die Privatklägerin ihre Forderung nicht be- gründet habe; daher wäre die Forderung bereits aus diesem Grund abzuweisen. Da es sich bei den von der Privatklägerin erhobenen Ansprüchen aber um öffent- lich-rechtliche und nicht um zivilrechtliche Ansprüche handle, entschied die Vo- rinstanz auf Nichteintreten (Urk. 59 S. 64). 2. Grundlagen

E. 2

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Ver- meidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im

angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 59 S. 5 ff.).

E. 2.1

Die geschädigte Person kann zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat entweder selbständig auf dem Wege des Zivilprozesses oder adhäsionsweise durch schriftliches oder mündliches Begehren an das für den Entscheid über die Anklage zuständige Strafgericht geltend machen (Art. 119 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 StPO). Sie wird dadurch zur Privatklägerschaft (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO).

E. 2.2

Gemäss Art. 123 Abs. 1 StPO ist die in der Zivilklage geltend gemachte Forderung nach Möglichkeit in der Erklärung nach Artikel 119 StPO zu beziffern und, unter Angabe der angerufenen Beweismittel, kurz schriftlich zu begründen. Erfolgt keine Begründung, wird die Zivilklage auf den Zivilweg verwiesen (Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO).

- 39 -

E. 2.3

Gemäss Art. 123 Abs. 1 StPO hat die Privatklägerschaft ihre zivilrechtlichen Ansprüche in der Erklärung gemäss Art. 119 StGB (Konstituierung als Zivilklägerin) nach Möglichkeit zu beziffern und kurz schriftlich zu begründen, wobei sie die Beweise nennen muss, auf die sie sich stützen will. Im Zeichen der im Zivilprozess vorherrschenden Dispositions- und Verhandlungsmaxime obliegt es somit auch im Adhäsionsprozess grundsätzlich der Privatklägerschaft, ihre Forderung substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast der Privatklägerschaft ist allerdings insofern gemindert, als dass sie auf die Ergebnisse der Strafuntersuchung verweisen kann, bzw. das Strafgericht sich im Zivilpunkt auch auf die im Strafverfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen zu stützen hat. Sachverhalte, welche für die Straftat nicht wesentlich sind und deshalb nicht durch die Strafbehörden ermittelt werden, hat die Privatklägerschaft hingegen zu substantiieren und zu beweisen. Dies gilt insbesondere für die genaue Höhe des erlittenen Schadens. Mit anderen Worten hat die Privatklägerschaft vor allem die privatrechtlichen Haftungsgrundlagen in tatsächlicher Hinsicht, soweit diese durch das Strafverfahren noch nicht offenkundig sind, darzulegen (Dolge, BSK-StPO, N 22 f. zu Art. 122 und N 8 zu Art. 123; vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. September 2022, SB210458, E. 1.3.1).

E. 2.4

Nach Art. 126 Abs. 1 StPO entscheidet das Gericht über die anhängig gemachten Zivilklagen, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht oder freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist. Die Zivilklage wird demgegenüber auf den Zivilweg verwiesen, wenn das Strafverfahren eingestellt oder im Straffehlsverfahren erledigt wird, die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat, die Privatklägerschaft die Sicherheit für die Ansprüche der beschuldigten Person nicht leistet, die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist oder die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre (Art. 126 Abs. 2 lit. a- d StPO sowie Art. 126 Abs. 3 StPO).

E. 2.5

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Rückforderungsansprüche der registrierten Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 35a BVG im obligatori-

- 40 - schen Bereich als sozialversicherungsrechtlich und damit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Dementsprechend ist eine adhäsionsweise Geltendmachung einer solchen Forderung im Strafverfahren nicht möglich. Das Bundesgericht liess ausdrücklich offen, ob es sich im überobligatorischen Bereich gleich verhält (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2019, 6B_1324/2018 / 6B_22/2019, E. 5.7.). 3. Entscheid der Vorinstanz / Argumente der Privatklägerin

E. 3

Am 4. Juli 2022 meldete der Beschuldigte zunächst Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil an (Urk. 55). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde dem Beschuldigten, der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerin am 25. Juli 2022

- 6 - (Urk. 58/1-3) und der SVA Kanton Zürich am 26. Juli 2022 (Urk. 58/4) zugestellt. Der Beschuldigte reichte sodann am 15. August 2022 die Berufungserklärung mitsamt zwei Beweisanträgen ein (Urk. 61).

E. 3.1

Die Vorinstanz hielt in ihrem Urteil fest, dass die Privatklägerin ihre Forderung nicht begründet habe. Aus diesem Grund wäre daher die Zivilklage bereits gemäss Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO auf den Zivilweg zu verweisen. Da aber die Privatklägerin einen öffentlich-rechtlichen Anspruch geltend machen würde, sei auf die Schadenersatzforderung der Privatklägerin nicht einzutreten (Urk. 59 S. 64).

E. 3.2

Die Privatklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie mit Formular, datiert vom 1. Juli 2020, sowie beigegeführten Akten ihren Anspruch auf Schadenersatzleistung begründet habe (Urk. 69 S. 4). Zudem habe sie mit Eingabe vom 11. Mai 2022 der Vorinstanz im Hinblick auf die Hauptverhandlung vom 22. Juni 2022 mitgeteilt, dass sie weiterhin an ihrer Schadenersatzforderung festhalte und habe dabei auf das vorgenannte Formular inkl. separater Aufstellung der Rentenbeiträge als Schadenersatzforderungen hingewiesen (Urk. 69 S. 5). In Bezug auf den materiellen Anspruch macht die Privatklägerin geltend, dass sich die Ausrichtung von überobligatorischen, reglementarischen Leistungen nicht nach dem BVG richte, sondern ein Anspruch privatversicherungsrechtlicher Natur sei. Die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs in der weitergehenden beruflichen Vorsorge richte sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach den Bestimmungen von Art. 62 ff. OR. Daraus schliesst die Privatklägerin, dass diese bundesgerichtliche Qualifikation die materiell privatrechtliche Natur des Rückforderungsanspruchs impliziere, woran Art. 35a BVG nichts ändere (Urk. 69 S. 8 f.). Sie könne somit ihren Anspruch adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Urk. 69 S. 7). Den Anspruch habe sie bereits am 1. Juli 2020 bezif-

- 41 - fert, und zwar in Höhe von Fr. 156'391.95 zuzüglich Zins von 5 %. Eventualiter macht die Privatklägerin einen Anspruch in Höhe von Fr. 86'303.25 zuzüglich Zins von 5 % geltend (Urk. 69 S. 4). 4. Konstituierung als Privatklägerin / Begründung der Klage

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 17. August 2022 wurde die Berufungserklärung unter Hinweis auf Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO und Art. 401 StPO der Privatklägerin und der SVA Zürich sowie der Staatsanwaltschaft zugestellt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 63). Zudem wurde ihnen Frist angesetzt, um zu den Beweisanträgen Stellung zu nehmen (Urk. 63). Die SVA Zürich reichte mit Eingabe vom 2. September 2022 ihre Stellungnahme zu den Beweisanträgen ein (Urk. 65). Mit Eingabe vom 7. September 2022 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Erhebung einer Anschlussberufung und nahm zu den Beweisanträgen des Beschuldigten Stellung (Urk. 67). Die Privatklägerin 1 reichte mit Eingabe vom 7. September 2022 ihre Anschlussberufung und Stellungnahme zu den Beweisanträgen ein (Urk. 69). Mit Präsidialverfügung vom 14. September 2022 wurden die zwei Beweisanträge des Beschuldigten abgewiesen und die Anschlussberufungserklärung der Privatklägerin 1 wurde den übrigen Parteien zugestellt (Urk. 72).

E. 4.1

Die Privatklägerin hat sich am 1. Juli 2020 rechtzeitig als Straf- und Zivilklägerin konstituiert (Urk. 24/2).

E. 4.2

Die vom 1. Juli 2020 datierte Erklärung als solche enthält keine Begründung, sondern lediglich die Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs ("BVG-Teil: 253'874.80 + ÜO-Teil: 156'391.95 = 410'266.75", vgl. Urk. 24/2). Der Erklärung war ein Schreiben angehängt an die Kantonspolizei mit Kopie an die Staatsanwaltschaft, datiert vom gleichen Tag (Urk. 8/6). In diesem Schreiben werden die von der Privatklägerin an den Beschuldigten erbrachten Leistungen im Zeitraum vom 17.12.1999 bis 30.9.2020 aufgelistet. Die erbrachten Leistungen (Invalidenrente) werden in "BVG-Teil" und "Überobligatorischer Teil" aufgeteilt und das Total der erbrachten Leistungen wird aufgeführt. Die erbrachten Rentenzahlungen gemäss Urk. 8/6 an den Beschuldigten im Bereich des überobligatorischen Teils betragen Fr. 156'391.95, was mit dem geltend gemachten Anspruch auf der Erklärung, sich als Privatklägerin zu konstituieren (Urk. 24/2), übereinstimmt. Zudem wurden diesem Schreiben vom 1. Juli 2020 auch diverse Akten beigelegt (vgl. Urk. 8/6 S. 2). Zudem sandte die Privatklägerin ebenfalls am 1. Juli 2020 ein Schreiben an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, worin sie erklärte, sich als Privatklägerin zu konstituieren und auf das entsprechende Formular (Urk. 24/2) sowie die Leistungsaufstellung hinwies (Urk. 24/3). Schliesslich teilte die Privatklägerin dem vorinstanzlichen Gericht mit Eingabe vom 11. Mai 2022 mit, dass sie an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen werde, aber an ihrer Schadenersatzforderung festhalte und wies wiederum auf das Formular und die "Aufstellung betreffend Rentenbetreffnisse" hin (Urk. 39). Aus diesen eingereichten Unterlagen geht die Bezifferung der Forderung und eine kurze schriftliche Begründung mitsamt Beweisofferten hervor, zumindest für einen - 42 - Teil der Forderung (vgl. dazu nachstehend in E. VII.6.). Damit ist der Schadenersatzanspruch grundsätzlich begründet im Sinne von Art. 123 Abs. 1 StPO. 5.

Zivilrechtlicher Anspruch

E. 4.3

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Motiv des Beschuldigten einzig finanzieller Natur war. Es ging ihm offensichtlich darum,

sich ein angenehmeres Leben auf Kosten des Staates zu finanzieren. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere nicht zu relativieren.

E. 4.4

Das Verschulden des Beschuldigten ist unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatkomponente als nicht mehr leicht einzustufen. Eine hypothetische Einsatzstrafe unter Berücksichtigung des Strafrahmens sowie des Verschuldens von 34 Monaten (mittleres Drittel) erscheint als angemessen.

E. 4.5

Täterkomponente

E. 4.5.1

Vorleben und persönliche Verhältnisse Der Beschuldigte verweigerte die Aussagen zu seiner Person sowohl in der Untersuchung (Urk. 9/4) als auch vor Vorinstanz (Urk. 46 S. 1 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er unter Verweis auf die Arztzeugnisse aus, dass es

- 34 - ihm gesundheitlich immer schlechter gehe, sowohl psychisch als auch physisch (Urk. 79 S. 1 f.). Der Beschuldigte war von 1976 bis 2004 mit AB._____ verheiratet (Urk. 3/1, 3/3 und 3/5). Aus dieser Ehe stammen drei erwachsene Kinder (Urk. 3/5). Seit 2007 ist er zum zweiten Mal verheiratet. Seine jetzige Ehefrau ist G._____. Im Jahr 2001 erhielt der Beschuldigte eine Spendermilch (Urk. 3/10). Ab 1. Dezember 2001 bezog der Beschuldigte eine IV-Rente (Urk. 3/13) Aus den Akten (vgl. psychiatrisches Gutachten Dr. med. W._____ [Urk. 3/65]) kann sodann entnommen werden, dass der Beschuldigte die ersten drei Lebensjahre bei seinen Grosseltern verbrachte und ab dem Alter von vier oder fünf Jahren in AC._____ aufwuchs, wo der Vater ein Baugeschäft aufgebaut hatte. Der Beschuldigte hatte einen zehn Jahre jüngeren Bruder, der drogenabhängig war und im Jahr 2005 bei einem Autounfall verstarb. Nach Abschluss der Sekundarschule absolvierte der Beschuldigte eine Maurerlehre. Sodann schloss er die Vorarbeiterschule ab und arbeitete im Geschäft des Vaters. Im Alter von 24 Jahren verliess er die Firma. Durch Zufall stiess er später auf die Fitnessbranche, kaufte ein Fitnesscenter und beschäftigte sich intensiv mit Fitness. Er arbeitete Tag und Nacht und baute eine neue Firma im Bereich Herstellung und Vertrieb von Fitnessbekleidung auf. 1992 arbeitete er mit den falschen Partnern zusammen und es kam zum Konkurs. In der Folge begann er, Liegenschaften des Vaters zu unterhalten und sanieren. 1994 wagte er einen Neustart in der alten Tätigkeit (a.a.O. S. 2 ff.). Unter diesem Punkt zu erwähnen sind auch die psychischen und physischen Probleme des Beschuldigten. So litt und leidet der Beschuldigte noch immer an schweren Persönlichkeitsstörungen und Depressionen und auch körperlich geht es ihm schlecht. Seit vielen Jahren hat der Beschuldigte damit zu kämpfen, wobei es unklar ist, ob Besserungen in Sicht sind. Insgesamt rechtfertigt es sich infolge dessen, die Einsatzstrafe zu reduzieren.

- 35 -

E. 4.5.2

Nachtatverhalten Wie ausgeführt, verweigerte der Beschuldigte in der Untersuchung und auch vor Vorinstanz sowie auch weitestgehend heute seine Aussagen. Weder Reue, noch Einsicht bzw. ein Geständnis, welche strafmindernd sein könnten, sind vorliegend auszumachen.

E. 4.5.3

Erhöhte Strafempfindlichkeit Eine erhöhte Strafempfindlichkeit ist nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen, da die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede arbeitstätige und in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit einer gewissen Härte verbunden ist (vgl. etwa Urteile 6B_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.6; 6B_605/2013 vom

E. 4.5.4

Fazit persönliche Verhältnisse Insgesamt wirken sich die persönlichen Verhältnisse und die erhöhte Strafempfindlichkeit des Beschuldigten strafmindernd auf die Strafe aus.

E. 4.6

Vorstrafe / Delinquenz während laufender Probezeit und laufendem Strafverfahren Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 22. Mai 2013 wurde der Beschuldigte wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln mit einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen à Fr. 110.– sowie einer Busse von Fr. 500.– bestraft (Urk. 42 bzw. Urk. 78). Diese Vorstrafe ist nicht einschlägig und liegt schon mehr als zehn Jahre zurück. Sie wirkt dementsprechend nicht straf erhöhend. Dass der Beschuldigte jedoch während der ihm mit dem erwähnten Strafbefehl vom 22. Mai 2013 angesetzten Probezeit von zwei Jahren weiter delinquierte, ist leicht straf erhöhend zu berücksichtigen.

- 36 -

E. 4.7

Fazit Nach dem Gesagten überwiegen die strafmindernden Umstände (persönliche Verhältnisse und erhöhte Strafempfindlichkeit des Beschuldigten) die Delinquenz während laufender Probezeit und laufendem Strafverfahren. Es rechtfertigt sich daher eine Reduktion der Einsatzstrafe von 34 Monaten Freiheitsstrafe um 4 Monate. Somit ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu bestrafen. VI. Vollzug 1. Gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Um eine teilbedingte Strafe auszufallen, müssen weiter die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 bis 3 StGB gegeben sein (vgl. auch BGE 144 IV 277 E. 5.3.1.). 2. Mit der Vorinstanz ist von einer günstigen Prognose beim Beschuldigten auszugehen. Die Vorstrafe liegt mehr als zehn Jahre zurück und ist nicht einschlägig (Urk. 42 bzw. Urk. 78). Es sind keine Umstände ersichtlich, die gegen das Vorliegen einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 42 StGB sprechen würden. Es ist daher eine teilbedingte Freiheitsstrafe auszusprechen. 3. Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB) und sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil müssen mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB). Als Bemessungsregel ist das Ausmass des Verschuldens heranzuziehen. 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 Straf-

- 37 - teil sein. Der unbedingt Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.6). Vorliegend fällt das festgesetzte Strafmass von drei Jahren ins Gewicht, mithin die Maximalhöhe des

Strafrahmens für eine mögliche teilbedingte Freiheitsstrafe (vgl. Art. 43 Abs. 1 StGB). Bei Strafen in derartigen Höhen spricht die angemessene Berücksichtigung der Verschuldungsgesichtspunkte grundsätzlich für einen vollziehbaren Anteil im oberen Bereich des Zulässigen. Eine Reduktion kann aber etwa bei einer einwandfreien Legalprognose als gerechtfertigt erscheinen. Wie ausgeführt, weist der Beschuldigte zwar eine Vorstrafe auf, die aber schon mehr als zehn Jahre zurückliegt. Vorliegend erscheint es angemessen, den zu vollziehenden Teil auf 12 Monate anzusetzen und die restlichen 18 Monate Freiheitsstrafe aufzuschieben. 4. Gemäss Art. 44 Abs. 1 StGB bestimmt das Gericht dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren, wenn es den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise aufschiebt. Vorliegend ist – mit der Vorinstanz (vgl. Urk 59 S. 61 f.) – aufgrund des Delinquierens während der Probezeit (vgl. oben in E. V.4.6) die Probezeit für den aufgeschobenen Teil der Freiheitsstrafe auf drei Jahre festzulegen. VII. Zivilansprüche 1. Vorbemerkungen

E. 5

Beweismittel

E. 5.1

Es ist als nächstes zu prüfen, ob es sich beim geltend gemachten Anspruch um einen zivilrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt.

E. 5.2

Gemäss Art. 35a Abs. 1 BVG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Diese Bestimmung gilt sowohl für zu Unrecht bezogene Leistungen für den obligatorischen als auch für den überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge (vgl. Verweis in Art. 49 Abs. 2 Ziff. 4 BVG für den überobligatorischen Bereich).

E. 5.2.1

Zeuge F.____ Der Zeuge F.____ bezeichnete den Beschuldigten bzw. die C.____ als seinen ehemaligen Arbeitgeber (Urk. 10/2 S. 2). Er arbeitete im April und Mai 2011 im Bereich Lageraufbau und Lagerverteiler für die C.____. Angestellt habe ihn der Beschuldigte, welcher sein Vorgesetzter gewesen sei. Dieser habe ihn angerufen und konkrete Aufträge erteilt. Der Beschuldigte sei selten in den Räumlichkeiten der C.____ gewesen. Wenn er im Geschäft gewesen sei, habe er das typische Bild des Chefs beschrieben; nicht arbeiten und kontrollieren, ob alle ihre Arbeit machen (Urk. 10/2 S. 3 f.). Auf die Frage, ob G.____ bei der C.____ eine Aufgabe gehabt habe, antwortete der Zeuge, dass sie die Frau vom Chef gewesen sei. Weiter führte er aus, dass der Beschuldigte auf ihn müde bzw. erschöpft gewirkt habe (Urk. 10/2 S. 4 f.).

- 11 -

E. 5.2.2

Zeuge H.____ Der Zeuge H.____, welcher von April 2014 bis Dezember 2017 für die C.____ arbeitete, gab an, dass er bei der Firma des Beschuldigten angestellt und der Beschuldigte sein Chef gewesen sei. Die Firma sei die Firma der Frau des Beschuldigten und nicht die Firma des Beschuldigten gewesen. Er habe aber vor allem mit dem Beschuldigten gesprochen und sich an ihn oder an einen anderen Mann gewandt bei Problemen (Urk. 10/3 S. 2 f.). Der Zeuge sagte aus, dass der Beschuldigte meistens jeden Tag in den Räumlichkeiten der C.____ gewesen sei, ausser er habe auswärts etwas machen

müssen. Wenn er, der Zeuge, am Morgen um 9 Uhr gekommen sei, sei der Beschuldigte dort gewesen und wenn er am Abend um 18 Uhr gegangen sei, sei der Beschuldigte dort gewesen (Urk. 10/3 S. 3 f.). Er bestätigte auf entsprechende Frage, dass der Beschuldigte der Geschäftsführer der C._____ gewesen sei (Urk. 10/3 S. 4). Sodann sagte der Zeuge aus, dass G._____ keine Aufgabe in der C._____, sondern einfach einen Raum dort mit ihrem Nagelstudio gehabt habe (Urk. 10/3 S. 5).

E. 5.2.3

Zeuge I._____ Der Zeuge I._____ war während 20 Jahren Hauswart der Liegenschaft J._____ - strasse ... in Zürich, bis ca. im Jahr 2015. Er wisse, dass der Beschuldigte die Räumlichkeiten an der J._____ -strasse ... gemietet habe und dass dieser – so- fern er sich an die Mieter hätte wenden müssen – seine Ansprechperson gewesen sei. Wer in den Räumlichkeiten gearbeitet habe, wisse er nicht. Er habe den Beschuldigten ab und zu gesehen und als reine Vermutung dessen Frau oder Freundin, er wisse letzteres aber nicht (Urk. 10/4 S. 2 ff.).

E. 5.2.4

Zeugin K._____ Die Zeugin K._____, Liegenschaftsverwalterin bei der L._____ AG für die Liegen- schaft J._____ -strasse ... in Zürich bis ins Jahr 2012, sagte aus, dass sie sehr regelmässig, d.h. 1-2 Mal pro Woche, in der betreffenden Liegenschaft gewesen sei. Der Beschuldigte habe mit der C._____ diese Liegenschaft gemietet; er sei als solidarhaftende Person in den Vertrag aufgenommen worden. Auf entspre-

- 12 - chende Frage, ob sie im Jahr 2014 gegenüber der Polizei angegeben habe, der Beschuldigte sei der Geschäftsführer der C._____ gewesen, antwortete sie, dass dies möglich sei. Vor Vertragsunterzeichnung habe sie das Objekt mit dem Be- schuldigten angeschaut. Wenn sie etwas mit der C._____ haben klären müssen, was öfter vorgekommen sei, sei der Beschuldigte ihre Ansprechperson gewesen (Urk. 10/5 S. 3 ff.). Weiter führte die Zeugin aus, dass der Beschuldigte immer in der Liegenschaft gewesen sei, wenn sie oder der Hauswart dort gewesen seien. Gesundheitliche Probleme beim Beschuldigten seien ihr nicht aufgefallen (Urk. 10/5 S. 5 f.).

E. 5.2.5

Zeuge M._____ Laut Handelsregisterauszug war der Zeuge M._____ seit der Gründung der C._____, d.h. seit tt.mm.2010, bis tt.mm.2020, Geschäftsführer der C._____. M._____, Rechtsanwalt, wurde weder durch den Beschuldigten noch durch des- sen Frau vom Anwaltsgeheimnis entbunden (Urk. 10/6 S. 2). Der Zeuge sagte aus, dass er überhaupt nicht regelmässig vor Ort im Geschäft gewesen sei. G._____ habe seines Wissens bei der C._____ gearbeitet, aber was sie gearbeitet habe, wisse er nicht (Urk. 10/6 S. 3 f.). Auf entsprechende Fra- ge hin erklärte er, dass er gewusst habe, dass der Beschuldigte Nierenprobleme gehabt habe und er den Beschuldigten darauf angesprochen habe, ob ihn die Medikamente psychisch einschränken würden. Der Beschuldigte habe ihm bestä- tigt, dass es solche Tage geben würde. Weiter sagte der Zeuge aus, dass er nicht wisse, ob sich der Beschuldigte im Geschäft aufgehalten habe. Was der Beschul- digte für die C._____ gemacht habe, betrachte er eher als eheliche Beistands- pflicht. Angesprochen auf den Verdacht, der Beschuldigte hätte seit Gründung der C._____ für diese gearbeitet, antwortete der Zeuge, dass a) er dies nicht so mit- bekommen habe, b) er nicht wisse, wie viel er gearbeitet habe und c) er auch nicht wisse, ob es diesem gesundheitlich überhaupt möglich gewesen sei, so viel zu arbeiten (Urk. 10/6 S. 5 ff.).

E. 5.2.6

Zeuge N._____. Der Zeuge N._____, pensionierter Polizeibeamter der Stadtpolizei Zürich, erstellte am 29. April 2014 einen Bericht über seine Wahrnehmungen anlässlich eines Brands am 21. April 2014 an der J._____-strasse ... in Zürich im Geschäft der C._____, welchen er damals in seiner Funktion als Polizeibeamter verfasste. Er gab an, dass der Eigentümer, der Beschuldigte, damals – er sei davon ausgegangen, dass es sich um den Eigentümer gehandelt habe – aufgeboten und vor Ort erschienen sei. Dieser habe von seinem Geschäft erzählt. Aufgrund der ganzen Umstände sei ihm, dem Zeugen, klar gewesen, dass dem Beschuldigten das Geschäft gehöre. Die Frau des Beschuldigten sei damals auch dort gewesen. Es habe geheissen, dass diese separat in einer Ecke ein Nagelstudio gehabt habe, das ihr gehören würde, während der Beschuldigte Fitnessnahrungsmittel verkaufen würde. Der Zeuge sagte sodann aus, dass er seine Abklärungen, Ermittlungen und Befragungen gemacht habe mit dem Gedanken, dass der Beschuldigte der Geschädigte sei und ihm dieser Laden gehöre. Er habe sodann Abklärungen gemacht und erfahren, dass der Beschuldigte eine IV-Rente erhalte. Er habe sich verpflichtet gefühlt, der IV zu melden, was er erfahren habe und er habe einen Bericht erstellt, weil er einfach gemerkt habe, dass etwas nicht stimme, wenn sich jemand als Geschäftsführer aufführe, eine Show abziehe und zeige, dass ihm alles gehöre und der Chef sei, aber IV beziehe. Der Beschuldigte habe sich ihm gegenüber mit dem Namen vorgestellt und so, dass er gewusst habe, dass ihm der Laden gehören würde. Weiter sagte der Zeuge aus, dass der Beschuldigte und dessen Frau zusammen gewesen seien, aber beide hätten ihr eigenes Geschäft gehabt (Urk. 10/7 S. 3 f.). Schliesslich führte der Zeuge aus, dass er 100 % zu dem stehe, was im Bericht stehe. Aufgrund der langen Zeitspanne gebe es natürlich gewisse Erinnerungslücken (Urk. 10/7 S. 8).

E. 5.3

Vor Inkrafttreten von Art. 35a BVG am 1. Januar 2005 stützte sich die Rückerstattung mangels reglementarischer kasseninterner Bestimmungen auf Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR), und zwar nicht nur in der vorwiegend privatrechtlich ausgestalteten überobligatorischen Vorsorge, sondern auch in der obligatorischen Minimalvorsorge nach BVG (vgl. BETTINA KAHIL-WOLFF, in: KOSS - Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., 2019, S. 678). Die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs nach Art. 35a Abs. 1 BVG gründete gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 128 V 236 und BGE 128 V 50) in der obligatorischen und in der weitergehenden beruflichen Vorsorge im Bereicherungsrecht nach Art. 62 ff. OR. Allerdings erklärte das Bundesgericht, dass im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge keine Gründe ersichtlich sind, dass der neu eingefügte Art. 35a BVG zivilrechtlicher Natur ist, da die historische Grundlage von Art. 35a BVG nicht im privatrechtlichen Bereicherungsrecht liegt (BGer vom 22. März 2019, 6B_1324 / 6B_22/2019, E. 5.7.).

E. 5.4

"Unrechtmässig" im Sinne von Art. 35a Abs. 1 und 2 BVG bedeutet, dass eine Leistung ohne rechtlichen Grund ausgezahlt wurde. Rückerstattungspflichtig ist der Leistungsempfänger (vgl. Art. 35a Abs. 1 und 2 BVG). Von der Rückforderung kann abgesehen werden, wenn der Leistungsempfänger gutgläubig war und die Rückforderung

zu einer grossen Härte führt. Gemäss der herrschenden Lehre

- 43 - ist bei Rückforderungen, die sich auf Leistungen der weitergehenden beruflichen Vorsorge beziehen, für die Bemessung des Sorgfaltsmassstabs das Bestehen eines Vertragsverhältnisses (Vorsorgevertrag zwischen Vorsorgeeinrichtung und Versichertem) zu berücksichtigen. Hierbei ist aber zu beachten, dass das Gesetz für die obligatorische und für die weitergehende berufliche Vorsorge eine einheitliche Regelung für die Rückerstattung von zu Unrecht bezogenen Leistungen einführen wollte (vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG). Bei der Rückforderung von Leistungen aus der weitergehenden beruflichen Vorsorge sollte ein strengerer Sorgfaltsmassstab deshalb nur dann gelten, wenn konkrete Umstände im Einzelfall dafür sprechen (vgl. dazu KAHIL-WOLFF, a.a.O., S. 684).

E. 5.5

Bei der Privatklägerin handelt es sich unstreitig um eine umhüllende Vorsorgeeinrichtung, die über das Obligatorium hinaus Leistungen erbringt. 5.6.1 Die rechtlichen Grundlagen für das Rechtsverhältnis zwischen den Versicherten und den Vorsorgeeinrichtungen finden sich in Bezug auf das Obligatorium im BVG (vgl. Art. 5 Abs. 2 BVG). 5.6.2 Im überobligatorischen Bereich ("Säue 2b") werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Versicherten und der Vorsorgeeinrichtung durch einen privatrechtlichen Vorsorgevertrag geregelt. Im Unterschied zur obligatorischen (Art. 2 BVG) und der freiwilligen (Art. 4 BVG) Vorsorge untersteht die überobligatorische Vorsorge in rechtlicher Hinsicht nicht (bzw. nur punktuell, vgl. Art. 49 Abs. 2 BVG) dem BVG, sondern den Regeln des OR. Rechtsdogmatisch handelt sich beim privatrechtlichen Vorsorgevertrag gemäss Lehre und Rechtsprechung um einen Innominatvertrag sui generis (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2021, 9C_385/2020 E. 3.2; BGE 141 V 162 E. 3.1.1; BGE 131 V 27 E. 2.1; BGE 129 V 147 E. 3.1; BGE 129 III 305 E. 2.3; BGE 122 V 142 E. 4b; BGE 118 V 229 E. 4b; THOMAS GEISER, Die Auslegung von Stiftungsreglementen, in: SZS 2000 S. 101; HANS MICHAEL RIEMER, Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in: Innominatverträge, Zürich 1998, S. 238 ff.; MARCO WEISS, Sozialversicherungsträger als Privatkülerschaft, in: forumpoenale 6/2022 S. 439).

- 44 - 5.6.3 Die Vorsorgeeinrichtungen sind im Rahmen des Gesetzes und unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Schranken (wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeit) in der Gestaltung ihrer Leistungen im weitergehenden Bereich der Vorsorge grundsätzlich frei (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 BVG in Verbindung mit Art. 6 und Art. 49 Abs. 2 BVG) (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2021, 9C_385/2020 E. 3.2.1; BGE 140 V 348 E. 2.1). Die Grundsätze der Gleichbehandlung der Destinatäre, der Angemessenheit, Kollektivität und Planmässigkeit gelten aber nicht nur im Bereich der obligatorischen Vorsorge, sondern auch im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge (vgl. BGE 132 V 149 E. 5.2.5; Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2021, 9C_385/2020, E. 3.2.2.). 5.6.4 Oftmals schliessen die Arbeitnehmenden keinen separaten Vorsorgevertrag ab; dieser wird direkt im Arbeitsvertrag integriert. Faktisch hat deshalb der ganz überwiegende Teil der Arbeitnehmer gar keine Wahl, ob und in welchem Umfang er im überobligatorischen Bereich eine Vorsorge treffen will ("faktischer Vertragszwang"), auch wenn zwischen den Parteien grundsätzlich Dispositionsfreiheit herrscht (vgl. dazu THOMAS GÄCHTER/KASPAR SANER, in: KOSS-Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Art. 49 BVG, S. 860 f.; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2019, Rz. 1886). Insbesondere die Partnerwahl- und die Abschlussfreiheit sind eingeschränkt, weshalb in der (früheren) Lehre

die Meinung vertreten wurde, dass eigentlich nicht mehr von einer privatrechtlichen Beziehung gesprochen werden könne (THOMAS KOLLER, in: AJP 1995 S. 784). Doch trotzdem wird in der aktuellen Rechtsprechung und in der herrschenden Lehre regelmässig der Vorsorgevertrag im überobligatorischen Bereich als privatrechtlicher Vertrag qualifiziert (vgl. dazu oben in E. VII.5.6.2 die erwähnte Rechtsprechung und h.L.). Auch ist darauf hinzuweisen, dass beispielweise bei unklaren Reglements Vorschriften auf die Auslegungsregeln gemäss Vertragsrecht abgestellt wird (vgl. BGE 132 V 278 E. 4.3). Ebenso ist beim Abschluss eines Vorsorgevertrags entscheidend, ob eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien gemäss Art. 1 Abs. 1 OR vorlag (Urteil des Bundesgericht 2. März 2021, 9C_384/2020, E. 3.2.1.). Mit anderen Worten, die Regeln des Obligationenrechts finden auf den Vorsorgevertrag Anwen-

- 45 - dung, soweit das Vorsorgereglement oder die Statuten nichts anderes bestimmen. 5.6.5. Daraus erhellt, dass der Rückerstattungsanspruch der Privatklägerin gegenüber dem Beklagten bezüglich der ausbezahlten Renten im überobligatorischen Bereich zivilrechtlicher Natur ist und somit adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden kann. 5.7.1 Die Privatklägerin bezifferte ihren Anspruch aus dem überobligatorischen Bereich in Urk. 24/2 mit Fr. 156'391.95 und verwies auf die Rentenaufstellung in Urk. 8/6. Aus Urk. 8/6 geht hervor, dass die von ihr erbrachten Leistungen im überobligatorischen Bereich an den Beschuldigten im Zeitraum von 23. Juni 2002 bis 30. September 2020 Fr. 156'391.95 betragen. 5.7.2 Vorliegend sind die (im überobligatorischen Bereich) durch die Privatklägerin erbrachten Leistungen aufgrund des strafbaren Verhaltens des Beschuldigten unrechtmässig im Sinne von Art. 35a Abs. 1 und 2 BVG ausbezahlt worden und daher grundsätzlich zurückzuerstatten. Allerdings ist vorliegend der Deliktszeitraum, wie vorne ausgeführt (vgl. vorne E. III.8.), zwischen 23. August 2010 (Ausfüllen des Fragebogens für die vierte Revision; Urk. 3/76) bis 21. August 2020 (Sistierung IV-Rente per Ende Juli 2020; Urk. 11/14) erstellt. Leistungen, die davor (oder danach) erwirkt wurden, können in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden. Die Privatklägerin begründete bis und mit vorinstanzlichen Verfahren im Übrigen auch nicht, weshalb ihr Leistungen in der Höhe von Fr. 156'391.95 zurückzuerstatten seien, worin Leistungen ab 23. Juni 2002 enthalten sind (vgl. Rentenaufstellung in Urk. 8/66). Rückerstattungspflichtig sind daher lediglich, aber immerhin die Rentenleistungen für den erstellten Zeitraum, und zwar in Höhe von Fr. 86'303.25 (Urk. 69 Rz. 15). Im Mehrbetrag ist die Forderung der Privatklägerin auf den Zivilweg zu verweisen. 5.8.1 Weiter fordert die Privatklägerin Zinsen zu 5 % seit 1. September 2010 (bei mittlerem Verfall). Sie begründet diese Zinsforderung nicht weiter. Der Beschuldigte bestritt die Forderung generell.

- 46 - 5.8.2 Im Privatrecht gilt eine generelle Verzugszinspflicht, sobald der Schuldner in Verzug ist (vgl. Art. 104 OR). Im Sozialversicherungsrecht gibt es nur in bestimmten, im Gesetz genannten Fällen eine Verzugszinspflicht (vgl. BGE vom 30. Juni 2009, 9C_98/2009, E. 4.1). Aufgrund der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts im (überobligatorischen) Bereich der beruflichen Vorsorge ist die Gewährung von Verzugszinsen die Regel (BGE 145 V 18 E. 4.2). Für Schadenszins gilt weitgehend dasselbe (BGE 131 III 12 E. 9.1). 5.8.3 Aufgrund des privatrechtlichen Charakters der Forderung sind konsequenterweise auch Schadenszinsen geschuldet. Vorliegend ist der mittlere Verfall am 1. September 2015. Somit sind Schadenszinsen zu 5 % seit 1. September 2015 geschuldet. 6. Fazit Zusammengefasst ist der Beschuldigte zu verpflichten, der Privatklägerin Fr. 86'303.25 zuzüglich 5 % Zins seit 1. September 2015 zu

bezahlen. Im Mehr- betrag ist die Forderung der Privatklägerin auf den Zivilweg zu verweisen. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 7) zu bestätigen. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unter- liegt im vorliegenden Berufungsverfahren grösstenteils, obsiegt jedoch teilweise hinsichtlich des Schuldspruchs (mehrfacher anstatt gewerbsmässiger Betrug) und hinsichtlich der Dauer der Freiheitsstrafe (30 Monate anstatt 36 Monate). Ent- sprechend rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsver- fahrens – mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung – im Umfang von 3/5 aufzuerlegen. Die Privatklägerin unterliegt mit ihren Anträgen grösstenteils, weshalb es sich rechtfertigt, ihr die Kosten des Berufungsverfahrens zu 1/5 auf-

- 47 - zuerlegen. Im Übrigen, das heisst im Umfang von 1/5, sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. 4. Die amtliche Verteidigung beantragt, der Beschuldigte sei für die Kosten seiner erbetenen [recte: amtlichen] Verteidigung eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 10'594.45 zuzusprechen (Urk. 80 S. 2, Urk. 81). Dieser Betrag erscheint zu hoch, insbesondere da für das Aktenstudium ca. 15.5 Stunden (entsprechend Fr. 3'410.–) und für die Ausfertigung des Plädoyers 16 Stunden (entsprechend Fr. 3'520.–) veranschlagt wurden und der Beschuldigte bereits vor Vorinstanz von demselben Verteidiger vertreten wurde. Es rechtfertigt sich daher, das Honorar zu kürzen, und es erscheint ein Honorar von pauschal Fr. 9'500.– (inklusive Mehrwertsteuer) angemessen. Diese Kosten sind gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung beim Beschul- digten im Umfang von 3/5 im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO ist vorzubehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 22. Juni 2022 bezüglich der Dispositivziffer 5 (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren der SVA Kanton Zürich), der Dispositivziffer 6 (Kostenfestsetzung) und der Dispositivziffer 8 (Entschädigung des amtlichen Vertreters) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgescho- ben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

- 48 - 4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin (B._____) Schadener- satz von Fr. 86'303.25 zuzüglich 5 % Zins seit 1. September 2015 zu bezah- len. Im Mehrbetrag wird das Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivil- beziehungsweise Sozialversicherungsprozesses verwiesen. 5. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 7) wird bestätigt. 6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 9'500.00 amtliche Verteidigung. 7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtli- chen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 3/5 und der Privatklägerin zu 1/5 auferlegt und zu 1/5 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse ge- nommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von 3/5 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und

zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (versandt) – die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privat- klägerin B._____ (übergeben) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privat- klägerin B._____ und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälli- ger Rechtsmittel an – die Vorinstanz

- 49 - – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A. 9. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Straf- sachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundes- gerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes.

- 50 - Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 26. Juni 2023 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. Gut MLaw Bischof Zur Beachtung: Der Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vor- erst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheits- strafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

E. 6

Zum Vorwurf der Erwerbstätigkeit Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, dass er seit Gründung der C._____ am 23. März 2010 als deren (faktischer) Geschäftsführer tätig war und im Rahmen dieser Tätigkeit sehr wohl in der Lage gewesen sei, ein Geschäft zu eröffnen, Mieträumlichkeiten zu suchen und entsprechende Verträge abzuschliessen, Wa-

- 14 - renbestellungen für die C._____ zu tätigen, die entsprechenden Waren online und/oder in den Lokalitäten der C._____ zu verkaufen und Mitarbeiter anzustel- len, anzuweisen und zu beaufsichtigen, mithin dass er einer Vollzeit erwerbstätig- keit nachgegangen und in der Lage gewesen sei, durch seine Arbeitstätigkeit mindestens im Jahr 2010 Fr. 4'352.–, im Jahr 2011 Fr. 24'200.–, im Jahr 2012 Fr. 52'250.–, im Jahr 2013 Fr. 66'600.–, im Jahr 2014 Fr. 75'500.–, im Jahr 2015 Fr. 99'200.–, im Jahr 2016 Fr. 98'000.–, im Jahr 2017 Fr. 83'400.–, im Jahr 2018 Fr. 87'100.– und im Jahr 2019 Fr. 70'700.– Erwerbseinkünfte erzielt zu haben. Dies habe er getan, obwohl er – unabhängig von seinem gesundheitlichen Zustand – aufgrund seines Fr. 52'155.– übersteigenden Jahreseinkommens schon im Jahr 2012 gar keinen Anspruch auf eine IV-Rente mehr und in den Jahren zuvor bes- tenfalls Anspruch auf eine reduzierte Rente gehabt hätte (Urk. 34 S. 3 f.).

E. 6.1

Würdigung der Zeugenaussagen Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Aussagen der Zeugen F._____, H._____, I._____, K._____ und N._____ authentisch, lebensnah und detailliert erscheinen. Weder sind wesentliche Widersprüche zwischen den eigenen

Aussagen noch zwischen den Aussagen der verschiedenen Zeugen vorhanden. Wie die Vorinstanz richtig davon ausgegangen ist, erzählen die erwähnten Zeugen übereinstimmend, dass der Beschuldigte als Inhaber der C._____ aufgetreten sei. Es kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Erwägungen der Vorinstanz diesbezüglich verwiesen werden (Urk. 59 S. 21 f.). Ebenfalls kann auf die Ausführungen der Vorinstanz zur Würdigung der Zeugen- aussagen von M._____ verwiesen werden (Urk. 59 S. 22). Insbesondere fällt bei seinen Aussagen auf, dass er Fragen auswich oder dass er antwortete, es nicht zu wissen. Dies überzeugt nicht, zumal M._____ im Handelsregister als Geschäftsführer der C._____ eingetragen war und somit über den Geschäftsgang Kenntnis haben müsste. Auch wenn seine Aussagen grundsätzlich keine Widersprüche enthalten, können sie das Ergebnis der übereinstimmenden Aussagen der übrigen Zeugen nicht ändern. Seine Aussagen passen nicht in das stimmige und einheitliche Bild der Aussagen der übrigen Zeugen.

- 15 - In Bezug auf den Zeugen F._____ machte die Verteidigung geltend, dass dieser genau das Bild des Beschuldigten bestätigen würde. Sich als Chef aufführen, aber nichts arbeiten (Urk. 48 Rz. 27 f.). Dem ist zu entgegnen, dass einerseits dieser Zeuge lediglich im April und Mai 2011 für die C._____ gearbeitet hat (vgl. Urk. 10/2 S. 2) und die übrigen Zeugen (ausser M._____) übereinstimmend den Beschuldigten als Vorgesetzten mit Vorgesetzten-Funktionen wahrgenommen haben. Weiter bringt die Verteidigung vor, dass auch die Zeugen H._____, I._____ und K._____ nicht bestätigen würden, ob der Beschuldigte für die C._____ bzw. was genau der Beschuldigte für die C._____ gearbeitet habe (Urk. 48 Rz. 29 ff.). Der Zeuge M._____ hingegen habe deutlich ausgesagt, dass der Beschuldigte nie bei der C._____ angestellt gewesen sei (Urk. 48 Rz. 32). Aufgrund der oben erwähnten Zeugenaussagen wird klar, dass der Beschuldigte für die C._____ tätig war und für diese Arbeiten verrichtete. Gemäss Aussagen von Zeuge H._____ und auch Zeugin K._____ war der Beschuldigte tagsüber immer in den Räumlichkeiten der C._____ anzutreffen (Urk. 10/3 S. 3 f., Urk. 10/5 S. 5).

E. 6.2

Würdigung der Überwachungsmaßnahmen Mit der Vorinstanz (Urk. 59 S. 23) ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte die formell auf die C._____ registrierte Telefonnummer +41 ..., welche vom 2. März 2019 bis 2. September 2019, überwacht wurde, verwendete (Urk. 21/1). Insbesondere gab er diese Nummer jeweils auf den entsprechenden Formularen bei den IV-Stellen (Urk. 3/25, Urk. 3/76, Urk. 3/83), gegenüber der Privatklägerin (Urk. 15/78, Urk. 15/18, Urk. 15/33, Urk. 15/44, Urk. 15/56, Urk. 15/61) und gegenüber der Polizei anlässlich des Brandfalls in den Räumlichkeiten der C._____ (Urk. 2/1, Urk. 2/3) an. Die Verteidigung führt hierzu lediglich aus, dass der Beschuldigte zwar im Ausland unterwegs gewesen sei, aber immer nur zusammen mit seiner Frau, die im Übrigen mit ihm zusammen das Telefon mit der observierten Rufnummer benutzt habe (Urk. 48 Rz. 33). In Bezug auf die Auswertungsergebnisse der Telefonüberwachung kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 24 f.). Insbesondere ist zu erwähnen, dass diese

- 16 - Telefonnummer bzw. das entsprechende Mobiltelefon an den Antennen an der O._____ -strasse ..., ... Zürich und an der P._____ -strasse ..., ... Zürich, somit in unmittelbarer Nähe der Räumlichkeiten der C._____ (P._____ -strasse ..., ... Zürich) eingeloggt war und die Zeiten des Eingelogg-Seins mit einem vollem Arbeitspensum bei der C._____ in Einklang zu bringen sind (vgl. z.B. Urk. 9/3/39, Urk. 9/3/40 = Urk. 21/11,

Urk. 21/13). Gleiches gilt für die getätigten 151 Verbindungen mit der Rufnummer + 41 ..., welche im fraglichen Zeitraum auf die C._____ registriert war (Urk. 21/14, Urk. 9/3/42, Urk. 2/9). Weiter wurde der Beschuldigte an mehreren Tagen (22. und 23. Oktober 2019, 30. Oktober 2019, 12. November 2019, 20. November 2019 und 26. November 2019) observiert (Urk. 7 S. 6 ff.; Urk. 22/3). Die Verteidigung machte zu den Observationen geltend, dass sich der Beschuldigte zwar regelmässig in den Betriebsräumlichkeiten der C._____ aufgehalten und dort vereinzelt auch Tätigkeiten – wie z.B. Ein- und Ausladen von Schachteln – ausgeführt habe. Doch dies habe er entweder in manischen Phasen der Selbstüberschätzung gemacht oder weil er in depressiven Phasen nicht ohne seine Frau habe sein können (Urk. 48 Rz. 35). In Bezug auf die Würdigung der Observation kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 25). Insbesondere konnte der Beschuldigte an sämtlichen Observationstagen in den Räumlichkeiten der C._____ beobachtet werden, was wiederum mit den Ergebnissen der Überwachung der Telefonnummer übereinstimmt. Er ging jeweils diversen Arbeiten nach. Zudem wurde er sowohl am 30. Oktober 2019 als auch am 26. November 2019 beim Ausliefern von Kartonkisten (insbesondere Be- und Entladen aus einem Fahrzeug; während des Tages, aber auch bei Dunkelheit) observiert (Urk. 22/3; Urk. 7 S. 7). Es ist daher eine reine Schutzbehauptung, wenn die Verteidigung geltend macht, der Beschuldigte habe diese observierten Tätigkeiten ausgeübt, weil er sich entweder in manischen Phasen selbst überschätzt habe oder weil er in depressiven Phasen nicht ohne seine Frau habe sein können. Immerhin wurde der Beschuldigte während mehr als einem Monat observiert und seine Telefonnummer wurde während eines halben Jahres

- 17 - überwacht, was eine genügend lange Zeitperiode für eine aussagekräftige Überwachung im vorliegenden Fall darstellt.

E. 6.3

Würdigung der relevanten Unterlagen Aus den Eröffnungsunterlagen der C._____ bei der Raiffeisenbank Q._____ geht hervor, dass der Beschuldigte für E-Banking-Dienstleistungen auf C._____ Konti (Konto-Nr. 1, 2 und 3) berechtigt war (Urk. 16/6-8) und auch eine Vollmacht für die genannten Konti der C._____ innehatte (Urk. 16/9). Der Beschuldigte war zwar nicht im Handelsregister für die C._____ eingetragen (vgl. Urk. 16/12, Urk. 16/28), doch er besass eine Vollmacht für diese Konti, was wiederum für die Stellung eines faktischen Geschäftsführers bzw. zumindest eines Mitarbeiters in leitender Stellung bei der C._____ spricht. Dies wird auch durch die Aktennotiz der gleichen Bank vom 11. Juli 2019 bestätigt, aus welcher hervorgeht, dass insbesondere der Beschuldigte Ausführungen über die Geschäftsführung der C._____ machte und als Ansprechperson für die Pendenzen der Beschuldigte seitens der C._____ aufgeführt wurde (Urk. 9/13/4 = Urk. 16/25). Ebenso bestätigt die Aktennotiz eines Telefonats mit M._____ vom 24. Juli 2019, dass nicht Herr M._____, sondern der Beschuldigte und Herr R._____ seitens der C._____ tätig waren (Urk. 9/3/15 = Urk. 16/26). Schliesslich beantragte die C._____ für den Beschuldigten sowohl eine Business-Kreditkarte, laufend über das Kontokorrent-Konto bei der Raiffeisenbank Q._____, als auch eine Maestro-Karte bei der Raiffeisenbank Q._____ (Urk. 16/22 und 16/23). Wenn der Beschuldigte nicht mit Geld umgehen kann, wie dies von der Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 48 Rz. 35), dann wäre es ja geradezu fahrlässig gewesen, ihm Vollmachten und Berechtigungen für die Konti der C._____ einzuräumen und eine Kreditkarte bzw. eine Maestro-Karte für ihn zu beantragen. Der Grund dafür kann nur sein, dass er als faktischer Geschäftsführer der C._____ auf diese

Konti Zugriff und eine Kreditkarte haben musste, um seine Tätigkeit ausüben zu können. Ein anderer Grund ist schlicht nicht ersichtlich. Weiter findet sich eine Rezension im Internet zur C._____: "Gute Erfahrung. Hatte mit Kundendienst mehrfach Kontakt, sind hilfsbereit, freundlich und zuverlässig. Verkäufer A._____ war vor Ort im Lager sehr sympatisch und zuvorkommend.

- 18 - Kann Händler bestens empfehlen. Ein Stern Abzug gibts bloss, weil gewisse Produkte ein klein wenig (wirklich minim) teurer sind als bei anderen Händlern." (Urk. 9/5). Der Beschuldigte wird in dieser Rezension namentlich erwähnt. Auch hier zeigt sich, dass er vor Ort und für die C._____ tätig war. Schliesslich unterzeichnete der Beschuldigte am 9. März 2010 für die C._____ den Mietvertrag für deren Geschäftsräumlichkeiten an der J._____-strasse ... in ... Zürich (Urk. 9/3/13 = Urk. 12/4; der Vergleich der Unterschrift auf dem Mietvertrag mit der Unterschrift auf der vom Beschuldigten unterzeichneten IV-Anmeldung (Urk. 3/3 S. 7]) zeigt, dass es sich um dieselbe Unterschrift handelt). Auch dies zeigt wieder klar, dass der Beschuldigte für die C._____ tätig war.

E. 6.4

Fazit Mit der Vorinstanz gilt als erstellt, dass der Beschuldigte als – zumindest faktischer – Geschäftsführer der C._____ seit deren Gründung am 23. März 2010 (Urk. 2/5) auftrat und für diese in einem Vollzeitpensum tätig war. Es kann der Verteidigung nicht gefolgt werden, dass sich der Beschuldigte nur deshalb regelmässig und häufig während den Geschäftszeiten in den Betriebsräumlichkeiten der C._____ aufhielt, weil er von seiner Frau abhängig sei und in der Nähe seiner Frau sein müsse aufgrund seiner psychischen Verfassung. In guten oder sogar manischen Phasen habe er sich als jemand anders ausgegeben, als er eigentlich gewesen sei (Urk. 48 Rz. 17 ff., Urk. 80 S. 5 ff.). Dieses Argument widerspricht dem Beweisergebnis. Der Beschuldigte trat nicht nur in gewissen Phasen als Geschäftsführer der C._____ auf, sondern während der ganzen fraglichen Zeitspanne von 2010 bis 2019, wie oben aufgezeigt wurde. Zudem trat er nicht nur als solcher auf, sondern führte tatsächlich die Geschäfte. Daran ändert sein Gesundheitszustand nichts.

E. 7

Zum Nierenversagen, zur Anmeldung bei der IV, zu den ausgefüllten Formularen und zu den Rentenverfügungen Es ist unbestritten und aufgrund der bei den Akten liegenden Unterlagen mit der Vorinstanz erstellt, dass der Beschuldigte eine Nierentransplantation hatte und er

- 19 - die in der Anklageschrift erwähnten Anmeldungen bzw. Formulare ausgefüllt hat, ihm eine IV-Rente zugesprochen wurde und die entsprechenden Rentenverfügungen erlassen wurden (Urk. 59 S. 31-34; vgl. Urk. 48 Rz. 10, 42 ff). Insbesondere ist erstellt, dass der Beschuldigte im Rahmen der vierten IV-Revision am 23. August 2010 den Fragebogen Revision IV-Rente ausfüllte und darin angab, dass sein Gesundheitszustand gleich geblieben sei, er nicht erwerbstätig sei, er keiner Arbeitstätigkeit nachgehe und er keine gesellschaftlichen Kontakte pflege (Urk. 3/76 = Urk. 9/3/8). Auch ist erstellt, dass der Beschuldigte im Rahmen der fünften IV-Revision (SVA Zürich) in den entsprechenden Fragebogen am 5. August 2014 falsche Angaben über die Auswirkungen der Erkrankung mit Bezug auf Erwerbstätigkeit und Alltagsverhalten machte und die Tätigkeit als Geschäftsführer der C._____ verschwieg. Er gab darin insbesondere an, dass sich sein Gesundheitszustand verschlechtert habe, er gar keiner Erwerbstätigkeit nachgehe und sich

nicht vorstellen könne, in Teilzeit zu arbeiten. Weiter erklärte er, er würde sehr schnell ermüden, hätte Depressionen, könne maximal dreissig Minuten gehen und müsse dann dreissig Minuten pausieren. Nach den von ihm ausgeführten Tätigkeiten befragt erklärte der Beschuldigte, er könne im Haushalt in Etappen staubsaugen und die Geschirrspülmaschine einräumen. Ferner gab er an, er lebe sozial zurückgezogen und hätte keine Freunde, nur noch seine Ehefrau und zwei Hunde. Menschen gegenüber verhalte er sich sehr zurückhaltend. Er könne nachts nicht schlafen und schlafe dann am Tag. Er freue sich jeweils auf den Sonntag, weil dann seine Frau zuhause sei (Urk. 3/83 = Urk. 9/3/9). Wie oben ausgeführt (E. III.6.), war der Beschuldigte im Zeitraum 2010 bis 2019 der faktische Geschäftsführer der C._____. Aus diesem Grund sind diese in den Fragebogen gemachten Ausführungen wahrheitswidrig.

E. 7.1

Die Vorinstanz erwog, dass der Beschuldigte seine falschen Angaben über eine lange Zeit aufrecht erhalten habe, er mit rund Fr. 4'000.– pro Monat eine wichtige Einnahmequelle gehabt habe und dass keine Anzeichen vorhanden seien, dass er von seinem Tun in nächster Zukunft abgelassen hätte. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten somit des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB schuldig (Urk. 59 S. 49 f.).

E. 7.2

Nach der Rechtsprechung liegt im Begriff des berufsmässigen Handelns der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit. Ein solches berufsmässiges Handeln liegt vor, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die der Täter für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt. Wesentlich ist, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Er muss die Tat zudem bereits mehrfach begangen haben und es muss aufgrund der Taten geschlossen werden, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Handlungen bereit gewesen (vgl. Urteil 6B_550/2016 vom 10. August 2016, E. 2.3).

E. 7.3

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Betrag von fast einer halben Million Franken über den Zeitraum von zehn Jahren einen namhaften Beitrag an die Finanzierung der Lebensgestaltung des Beschuldigten darstellt. Damit hatte der Beschuldigte auch unzweifelhaft die Absicht, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Indessen hat der Beschuldigte innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren (August 2010 bis August 2014) lediglich zwei Tathandlungen verübt, indem er am 23. August 2010 und am 5. August 2014 die Fragebogen der IV-Stellen wahrheitswidrig ausfüllte. Wenngleich der Beschuldigte damit einen hohen Deliktsbeitrag erzielte, indem ihm über mehrere Jahre hinweg monatlich mehr als Fr. 4'000.– ausbezahlt wurden, kann bei der Anzahl von lediglich zwei Tathandlungen nicht von einer Vielzahl von Fällen gesprochen werden, selbst wenn gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine verhältnismässig kleine Zahl

- 32 - von Fällen reichen würde, um von Gewerbsmässigkeit auszugehen. Die Grenze, um von einer Vielzahl von Fällen zu sprechen, ist vorliegend gerade noch nicht erreicht. Die beiden erwähnten Daten, an denen der Beschuldigte die Betrugshandlungen ausübte,

stehen ausserdem in keinem engen zeitlichen Zusammenhang. Die vorliegend zu beurteilenden zwei Betrugshandlungen fielen also nicht zahlreich aus, weshalb kein gewerbmässiges Handeln, sondern lediglich eine mehrfache Tatbegehung vorliegt. 8. Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschlussgründe liegen keine vor. 9. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt hat. V. Sanktion und Strafzumessung 1. Vorbemerkungen

E. 8

Zur ausbezahlten IV-Rente seitens der Sozialversicherungsanstalt Ebenfalls ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass dem Beschuldigten die folgenden monatlichen IV-Renten seitens der Sozialversicherungsanstalt ausbezahlt wurden (vgl. Urk. 8/5 = Urk. 11/3 sowie auch Urk. 11/8 S. 2):

- 20 - Jahr Höhe 2010 Fr. 2'152.- (ab 1. September) 2011 Fr. 2'190.- 2012 Fr. 2'190.- 2013 Fr. 2'209.- 2014 Fr. 2'209.- 2015 Fr. 2'218.- 2016 Fr. 2'218.- 2017 Fr. 2'218.- 2018 Fr. 2'218.- 2019 Fr. 2'237.- 2020 Fr. 2'237.- (bis und mit Juli 2020) TOTAL: Fr. 263'151.- Diese Zahlen stimmen überein mit der Anklage (Urk. 34 S. 5) und der Sachverhalt ist insofern erstellt. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich der Deliktszeitraum vom 23. August 2010 (Ausfüllen des Fragebogens für die vierte Revision; Urk. 3/76) bis 21. August 2020 (Sistierung IV-Rente per Ende Juli 2020; Urk. 11/14) erstreckte (Urk. 59 S. 41).

E. 9

Zur ausbezahlten IV-Rente seitens der B._____ Wie die Vorinstanz richtig ausführte (Urk. 59 S. 41), wurde dem Beschuldigten vom 23. August 2010 bzw. 1. September 2010 bis 31. Juli 2020 seitens der Privatklägerin aufgrund eines Antrags des Beschuldigten an die T._____ Leben eine jährliche Invalidenrente von Fr. 22'741.45 (Urk. 8/6) ausbezahlt, was insgesamt

- 21 - Fr. 225'291.15 ergibt. Dies stimmt mit der Anklage (Urk. 34 S. 5) überein und der Sachverhalt gilt insofern als erstellt.

E. 10

Zum Vorwurf der Erwerbseinkünfte zwischen 2010 und 2019

E. 10.1

Im Jahr 2010 Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, dass er durch seine Arbeitstätigkeit im Jahr 2010 mindestens Fr. 4'352.- Erwerbseinkommen erzielt habe (Urk. 34 S. 3). In Urk. 9/3/23 (Übersichtstabelle von D._____ Transaktionen) sind insgesamt 85 Transaktionen mit einem Total von insgesamt Fr. 4'352.- aufgeführt mit oftmals zwei- bis dreistelligen Gutschriften im Zusammenhang mit der Plattform D._____ (vgl. auch Urk. 9/2 Frage 89). Es muss davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte einen kleinen Handel über diese Plattform betrieben hat und die genannten Fr. 4'352.- sind als Erwerbseinkommen zu qualifizieren. Dieser Betrag stellt jedoch der Bruttoerlös dar. Davon in Abzug zu bringen sind die Erfolgsprovisionen an D._____ von 9 %, sprich insgesamt Fr. 391.68, was somit ein Erwerbseinkommen von rund Fr. 3'960.30 (Fr. 4'352.- minus Fr. 391.68) ergibt. Der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger äusserten sich nicht zu diesen Einkünften aus D._____. Das Aussageverweigerungsrecht ist sein gutes Recht und darf grundsätzlich nicht zu seinen Ungunsten verwertet werden. Angesichts der vorliegenden Beweismittel hätte vom Beschuldigten im Zusammenhang mit diesen D._____-Gutschriften erwartet werden

dürfen, dass er Angaben dazu macht, weshalb solche Überweisungen mit einem doch relativen hohen Gesamttotal auf seinem Privatkonto erfolgten. Indem er sich dazu nicht äussert, ist davon auszu- gehen, dass auch keine Entlastungsbeweise vorliegen.

- 22 -

E. 10.2

Im Jahr 2011 Für das Jahr 2011 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, Erwerbseinkommen in der Höhe von Fr. 24'200.– generiert zu haben (Urk. 34 S. 3). Dabei handelt es sich um Zahlungseingänge von G._____ auf das Privatkonto des Beschuldigten CH4 (CHF Konto) bzw. CH5 (Euro-Konto) (Urk. 9/3/18; vgl. auch Urk. 13/25 S. 16 ff. und Urk. 13/27 S. 2 f.). Auffällig ist, dass diese Zahlun- gen regelmässig ab Mai 2011 eingingen (10. Mai 2011, 18. August 2011, 22. Au- gust 2011, 6. September 2011, 4. Oktober 2011, 14. November 2011, 5. und 19. Dezember 2011). Der Beschuldigte machte keine Aussagen hierzu (vgl. auch Urk. 9/2 Fragen 73-77). Die Verteidigung machte im Zusammenhang mit sämtlichen Überweisungen, mit Ausnahme eines Darlehens, welches aber nicht anklagerele- vant ist, geltend, dass G._____ und U._____ den Beschuldigen finanziell unter- stützt hätten; es seien aber keine Lohnzahlungen gewesen. Dem Beschuldigten seien die eigene Unselbständigkeit und gefühlte Unzulänglichkeit besonders schmerzlich bewusst worden, wenn ihm das Geld ausgegangen sei (Urk. 48 Rz. 35). Dies ist keine plausible Erklärung für diese doch sehr beträchtlichen Gutschriften. Vielmehr ist dies eine reine Schutzbehauptung und die Zahlungseingänge sind als kaschierte Lohnzahlungen zu betrachten. Gemäss den übereinstimmenden Zeugenaussagen von H._____ und F._____ arbeitete G._____ nicht für die C._____. Weshalb sie einen Lohn beziehen sollte – ohne Arbeit kein Lohn –, ist nicht plausibel (vgl. Urk. 9/3/12).

E. 10.3

Im Jahr 2012 Dem Beschuldigten wird für das Jahr 2012 vorgeworfen, Einkünfte in der Höhe von Fr. 52'250.– erwirtschaftet zu haben (Urk. 34 S 3). Auf dem Privatkonto des Beschuldigten (Konto CH4 (CHF Konto) (Urk. 9/3/18; vgl. auch Urk. 13/25 S. 30 ff.) gingen in diesem Jahr Zahlungen von G._____ in Höhe von insgesamt Fr. 52'250.– ein. Ausser im Monat Juli erfolgten die Zahlun- gen mindestens einmal pro Monat (Urk. 9/13/18; vgl. auch Urk. 13/25 S. 30 ff.).

- 23 - Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte (Urk. 59 S. 35), handelt es sich bei diesen Überweisungen wiederum um kaschierte Lohnzahlungen seitens der C._____ via G._____ für dessen Erwerbstätigkeit als (faktischer) Geschäftsführer der C._____. Insbesondere ist hierbei hervorzuheben, dass G._____ ein eigenes Bankkonto gehabt hatte und es daher realitätsfremd ist zu behaupten, dass die Überweisungen auf das Konto des Beschuldigten für dessen Ehefrau bestimmt gewesen seien. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die Erklärung des Beschuldigten (Urk. 48 Rz. 35) ist eine reine Schutzbehauptung (vgl. dazu oben in E. III.10.2.).

E. 10.4

Im Jahr 2013 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten für das Jahr 2013 vor, insgesamt Fr. 66'600.– Erwerbseinkommen generiert zu haben (Urk. 34 S. 3). Aus Urk. 8/3 bzw. vgl. auch Urk. 13/25 S. 52 ff. ist ersichtlich, dass der Beschul- digte im Jahr 2013 Gutschriften von G._____ auf seinem Privatkonto bei der Migros Bank erhielt (Konto Nummer 6; CH4). Mindestens einmal pro Monat wurde eine Zahlung getätigt. Auch hierbei

handelt es sich um kaschierte Lohnzahlungen. Eine andere Erklärung gibt es nicht für solche Überweisungen. Weiter wurden auch vom Bruder von G.____, U.____, elf Überweisungen an den Beschuldigten à jeweils Fr. 1'000.– getätigt (vgl. Urk. 13/25 S. ff.), für welche es keine Erklärung ergibt. Diese sind aber im Zusammenhang mit dem Jahr 2013 nicht von der Anklage umfasst. Es kann im Übrigen wiederum auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 36 f.) bzw. auf die Erwägungen vorne in E. III.10.2. und 10.3.

E. 10.5

verwiesen. Sämtliche aufgeführten Überweisungen sind als Lohnzahlungen an den Beschuldigten zu qualifizieren. Sie beliefen sich im Jahr 2015 auf insgesamt Fr. 99'200.–.

E. 10.6

Im Jahr 2015 Sodann wird dem Beschuldigten für das Jahr 2015 vorgeworfen, Erwerbseinkünfte in der Höhe von Fr. 99'200.– generiert zu haben (Urk. 34 S. 4). Für das Jahr 2015 finden sich monatliche Einzahlungen auf das Privatkonto des Beschuldigten bei der PostFinance für insgesamt Fr. 69'000.–. Auffällig ist in diesem Jahr, dass die Zahlungen ab 28. August 2015 sogar monatlich gleich hoch waren (jeweils Fr. 5'900.–) (vgl. Urk. 9/3/24). Die V.____ GmbH tätigte (ebenfalls) monatliche Zahlungen auf das erwähnte Konto, und zwar Fr. 1'600.– monatlich, was für das Jahr 2015 ein Total in der Höhe von Fr. 19'200.– ergibt (Urk. 9/3/25). Ebenfalls überwies U.____ im Jahr 2015 auf das Konto des Beschuldigten bei der PostFinance monatliche Beträge (bis 2. November 2015) in der Höhe von Fr. 1'100.–, insgesamt Fr. 11'000.– (Urk. 9/3/27). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Erwägungen vorne in E. III.10.2.-

E. 10.7

Im Jahr 2016 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten für das Jahr 2016 vor, insgesamt Fr. 98'000.– Erwerbseinkommen generiert zu haben (Urk. 34 S. 4). Im Jahr 2016 erhielt der Beschuldigte auf sein Privatkonto bei der PostFinance monatliche Überweisungen von der C.____ in der Höhe von Fr. 5'900.–. Die monatlichen Überweisungen enthalten die Mitteilung "Lohnkonto". Am 22. Juni 2016 (Fr. 5'000.–) und am 7. September 2016 (Fr. 3'000.–) kam es sodann zu zwei zusätzlichen Zahlungen (Urk. 9/3/28) von der C.____. Weiter erfolgten seitens der V.____ GmbH monatliche Überweisungen auf das erwähnte Konto des Beschuldigten in der Höhe von Fr. 1'600.–. Die Überweisungen erfolgten mit der

- 26 - Mitteilung "Teilzeitpensum". Insgesamt ergibt dies Zahlungen an den Beschuldigten in der Höhe von Fr. 98'000.– im Jahr 2016 (Urk. 9/3/29). Auch hier muss davon ausgegangen werden, dass es sich um Lohnzahlungen an den Beschuldigten handelt. Die Überweisungen wurden mit "Lohnkonto" bzw. "Teilzeitpensum" betitelt und erfolgten auf das Konto des Beschuldigten. Im Übrigen wird auf die Ausführungen vorne in E. III.10.2.-10.6. verwiesen.

E. 10.8

Im Jahr 2017 Für das Jahr 2017 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, Erwerbseinkommen in der Höhe von Fr. 83'400.– erzielt zu haben (Urk. 34 S. 4). Wie in den Jahren 2015 und 2016 gingen auch im Jahr 2017 monatliche Zahlungen der C.____ auf das Konto des Beschuldigten bei der Postfinance in der Höhe von Fr. 5'900.– ein (Urk. 9/3/28). Diese Zahlungen erfolgten mit der Mitteilung "Lohnkonto". Eine weitere Zahlung in der Höhe

von Fr. 1'000.– erfolgte von der C._____ an den Beschuldigten auf das gleiche Konto am 11. Dezember 2017 (Urk. 9/3/28). Auch von der V._____ GmbH erhielt der Beschuldigte monatliche Zahlungen; für die Monate Januar bis Mai zunächst Fr. 1'600.–, ab Juli 2017 monatlich Fr. 600.– (Urk. 9/3/29), immer mit der Mitteilung "Teilzeitpensum Lohn an November 201" bzw. "Teilzeitpensum A Konto". Insgesamt wurden dem Beschuldigten somit Fr. 11'600.– überwiesen. Auch diese Zahlungen sind als (verdeckte) Lohnzahlungen zu betrachten, vgl. dazu auch vorne in E. III.10.2.-10.7.

E. 10.9

Im Jahr 2018 Dem Beschuldigten wird für das Jahr 2018 vorgeworfen, insgesamt Fr. 87'100.– als Erwerbseinkünfte generiert zu haben (Urk. 34 S. 4). Aus Urk. 9/3/32 geht hervor, dass der Beschuldigte monatliche Zahlungen von der C._____ auf sein Privatkonto in der Höhe von Fr. 6'900.– erhielt. Weiter wurden ihm von der C._____ zusätzlich am 16. und am 26. Januar 2018 jeweils Fr.

- 27 - 2'000.– überwiesen (Urk. 9/3/28). Die V._____ GmbH bezahlte ihm zudem in diesem Jahr weiterhin monatlich Fr. 600.– (Urk. 9/3/28 und 9/3/33). Wie in den Vorjahren ist auch bei diesen Zahlungen als erstellt zu erachten, dass es sich um kaschierte Lohnzahlungen handelte. Die Zahlungen erfolgten jeweils mit der Mitteilung "Lohn Akonto" (Urk. 9/3/32) bzw. "Teilzeitpensum a konto" (Urk. 9/3/33). Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Jahr 2018 insgesamt Fr. 94'000.– Erwerbseinkommen hatte. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 59 S. 40), ist aber zugunsten des Beschuldigten von Fr. 87'100.–, gemäss Anklage, auszugehen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen vorne in E. III.10.2.-10.8. verwiesen.

E. 10.10

Im Jahr 2019 Schliesslich wird dem Beschuldigten für das Jahr 2019 vorgeworfen, Einkünfte in der Höhe von insgesamt Fr. 70'700.– erzielt zu haben (Urk. 34 S. 4). Gemäss Urk. 9/3/32 erhielt der Beschuldigte im Jahr 2019 neun Zahlungen à je Fr. 6'900.– von der C._____ auf sein Konto bei der PostFinance, mit der Mitteilung "Lohn Akonto" versehen. Von der V._____ GmbH wurden ihm im Januar 2019 Fr. 600.– und sodann ab Februar 2019 bis August 2019 monatlich Fr. 1'000.– überwiesen, und zwar mit der Mitteilung "Teilzeitpensum a konto" (Urk. 9/3/33). Auch diese Zahlungen (Total Fr. 70'700.–) sind als Erwerbseinkommen zu betrachten. Vgl. dazu die Ausführungen vorne in E. III.10.2.-10.9.

E. 11

Gutachten und Arztberichte

E. 11.1

Die amtliche Verteidigung machte anlässlich der Berufungsverhandlung geltend, dass der Beschuldigte infolge schwerer Persönlichkeitsstörungen nicht in der Lage gewesen sei, zu arbeiten. So seien beim Beschuldigten gemäss Gutachten von Dr. W._____ vom 26. Juni 2006 eine narzisstische Persönlichkeitsstörung mit Borderline-Zügen vom emotional-instabilen Typ und dissozialen Anteilen diagnostiziert worden. Im Gutachten würde auch umschrieben, dass der Beschul-

- 28 - digte krankhaftes Opfer seiner Grössenfantasien sei. Er sei für eine reguläre Arbeit nicht arbeitsfähig und er sei durch übersteigerte Ansprüche und Erwartungen an sich selbst, durch seine emotionale Instabilität und durch seine dissozialen Züge und hypochondrischen Ängste nicht in der Lage, einer regulären, zielgerichteten Arbeit

nachzugehen. Weitere Hinweise auf die schweren psychischen Beeinträchtigungen des Beschuldigten ergäben sich auch aus dem Arztbericht von Dr. AA._____ vom 31. März 2006 und zwei Arztberichten der ... Klinik aus dem Jahr 2010 bzw. 2014 (Urk. 80 S. 4 f.).

E. 11.2

Es ist hierzu festzuhalten, dass nicht nachvollziehbar ist, wie weit die genannten Persönlichkeitsstörungen einen Einfluss auf die angeklagten Handlungsweisen des Beschuldigten gehabt haben sollen. Namentlich kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten durch die diagnostizierten Persönlichkeitsstörungen derart eingeschränkt gewesen sein sollen, dass er nicht in der Lage gewesen wäre, die Tragweite der gemachten Angaben bei den Fragebogen betreffend IV-Rente zu erkennen. Dies lässt sich unter anderem daraus schliessen, dass die Angaben des Beschuldigten in den Fragebogen ausserordentlich negativ umschrieben waren (beispielsweise dass er maximal 30 Minuten gehen könne und dann 30 Minuten pausieren müsse oder dass er keine Freunde, sondern nur noch seine Ehefrau und zwei Hunde hätte). Die Verteidigung kann damit nichts zu Gunsten des Beschuldigten ableiten. Ausserdem ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach erstellt ist, dass der Beschuldigte zumindest faktischer Geschäftsführer der C._____ war. Das Beweisergebnis zeigt mithin deutlich, dass der Beschuldigte in der Lage war, zu arbeiten, und er auch ein entsprechendes Erwerbseinkommen erzielte.

E. 12

Fazit Kurz zusammenfassend ist als erstellt zu betrachten, dass sich der Beschuldigte aufgrund eines Nierenversagens am 7. Dezember 2000 für den Bezug von IV-Leistungen anmeldete. Es ist weiter erstellt, dass er in den Jahren 2010 bis 2020 IV-Leistungen in Höhe von Fr. 263'151.– bzw. Fr. 225'219.15 erhielt. Auf den entsprechenden Formularen verschwieg er, dass er erwerbstätig war und Erwerbseinkommen hatte. Vielmehr gab er insbesondere an, keiner Erwerbstätigkeit

- 29 - nachzugehen. Es gilt sodann als erstellt, dass er seit der Gründung der C._____ am 23. März 2010 als deren (faktischer) Geschäftsführer tätig war und in einem Vollzeitpensum arbeitete. Insgesamt gilt auch als erstellt, dass er in den Jahren 2010 bis 2019 Einkommen in Höhe von Fr. 661'302.– erzielte. IV. Rechtliche Würdigung 1. Die Staatsanwaltschaft würdigt das Verhalten des Beschuldigten als gewerbsmässigen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, eventuelter als Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 70 IVG (Zeitraum vom 9. Dezember 2014 bis 30. September 2016) bzw. des Unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB (Zeitraum 1. Oktober 2016 bis 31. Juli 2020). 2. Es ist zu prüfen, ob das Verhalten des Beschuldigten unter den Tatbestand von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB fällt. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft. 3. Die Verteidigung sieht weder den Grundtatbestand von Art. 146 Abs. 1 StGB noch den

qualifizierten Tatbestand des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB als erfüllt. Hinsichtlich des Grundtatbestands erachtet sie die Angaben des Beschuldigten auf dem Fragebogen nicht als unwahr. Auch sei keine Arglist auszumachen, da dem Beschuldigten lediglich allenfalls vorgeworfen werden könnte, dass er einen Teil seiner Lebensrealität auf den Fragebogen nicht angegeben habe. Der Beschuldigte habe ausserdem explizit angegeben, dass es "Aufs und Abs" gegeben habe, womit er einen entsprechenden Hinweis geliefert

- 30 - habe und die IV-Stellen ohne Weiteres hätten erkennen können, dass sich das Krankheitsbild des Beschuldigten nicht vollumfänglich mit seinen Angaben in Einklang bringen lassen würden. Weiter sei kein Vorsatz gegeben und es könne auch kein Irrtum nachgewiesen werden. Schliesslich führte die Verteidigung zum Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit aus, der Einsatz von Zeit und Mitteln durch das Ausfüllen von IV-Fragebogen in den Jahren 2010 und 2014 sei minimal. Dies begründe ganz sicher keine Gewerbsmässigkeit (Urk. 48 S. 12 ff., Urk. 80 S. 7 ff.). 4. Die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich des Betrugstatbestandes und der Gewerbsmässigkeit sind zutreffend und es ist darauf zu verweisen (Urk. 59 S. 42 ff.). 5. Ebenfalls zu verweisen ist auf die zutreffenden Erwägungen betreffend objektiver Tatbestand (Täuschung, Arglist, Irrtum, Vermögensdisposition, Vermögensschaden, B._____, Urk. 59 S. 44 ff.). Hervorzuheben ist, dass der Beschuldigte gemäss erstelltem Sachverhalt unwahre Angaben gegenüber den zuständigen IV-Stellen machte, wonach er nicht erwerbstätig sei, er keiner Arbeitstätigkeit nachgehe und sich nicht vorstellen könne, in Teilzeit zu arbeiten, obwohl er einer Arbeitstätigkeit bei der C._____ nachging, bei welcher er Einkünfte generierte. Entgegen den Vorbringen der Verteidigung gab es keine Hinweise oder Anhaltspunkte – zumindest keine genügenden –, wonach die zuständigen Personen bei den IV-Stellen hätten weitere Abklärungen treffen müssen. Sie hätten eben gerade nicht erkennen können oder müssen, dass das Krankheitsbild des Beschuldigten anders war, als von ihm präsentiert. 6. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes ist ebenfalls auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 59 S. 49). Der Beschuldigte handelte durch das falsche Ausfüllen der Formulare direktvorsätzlich und in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung, dass ihm IV-Leistungen ausbezahlt würden, auf welche er aber keinen Anspruch hatte. Es musste dem Beschuldigten bewusst gewesen sein, dass er gesundheitliche Verbesserungen und vor allem Arbeits- bzw. Erwerbstätigkeiten den zuständigen IV-Stellen hätte angeben müssen. Die Formulare waren klar.

- 31 - 7. Mehrfache Tatbegehung / Gewerbsmässigkeit

E. 13

Januar 2014 E. 2.4.3; je mit Hinweisen). Der Beschuldigte ist heute 65 Jahre alt und leidet unter psychischen sowie physischen Problemen. Der Strafvollzug wird ihn angesichts dieser Umstände erheblich belasten. Insgesamt erscheint daher eine leichte Reduktion der Einsatzstrafe angebracht.

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