

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 967/2019

Urteil vom 7. Mai 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin van de Graaf,
Gerichtsschreiberin Pasquini.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Heeb,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Zeugnisverweigerungsrecht
(faktische Lebensgemeinschaft),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 28. Mai 2019 (SB180253-O/U/cw).

Sachverhalt:

A.

A. _____ wird vorgeworfen, er habe B. _____, C. _____ und D. _____ über Anzeigen kennengelernt. Dabei sei er über weite Phasen mit mehreren Frauen gleichzeitig liiert gewesen, ohne dass diese voneinander gewusst hätten. A. _____ habe den Frauen jeweils vorgespiegelt, er lebe in guten finanziellen Verhältnissen, obwohl er Schulden in Höhe von mehreren Hunderttausend Schweizerfranken aufgewiesen habe. Durch die falschen Angaben und die Verheimlichung von Tatsachen sowie durch sein selbstsicheres, gepflegtes und weltmännisches Auftreten habe er bei den Frauen Vertrauen in seine Zahlungsfähigkeit zu erwecken vermocht. Er habe sie unter dem Vorwand, er werde das Geld für sie anlegen, jeweils dazu gebracht, ihm grössere Beträge auszuhändigen oder auf sein Konto zu überweisen (bei B. _____ insgesamt Fr. 111'000.--, bei C. _____ insgesamt Fr. 58'000.--, bei D. _____ für Anteilsscheine insgesamt Fr. 9'500.-- und Fr. 4'000.-- Privatdarlehen). Dabei habe A. _____ die Frauen über die angeblichen Anlagemöglichkeiten oder wofür er das Geld einsetze angelogen (Anlage in Aktien oder Hedgefonds, guter Zins, gute Beziehungen zu Broker bzw. Banker, Finanzierung Anteilsschein an Rebberg-Cooperativa, Notfall betreffend dringender Zahlungen). Er sei davon ausgegangen, dass sie seine Angaben nicht überprüfen würden, weil er gewusst habe, dass sie in ihn verliebt gewesen seien und ihm deshalb vertraut hätten. Weil die Geschädigten in ihn verliebt gewesen seien und ihm vertraut hätten, hätten sie ihm seine wahrheitswidrigen Bekundungen geglaubt und ihm die genannten Beträge übergeben oder überwiesen, damit er das Geld für sie anlege oder wie versprochen einsetze. Entgegen der Vereinbarung habe A. _____ das Geld für seine persönlichen Bedürfnisse verwendet. Er sei dabei berufsmässig vorgegangen, indem er bedeutende zeitliche und persönliche Ressourcen aufgewendet habe, um zu den Frauen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und wie ein erfolgreicher Chirurg zu wirken. Die durch seine Handlungen erwirkten, relativ regelmässigen Einkünfte habe er insbesondere für seinen persönlichen Unterhalt verwendet. Diese Einkünfte hätten dabei einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung dargestellt.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach A. _____ am 28. Mai 2019 zweitinstanzlich des gewerbsmässigen Betrugs schuldig. Es widerrief den mit Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 für eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten im Umfang von 18 Monaten gewährten bedingten Strafvollzug. Das Obergericht bestrafte A. _____ unter Einbezug des vorstehend widerrufenen bedingten Strafteils mit einer Gesamtstrafe von 3 1/3 Jahren Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum vorerwähnten Urteil. Von der Anordnung einer ambulanten Massnahme sah es ab.

C.

A. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, in Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 und 3 (Strafpunkt und Widerruf) des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Mai 2019 sei vom Widerruf des mit Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 18. Oktober 2013 für eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten im Umfang von 18 Monaten gewährten bedingten Strafvollzuges abzusehen. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten zu bestrafen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil in den Dispositiv-Ziff. 2 und 3 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer bringt in formeller Hinsicht vor, der Schuldspruch betreffend B. _____ beruhe auf deren Aussagen anlässlich der polizeilichen Befragung vom 16. Dezember 2015. Diese Angaben seien jedoch unverwertbar. Indem die Vorinstanz trotzdem darauf abstelle, missachte sie die staatsanwaltschaftliche Zusicherung, wonach diese Befragung keine Beweisabnahme sei und die Beweisabnahme erst bei der Staatsanwaltschaft erfolgen werde. Die Vorinstanz verletze den Grundsatz von Treu und Glauben, da er aufgrund der Erklärung der Staatsanwaltschaft habe annehmen dürfen, an der Befragung vom 16. Dezember 2015 nicht teilnehmen zu müssen, weil er sein Recht, Ergänzungsfragen zu stellen oder stellen zu lassen, zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen könne (Beschwerde S. 3. ff.).

Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer hätte sie bereits im kantonalen Verfahren vorbringen können und müssen. Dass er dies getan hat, macht er nicht geltend. Die Rüge ist denn auch nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils. Der Beschwerdeführer behauptet weder eine Rechtsverweigerung, noch legt er eine solche dar. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen (BGE 143 V 66 E. 4.3 S. 69 f.; 135 III 334 E. 2.2 S. 336; Urteil 6B 960/2019 vom 4. Februar 2020 E. 1.2; je mit Hinweisen). Sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige der Strassburger Rechtsprechungsorgane verlangen grundsätzlich, dass der Beschuldigte oder sein Anwalt zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv werden. Wenn eine entsprechend zumutbare Intervention unterbleibt, kann nach Treu und Glauben sowie von Grundrechts wegen kein Tätigwerden der Strafjustizbehörden erwartet werden (Urteil 6B 22/2010 vom 8. Juni 2010 E. 2.2 mit Hinweis). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Verteidiger

des Beschwerdeführers bei der Befragung von B. _____ vom 16. Dezember 2015 anwesend war und die Gelegenheit erhielt, Ergänzungsfragen zu stellen, wobei er antwortete, er habe im Moment keine. Überdies hätte der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt, B. _____ anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme vom 24. Oktober 2016 Ergänzungsfragen zu stellen. Er hat aber darauf verzichtet, an dieser Einvernahme teilzunehmen (erstinstanzliches Urteil S. 9 E. 2.4, kantonale Akten act. 83).

2.

2.1. In formeller Hinsicht kritisiert der Beschwerdeführer weiter, die polizeiliche Befragung von B. _____ vom 16. Dezember 2015 sei auch deshalb nicht verwertbar, weil sie nicht auf ihr Aussageverweigerungsrecht als Zeugin gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO hingewiesen worden sei, obwohl sie im Zeitpunkt der Befragung in einer faktischen Lebensgemeinschaft mit ihm gelebt habe. Nachträglich habe sie sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Ihre Aussagen bei der Polizei seien demnach gemäss Art. 177 Abs. 3 StPO nicht verwertbar. Indem die Vorinstanz dennoch darauf abstelle, verletze sie Bundesrecht (Beschwerde S. 5-11).

2.2. Die Vorinstanz verweist teilweise auf den erstinstanzlichen Entscheid und erwägt, die Staatsanwaltschaft habe die Einvernahme von B._____ wiederholen wollen und sie auf den 10. Juni 2016 vorgeladen. Sie sei zwar erschienen, habe aber keine Aussagen machen wollen. Gegen die Ablehnung ihres Zeugnisverweigerungsrechts durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich habe sie Beschwerde erhoben, welche das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 7. September 2016 abgewiesen habe. Daraufhin habe die Staatsanwaltschaft B._____ auf den 26. Oktober 2016 erneut zur Zeugeneinvernahme vorgeladen. Obwohl sie im Allgemeinen wieder keine Aussagen machen wollen, habe sie immerhin bestätigt, dass sie an der Befragung vom 16. Dezember 2015 wahrheitsgemäss ausgesagt habe. Auf Nachfrage der Staatsanwältin, ob sie auf die dort gemachten Angaben verweisen könne, habe B._____ ausgeführt, es sei für sie abgeschlossen (Urteil S. 9 E. 2; erstinstanzliches Urteil S. 5 E. 2.1, kantonale Akten act. 83). Ergänzend hält die Vorinstanz fest, im Zeitpunkt der Befragung, also am 16. Dezember 2015, habe keine faktische Lebensgemeinschaft bestanden. Allenfalls habe sie zuvor, d.h. ab September bis anfangs Dezember 2015, vorgelegen.

Indes bestehe nach der Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft kein Aussageverweigerungsrecht mehr. Der Beschwerdeführer habe per 16. Dezember 2015 eine intensive Beziehung zu D._____ unterhalten. Diese habe ausgesagt, im Dezember 2015 und Januar 2016 sei die Beziehung mit ihm besonders intensiv gewesen. Wenn sich der Beschwerdeführer nun darauf berufe, dass er und B._____ zu eben dieser Zeit eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hätten, grenze es deshalb an Rechtsmissbrauch. Dass ihre Beziehung äusserst ambivalent gewesen sei, stehe fest. Im entscheidenden Zeitpunkt habe eine entsprechende Gemeinschaft aber nicht vorgelegen. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass gestützt auf Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO kein Aussageverweigerungsrecht von B._____ bestanden habe und ihre Aussagen daher verwertbar seien (Urteil S. 9 f. E. 2).

2.3.

2.3.1. Zeugin oder Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist (Art. 162 StPO). Jede zeugnisfähige Person ist zum wahrheitsgemässen Zeugnis verpflichtet; vorbehalten bleiben die Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 163 Abs. 2 StPO).

Die einvernehmende Behörde macht die Zeugin oder den Zeugen gemäss Art. 177 Abs. 1 StPO zu Beginn jeder Einvernahme auf die Zeugnis- und die Wahrheitspflichten und auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses nach Artikel 307 StGB aufmerksam. Unterbleibt die Belehrung, so ist die Einvernahme ungültig. Die einzuvernehmende Behörde macht die Zeugin oder den Zeugen auf ihre Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam, sobald sie aufgrund der Befragung und der Akten solche Rechte erkennt. Unterbleibt der Hinweis und beruft sich die Zeugin oder der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht, so ist die Einvernahme nicht verwertbar (Art. 177 Abs. 3 StPO).

2.3.2. Nach Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO können die Ehegattin oder der Ehegatte der beschuldigten Person oder wer mit dieser eine faktische Lebensgemeinschaft führt, das Zeugnis verweigern. Die Begriffe, welche zur Umschreibung des Kreises der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen verwendet werden, sind in der StPO nicht definiert (ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 19 zu Art. 168 StPO).

Vorliegend ist umstritten, ob B._____ im Dezember 2015 mit dem Beschwerdeführer eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat. Massgebend ist somit, wie der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft (mène de fait une vie de couple; convive di fatto) zu verstehen ist.

2.3.3. Gemäss der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 wurde der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft durch das Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG; SR 211.231) in verschiedene prozessuale Erlasse eingeführt. Mit faktischer Lebensgemeinschaft ist eine eheähnliche Gemeinschaft zweier Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts gemeint, die sich weder für eine Ehe noch für eine eingetragene Partnerschaft entscheiden. Nach Auflösung der Gemeinschaft besteht das Zeugnisverweigerungsrecht der mit der beschuldigten Person in faktischer Gemeinschaft lebenden Person nicht mehr. Für die Ehe und die eingetragene Partnerschaft besteht das Zeugnisverweigerungsrecht über die Dauer der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft hinaus. Der wesentliche Grund für diesen Unterschied besteht in möglichen Beweisschwierigkeiten: Während sich die Dauer einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft anhand der Einträge im Zivilstandsregister

zweifelsfrei nachweisen lässt, können diesbezüglich bei einer faktischen Lebensgemeinschaft erhebliche Schwierigkeiten auftreten (BBI 2006 1198 f. Ziff. 2.4.3.2).

In der Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002 wird ausgeführt, dass der Einbezug des heterosexuellen Konkubinats in die neue Regelung abgelehnt werde, bedeute nicht, dass punktuelle rechtliche Anpassungen für Konkubinatspaare ausgeschlossen seien. Inskünftig sollen Unvereinbarkeiten und Ausstandsgründe bei Behördenmitgliedern sowie das Zeugnisverweigerungsrecht die faktischen hetero- und homosexuellen Lebensgemeinschaften ebenfalls erfassen (BBI 2003 1288, 1310 Ziff. 1.6.3). Mit faktischer Lebensgemeinschaft seien zwei Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts gemeint, die eine eheähnliche Beziehung pflegen würden, sich aber weder für die Form der Ehe noch für die eingetragene Partnerschaft entschieden hätten. Im Rahmen der mit dieser Gesetzesvorlage notwendig gewordenen Änderung erfolge damit eine überfällige Anpassung des Rechts an die gesellschaftliche Realität. Die Zahl unverheirateter Personen, die in dauernder Gemeinschaft lebten, sei in den letzten Jahrzehnten stark gewachsen. Das Ziel der Unvereinbarkeitsvorschriften könne nur erreicht werden, wenn auch diese faktischen Lebensgemeinschaften vom Gesetz erfasst würden. Die punktuelle

gesetzliche Regelung des Konkubinatsverhältnisses diene auch einer einheitlichen Rechtsordnung (BBI 2003 1288, 1352 Ziff. 2.5.4).

Gemäss diesen Materialien ist der mit dem PartG eingeführte Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft mit demjenigen der eheähnlichen Beziehung, der eheähnlichen Gemeinschaft und des (stabilen bzw. gefestigten) Konkubinats gleichzusetzen (gl. M. STÉPHANE WERLY, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl. 2019, N. 10 zu Art. 168 StPO).

2.3.4. Der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft findet sich in der StPO auch bei den Ausstandsgründen in Art. 56 lit. c StPO. Diese Regelung weicht von Art. 34 Abs. 1 lit. c BGG insofern ab, als im BGG von dauernder Lebensgemeinschaft, in Art. 56 lit. c StPO (gleich wie in Art. 10 Abs. 1 lit. b VwVG) von faktischer Lebensgemeinschaft gesprochen wird. Damit sollte aber keine inhaltliche Unterscheidung geschaffen werden, denn im Gesetzgebungsverfahren wurde unwidersprochen das Bestreben bekundet, eine homogene Reglementierung der Ausstandsregeln für das gesamte schweizerische Prozessrecht zu schaffen. Faktische Lebensgemeinschaften liegen dann vor, wenn zwischen zwei Personen eine auf Dauer oder längere Zeit angelegte, umfassende Lebensgemeinschaft mit Ausschliesslichkeitscharakter besteht, welche sowohl eine geistig-seelische als auch eine wirtschaftliche Komponente aufweist, wobei die gesamten Umstände des Zusammenlebens von Bedeutung sind (ANDREAS KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 22 Art. 56 StPO mit Hinweisen). Notwendig ist eine Beziehung von einer gewissen Intensität und Dauer (MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 56 StPO; gl. M. STÉPHANE WERLY, a.a.O., N. 10 zu Art. 168 StPO).

2.3.5. Die eheähnliche Lebensgemeinschaft, das Konkubinat, ist im ZGB nicht geregelt. Die zivilrechtliche Gesetzgebung kennt weder den Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft noch enthält sie spezifische Regeln zu diesem Sachverhalt (BGE 125 V 205 E. 7.a S. 214 f. mit Hinweisen). Beim Konkubinat geht es um eine umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine körperliche und eine wirtschaftliche Komponente aufweist und auch etwa als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft bezeichnet wird (BGE 140 V 50 E. 3.4.3 S. 56 mit Hinweis). Die Dauer eines Konkubinates impliziert in verschiedenen Rechtsgebieten eine wirtschaftliche Unterstützung unter den Partnern, auch wenn sie dazu - anders als Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner - nicht gesetzlich verpflichtet sind: Im Scheidungsrecht etwa kann das Konkubinat eines geschiedenen Ehegatten nach drei Jahren zur Sistierung des ihm zugesprochenen Unterhaltsbeitrags führen. Im Bereich der Sozialhilfe wird bereits ein Konkubinat von mindestens zwei Jahren Dauer für stabil gehalten und demzufolge das Einkommen des nicht unterstützungsbedürftigen Konkubinatspartners für die Beurteilung der Bedürftigkeit des anderen berücksichtigt (BGE 140 V 50 E. 3.4.3 S. 55; 138 III 157 E. 2.3.3 S. 160 f.; je mit Hinweisen). Schliesslich wird eine echte und eheähnliche Gemeinschaft vorausgesetzt, damit sich Konkubinatspaare auf Art. 8 EMRK berufen können ("une véritable union conjugale"; Urteile 6B 704/2019 vom 28. Juni 2019 E. 1.3.2; 6B 143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.3.2; 6B 1329/2018 vom 14. Februar 2019 E. 2.3.2; 6B 612/2018 vom 22. August 2018 E. 2.2; je mit Hinweisen).

2.3.6. Um sich im Falle einer faktischen Lebensgemeinschaft auf das Zeugnisverweigerungsrecht

berufen zu können, muss die Lebensgemeinschaft zum Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme bestehen (ANDREAS DONATSCH, a.a.O., N. 21 zu Art. 168 StPO). Bei der Art des Zusammenlebens handelt es sich um eine Tatfrage (vgl. BGE 124 III 52 E. 2a/bb S. 54 f.). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244 mit Hinweisen).

2.4. Der Beschwerdeführer weicht von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab oder ergänzt sie (Beschwerde S. 6 ff.). Entgegen seiner diesbezüglich qualifizierten Rügepflicht beschränkt er sich dabei darauf (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; 142 II 206 E. 2.5 S. 210; je mit Hinweisen), den vorinstanzlichen Ausführungen seine Sicht der Dinge entgegenzustellen. Auf solch appellatorische Vorbringen geht das Bundesgericht nicht ein (BGE 145 IV 154 E. 1.1 mit Hinweisen).

Im Ergebnis verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht. Bei der Prüfung der Frage, ob jemand das Zeugnis verweigern kann, weil er mit der beschuldigten Person eine faktische Lebensgemeinschaft führt, sind die gesamten Umstände des Zusammenlebens bzw. der Gemeinschaft von Bedeutung und daher zu würdigen. Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten (Beschwerde S. 6), dass eine Beziehung nicht bloss wegen einer Geschäftsreise endet oder weil äussere Umstände - wie der Antritt einer neuen Arbeit an einem anderen Ort - einem ununterbrochenen Zusammenleben entgegen stehen. Die ständige und ungeteilte Wohngemeinschaft ist nicht zwingendes Element einer faktischen Lebensgemeinschaft (siehe zur Lebensgemeinschaft im berufsvorsorglichen Sinne BGE 134 V 369 E. 7.1 S. 379 f. mit Hinweisen). Allerdings verneint die Vorinstanz das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft nicht alleine deshalb, weil der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2015 nicht mit B._____ zusammenwohnte. Die Vorinstanz geht ausserdem davon aus, im Dezember 2015 habe er neben dem Verhältnis zu ihr, dasjenige zu D._____ gepflegt. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er in dieser Zeit mit beiden Frauen gleichzeitig eine Liebesbeziehung geführt hat. Er zitiert selber

aus den Aussagen von D._____ anlässlich ihrer Einvernahme vom 22. Januar 2016, wonach sie ihn im Dezember 2015 und Januar 2016 häufiger als vorher gesehen habe und er jetzt praktisch bei ihr wohnhaft sei (Beschwerde S. 7 f.). Der Beziehung zwischen B._____ und dem Beschwerdeführer fehlt bzw. fehlte es daher am Ausschliesslichkeitscharakter. Der Einwand des Beschwerdeführers, bei der Qualifizierung einer Lebensgemeinschaft sei die Einschätzung der zum Zeugnis aufgerufenen Person und deren innere Einstellung massgebend (Beschwerde S. 6 f.), ist zwar zutreffend, geht hier aber an der Sache vorbei. Dass B._____ von einer festen Liebesbeziehung ausging und ihn - wie der Beschwerdeführer vorbringt - als wichtigste Vertrauensperson erachtete, zeigt die Tiefe der geistig-seelischen Komponente der Beziehung für sie auf. Die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers beziehen sich ebenfalls vor allem auf die Intensität ihrer Relation. Um eine faktische Lebensgemeinschaft von einer vorübergehenden Beziehung bzw. vom bloss temporären Zusammenleben eines Liebespaares zu unterscheiden, ist jedoch eine gefestigte Situation, d.h. eine gewisse Stabilität und Beständigkeit vorauszusetzen. Notwendig ist eine Beziehung von einer gewissen

Intensität und Dauer (vgl. Urteil 2C 201/2018 vom 15. Oktober 2018 E. 4.4.4 mit Hinweisen). Dies ist vorliegend nicht gegeben. Der Beschwerdeführer zog am 19. September 2015 bei B._____ ein (Beschwerde S. 6). Ohne im Grundsatz für das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft eine bestimmte Mindestdauer festzulegen, ist, selbst gestützt auf die Angaben des Beschwerdeführers, wonach sie am 10. Juni 2016 noch ein Paar und auf Wohnungssuche gewesen seien, eine hinreichend lange dauernde Gemeinschaft nicht gegeben. In Anbetracht der gesamten Umstände ist hier das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft, namentlich auch am 16. Dezember 2015, zu verneinen. Daher erwägt die Vorinstanz zu Recht, B._____ habe sich nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO berufen können, weshalb sie nicht darauf hingewiesen werden musste. Ihre Aussagen anlässlich der polizeilichen Befragung vom 16. Dezember 2015 sind folglich verwertbar. Es erübrigt sich somit auf die weiteren, in diesem Zusammenhang erhobenen Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend Folgen der Unverwertbarkeit einzugehen.

3.1. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz gelange gestützt auf ein Ergänzungsgutachten von Dr. E. _____ vom 10. Januar 2019 unzulässigerweise zum Schluss, dass seine Schuldfähigkeit nicht vermindert gewesen sei. Dieses Gutachten sei indessen aus formellen Gründen nicht beachtlich, denn der Sachverständige sei im Sinne von Art. 183 i.V.m. Art. 56 lit. b StPO vorbefasst und befangen gewesen. Im ursprünglichen Gutachten habe dieser, trotz unvollständiger Faktenbasis, alle Fragen beantwortet. Weil er sich beim Ergänzungsgutachten mindestens potentiell an seine "spekulativen" Einschätzungen gebunden gefühlt habe, erscheine der Sachverständige als befangen. Daher sei ein Zweitgutachten einzuholen (Beschwerde S. 13 ff.).

3.2. Die Vorinstanz erwägt, dem Beweisergänzungsantrag des Beschwerdeführers betreffend neue psychiatrische Begutachtung sei insofern entsprochen worden, als eine Aktualisierung des Gutachtens vom 19. Juli 2017 beschlossen und Dr. E. _____ damit beauftragt worden sei. Die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen seien nachvollziehbar und einleuchtend begründet. Sie bestätigten die Einschätzung im Hauptgutachten. Eine Befangenheit des Gutachters sei nicht erkennbar. Es bestehe folglich keine Veranlassung, hinsichtlich der Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Taten, der Rückfallgefahr und der Massnahmenempfehlungen vom vorhandenen Gutachten abzuweichen (Urteil S. 6 ff. E. 1).

3.3. Gemäss Art. 183 Abs. 3 StPO gelten für Sachverständige die Ausstandsgründe nach Art. 56 StPO. Nach dieser Bestimmung tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person namentlich in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistand einer Partei, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, in der gleichen Sache tätig war (lit. b) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (lit. f). Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter entschieden wird. Diese Verfahrensgarantie wird sinngemäss auf das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Sachverständigen übertragen (BGE 133 II 384 E. 4.1 S. 390; 132 V 93 E. 7.1 S. 109; 126 III 249 E. 3c S. 253; je mit Hinweis).

Voreingenommenheit und Befangenheit werden bejaht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Sachverständigen oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Hierbei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen, sondern das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es müssen Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung wird dagegen nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 137 I 227 E. 2.1 S. 229 mit Hinweisen). Die blosse wiederholte Begutachtung durch denselben Sachverständigen bzw. der Umstand, dass sich ein Sachverständiger schon einmal mit einer Person befasst hat, vermag für sich allein nicht den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit hervorzurufen. Eine unzulässige Vorbefassung liegt auch nicht vor, wenn der Sachverständige zu (für eine Partei) ungünstigen Schlussfolgerungen gelangt ist. Anderes gilt, wenn Umstände

vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen (BGE 132 V 93 E. 7.2.2 S. 110 mit Hinweis).

3.4. Die Rügen des Beschwerdeführers sind unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Dass die Voraussetzungen eines Ausstandsgrundes erfüllt wären, vermag dieser nicht darzutun. Insbesondere liegt kein Fall von Art. 56 lit. b StPO vor, wenn ein Gutachter im gleichen Verfahren nochmals als Sachverständiger, d.h. in der gleichen Stellung, tätig wird. Der Umstand, dass Dr. E. _____ den Beschwerdeführer begutachtet hat, schliesst dessen erneute Beauftragung zur Ergänzung des Gutachtens im gleichen Verfahren nicht aus, sondern erscheint vielmehr sinnvoll. Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers kommt sein Therapeut Dr. F. _____ zum Schluss, seine Handlungsfreiheit sei im Tatzeitpunkt durch psychische Zwänge eingeengt gewesen. Diese Beurteilung vermag die Objektivität des Gutachters, der entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers zum Schluss kommt, dessen Schuldfähigkeit sei im Zeitpunkt der Taten nicht eingeschränkt gewesen, nicht in Frage zu stellen. Es gehört vielmehr zu den Pflichten eines Gutachters, sich kritisch mit dem Aktenmaterial auseinander zu setzen und eine eigenständige Beurteilung abzugeben. Auf welche Einschätzung letztlich abgestellt werden kann, ist eine Frage der Beweiswürdigung (BGE 132 V 93 E. 7.2.2 S. 110 f.), welche vorliegend nicht zu beanstanden ist.

4.

Die Beschwerde richtet sich schliesslich gegen die Strafzumessung und den Widerruf (Beschwerde S. 11 ff.).

Auf die Rüge des Beschwerdeführers ist insofern nicht einzutreten, als er sich zu der mit der Unverwertbarkeit der Aussagen von B. _____ zusammenhängenden tieferen Deliktssumme sowie dem daraus folgenden leichteren Verschulden äussert. Es bleibt beim vorinstanzlichen Schuldspruch. Im Übrigen kann auf die korrekten Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urteil S. 20 ff.). Der Beschwerdeführer legt einzig seine eigene Gewichtung der Strafzumessungsfaktoren dar, ohne aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten haben soll (BGE 144 IV 313 E. 1.2 S. 319 mit Hinweis). Soweit er ausführt, angesichts des geringen Verschuldens und seines seit mehr als 3 ½ Jahren währenden Wohlverhaltens sei ihm eine günstige Prognose zu stellen, weshalb von einem Widerruf des bedingten Teils der Strafe aus dem Jahre 2013 abzusehen sei (Beschwerde S. 15), kann darauf nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer setzt sich nicht mit den diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinander (Urteil S. 19 f.) und genügt damit den Begründungsanforderungen nicht (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 ff.; 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; je mit Hinweisen).

5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist bei der Festsetzung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Mai 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Pasquini