

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1029/2019

Urteil vom 10. Februar 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterinnen van de Graff, Koch,
Gerichtsschreiber Boog.

Verfahrensbeteiligte
A._____, vertreten durch Rechtsanwalt Daniel U. Walder,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug, Schuldfähigkeit, Zivilforderungen,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 20. Mai 2019 (SB180508-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.

A._____ bot im Zeitraum Ende Dezember 2016 bis zum 3. Mai 2018 über verschiedene Internet-Verkaufsplattformen Reka-Checks, Goldvreneli oder Goldbarren in betrügerischer Absicht zu einem unter dem Nominal- oder Kurswert liegenden Preis gegen Vorkasse zum Kauf an. Dabei verwendete er für jedes Angebot einen neuen Benutzernamen und kreierte für diesen eine passende E-Mail-Adresse. A._____ war in Wirklichkeit nicht im Besitz der zum Verkauf angebotenen Wertgegenstände und war auch nicht gewillt, diese zu beschaffen und zu liefern. Die von insgesamt 41 Geschädigten überwiesenen Gelder im Gesamtbetrag Fr. 118'232.30 verwendete er für die Begleichung von Rechnungen und Schulden, den Einkauf von Lebensmitteln, Benzin und anderen Waren sowie für Glücksspiel.

B.

Das Bezirksgericht Bülach erklärte A._____ mit Urteil vom 3. Oktober 2018 des gewerbsmässigen Betrages schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten, unter Einrechnung von 93 Tagen Haft. Ferner verwies es ihn für die Dauer von 5 Jahren des Landes. Im Weiteren zog es die mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. und 25. Juni 2018 beschlagnahmten Geldbeträge zur Deckung der Verfahrenskosten ein und verurteilte A._____ zur Leistung von Schadenersatz an die Privatkläger. In zwei Fällen verwies es die Schadenersatzforderungen auf den Zivilweg. Die von einzelnen Privatklägern erhobenen Genugtuungsforderungen verwies es auf den Zivilweg.

Auf Berufung des Beurteilten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 20. Mai 2019 das erstinstanzliche Urteil, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen war, hinsichtlich des Schuldspruchs und verurteilte A._____ zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 17 Monaten, unter Anrechnung von 343 Tagen Haft und vorzeitigem Strafvollzug. Von der Anordnung einer ambulanten Massnahme und einer Landesverweisung sah es ab. In Bezug auf die Einziehung und die erhobenen Schadenersatzforderungen bestätigte es das erstinstanzliche Urteil. Die geltend gemachten Genugtuungsforderungen wies es ab.

C.

A. _____ führt Beschwerde in Strafsachen, mit der er beantragt, er sei von Schuld und Strafe freizusprechen, die beschlagnahmten Geldbeträge seien an ihn herauszugeben und die Schadenersatzforderungen der Privatkläger 1-21, 23-30 und 32 seien vollumfänglich abzuweisen, eventualiter auf den Zivilweg zu verweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil in den Dispositiv-Ziffern 1-4 und 6-38 aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, verbunden mit der Anweisung, ein Gutachten zur Frage seiner Schuldfähigkeit im Tatzeitraum einzuholen. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Erteilung der aufschiebenden Wirkung für seine Beschwerde.

D.

Der Präsident der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat mit Verfügung von 26. September 2019 das Gesuch von A. _____ um aufschiebende Wirkung in Bezug auf den Zivilpunkt abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, er sei im Tatzeitraum aufgrund seiner pathologischen Spielsucht im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB vollständig schuldunfähig gewesen. Er rügt demgemäss, dass die kantonalen Instanzen von der Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über seine Schuldfähigkeit abgesehen hätten. Er bringt in diesem Zusammenhang vor, Anlass für seine Delinquenz sei letztlich seine Spielsucht gewesen. Er habe sowohl seinen Lohn als auch den gesamten Deliktserlös zur Finanzierung des Glücksspiels verwendet. Zudem habe er sich zu diesem Zweck bei Familienangehörigen, Bekannten und Arbeitgebern im Umfang von mehreren zehntausend Franken verschuldet. Dass er auch nach seiner Haftentlassung trotz des laufenden Strafverfahrens erneut delinquent habe, sei allein darauf zurückzuführen, dass er seinem krank- bzw. zwanghaften Verhalten ohne fremde Hilfe nicht gewachsen gewesen sei. Es liege bei ihm mithin eine nicht kontrollierbare Verhaltensstörung vor. Im Mindesten liessen sich aus den genannten Umständen konkrete Hinweise auf ein zwanghaftes Spielen herauslesen. Dass bei ihm eine Spielsucht vorgelegen habe, sei auch von den Strafverfolgungsbehörden erkannt worden. Dennoch hätten sie von einer

Begutachtung abgesehen. Er besuche mittlerweile regelmässig Einzeltherapiestunden beim Zentrum für Spielsucht und andere Verhaltenssüchte in Zürich, wobei die Kosten von der Krankenkasse übernommen würden. Insgesamt lägen objektive Anhaltspunkte für die Annahme einer Spielsucht vor. Bei dieser Sachlage habe ernsthafter Anlass für Zweifel an seiner Schuldfähigkeit bestanden, welche eine Begutachtung durch einen Sachverständigen notwendig gemacht hätten. Zudem hätte bei Annahme eines Konnexes zwischen den Straftaten und seiner psychischen Störung die Anordnung einer ambulanten Behandlung geprüft werden müssen (Beschwerde S. 11 ff.).

1.2. Die Vorinstanz nimmt an, die Glücksspieltätigkeit des Beschwerdeführers sei zwar in einem gewissen Mass von einem Suchtverhalten geprägt gewesen und dieses sei auch motivierend für seine Delikte gewesen. Dem plan- und regelmässigen, den jeweils wechselnden Erfordernissen der Situation angepassten Vorgehen bei der Ausübung der Delikte seien indessen keine Anzeichen dafür zu entnehmen, dass seine Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aufgrund der behaupteten Spielsucht tatsächlich wesentlich eingeschränkt gewesen seien. Zugunsten des Beschwerdeführers sei in Übereinstimmung mit der ersten Instanz gestützt auf die in gewissem Ausmass deliktsmotivierende Spieltätigkeit eine insgesamt leicht verminderte Schuldfähigkeit anzunehmen und im Rahmen der Strafzumessung strafmildernd zu berücksichtigen. Gutachterliche Abklärungen seien jedoch entbehrlich (angefochtenes Urteil S. 10 f., 15; vgl. auch erstinstanzliches Urteil S. 22 f.).

1.3.

1.3.1. War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar (Art. 19 Abs. 1 StGB). War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 19 Abs. 2 StGB). Gemäss Art. 20 StGB ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die Begutachtung durch einen Sachverständigen an, soweit ernsthafter Anlass besteht, an der Schuldfähigkeit des Täters gemäss Art. 19 StGB zu zweifeln.

Nach der Rechtsprechung ist ein Gutachten nicht nur anzuordnen, wenn das Gericht tatsächlich an

der Schuldfähigkeit des Täters tatsächlich zweifelt, sondern auch dann, wenn es nach den Umständen des Falles ernsthafte Zweifel haben sollte. Bei der Prüfung dieser Zweifel ist zu berücksichtigen, dass für die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit nicht jede geringfügige Herabsetzung der Fähigkeit, sich zu beherrschen, genügt. Der Betroffene muss vielmehr, zumal der Begriff des normalen Menschen nicht eng zu fassen ist, in hohem Masse in den Bereich des Abnormen fallen. Seine Geistesverfassung muss mithin nach Art und Grad stark vom Durchschnitt nicht bloss der "Rechts-", sondern auch der "Verbrechensgenossen" abweichen. Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen beizuziehen, ist daher erst gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder ein völlig unübliches Verhalten. Zeigt das Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat, dass ein Realitätsbezug erhalten war, dass er sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anpassen, auf eine Gelegenheit zur Tat warten oder diese gar herbeiführen konnte, so hat eine schwere Beeinträchtigung nicht vorgelegen (BGE 133 IV 145 E. 3.3; 132 IV 29 E. 5.1; 116 IV 273 E. 4a; Urteil 6B 800/2016 vom 25. Oktober 2017 E. 8.3.2, nicht publ. in BGE 143 IV 397; je mit Hinweisen).

1.3.2. Die verminderte Schuldfähigkeit betrifft, wie die Schuldunfähigkeit, einen Zustand des Täters (BGE 134 IV 132 E. 6.1). In welchem Zustand sich dieser zur Tatzeit befand, ist Tatfrage. Die tatsächlichen Feststellungen können gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die Feststellung des Sachverhalts eindeutig und augenfällig unzutreffend ist und der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 143 I 310 E. 2.2; 141 III 564 E. 4.1; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert dargelegt worden ist, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet. Auf eine bloss appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt es nicht ein (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1, 317 E. 5.4 und 369 E. 6.3; je mit Hinweisen).

1.4. Das angefochtene Urteil verletzt in diesem Punkt kein Bundesrecht. Die Vorinstanz stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, die Betrugsserie sei nicht Folge einer unkontrollierten Spieltätigkeit gewesen, sondern die eingehenden Betrugsgewinne hätten den Beschwerdeführer vielmehr umgekehrt veranlasst, sein Glücksspiel zu intensivieren. Der Beschwerdeführer habe nach seinen eigenen Aussagen auch nie Geld vom gemeinsamen Konto mit der Ehefrau für das Glücksspiel abgezogen, da er seine Spieltätigkeit vor jener habe verheimlichen wollen. Zudem sei der Beschwerdeführer im Deliktszeitraum voll arbeitstätig gewesen und habe in zahlreichen Perioden auf das Glücksspiel verzichten können, wenn er über kein Geld verfügt habe. Darüber hinaus habe seine Ehefrau an ihm keine wesentlichen Persönlichkeitsveränderungen beobachtet. Anzeichen dafür, dass er bei der Begehung seiner Taten in seiner Einsichts- und oder Steuerungsfähigkeit wesentlich eingeschränkt gewesen wäre, ergäben sich im Übrigen auch nicht aus dem plan- und regelmässigen Vorgehen bei der Ausübung der Betrugsdelikte. So habe er etwa seine wahre Identität verschleiert, indem er einen falschen Namen und eine falsche - wenn auch tatsächlich existierende - Adresse angegeben habe, allfällige Zweifel auf Seiten der Käuferschaft durch entsprechende Kommunikation zerstreut und den Kontakt nötigenfalls abgebrochen, sobald die potentiellen Käufer Verdacht geschöpft oder die Ware - trotz Angabe einer schwer zu erreichenden Abholadresse - hätten abholen wollen. Der Beschwerdeführer sei mithin bestens in der Lage gewesen, sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anzupassen, wenn nötig abzuwarten und den angebotenen Verkauf - bei allfälligen Nachfragen der Kunden - in einen nachvollziehbaren Zusammenhang zu stellen.

Bei dieser Sachlage nimmt die Vorinstanz mit zureichenden Gründen an, dass von einem pathologischen Spielen, welches die Lebensführung des Betroffenen beherrscht und zum Verfall der sozialen, beruflichen, materiellen und familiären Werte und Verpflichtungen führt, nicht die Rede sein kann (angefochtenes Urteil S. 10 f.), und dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Spieltätigkeit bei der Begehung der Betrugsdelikte in seiner Steuerungsfähigkeit nicht eingeschränkt war. Dass der Drang zum Glücksspiel bei ihm zu schweren Persönlichkeitsveränderungen geführt hätte oder in den Phasen, in denen er dem Glücksspiel entsagen konnte, starke Entzugserscheinungen zu verzeichnen gewesen wären, ist jedenfalls nicht erstellt. Die Vorinstanz hat somit ernsthafte Zweifel an der Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers, die nach einer sachverständigen Begutachtung verlangt

hätten, zu Recht verneint.

Dass diese Feststellungen schlechterdings unhaltbar wären, legt der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend dar und ist auch nicht ersichtlich. Was er gegen die Feststellung des Sachverhalts vorbringt, geht nicht über eine unzulässige appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil hinaus, die für die Begründung einer willkürlichen Feststellung des Sachverhalts nicht genügt. Der Beschwerdeführer legt namentlich nicht dar, aufgrund welcher Umstände sich ernsthafte Zweifel an seiner Schuldfähigkeit geradezu aufdrängen sollen. Der blosser Hinweis darauf, dass er die betrügerisch erlangten Einnahmen für die Rückzahlung von Spielschulden und für Online-Glücksspiele verwendet hat (Beschwerde S. 12 ff.) und dass er in mehreren Schweizer Casinos gesperrt war und deshalb auf Casinos im Ausland ausweichen musste (Beschwerde S. 13, 15), genügt hierfür jedenfalls nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass sich der Beschwerdeführer hinsichtlich seines Spielverhaltens hat beraten lassen und nach der Haftentlassung eine Suchtbehandlung in Angriff genommen hat (Beschwerde S. 13 f.).

Insgesamt ist der Schluss der Vorinstanz, das Spielverhalten des Beschwerdeführers begründe keine ernsthaften Zweifel an einer strafrechtlich relevanten Beeinträchtigung der vollen Schuldfähigkeit, nicht zu beanstanden. Es verletzt daher kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz das Glücksspielverhalten des Beschwerdeführers lediglich als leichte Verminderung der Schuldfähigkeit wertet und bei der Strafzumessung berücksichtigt (angefochtenes Urteil S. 15; Beschwerde S. 21 f.). Dementsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass die Untersuchungsbehörden und die gerichtlichen Instanzen keinen Anlass für die Einholung eines Gutachtens mit Blick auf eine ambulante Massnahme (Art. 63 Abs. 1 StGB) erblickt haben.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren eine Verletzung von Bundesrecht, weil die Vorinstanz die Schadenersatzforderungen nicht auf den Zivilweg verwiesen habe. Er habe die von den Privatklägern erhobenen Schadenersatzforderungen zwar anerkannt. Es stelle sich aber die Frage, ob nicht Herabsetzungsgründe im Sinne von Art. 44 OR vorlägen, da die Privatkläger die Waren zu vollkommen unrealistischen Preisen gekauft hätten, und ob nicht eine allfällig verminderte Schuldfähigkeit bei der Bemessung der Schadenersatzforderungen hätte berücksichtigt werden müssen. Eine vertiefte Abklärung dieser Punkte hätte angesichts der Anzahl von über 30 Forderungen einen unverhältnismässigen Aufwand bedeutet, der zur Verweisung der Forderungen auf den Zivilweg hätte führen müssen (Beschwerde S. 23 ff.).

2.2. Gemäss Art. 126 Abs. 1 StPO entscheidet das Strafgericht zusammen mit dem Strafteil materiell über die adhäsionsweise anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (lit. a) oder wenn es sie freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (lit. b). Gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung kann das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen, wenn die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre.

2.3. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer im angefochtenen Urteil schuldig erklärt. Sie hat demgemäss zu Recht in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO über die geltend gemachten Schadenersatzforderungen entschieden. In Bezug auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Verweisung der Schadenersatzforderungen auf den Zivilweg nimmt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der ersten Instanz zutreffend an, es sei kein Anlass für eine Herabsetzung des Schadenersatzes infolge Selbstverschuldens der Privatkläger im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR ersichtlich (angefochtenes Urteil S. 23). Dass die Privatkläger auf Kaufangebote für Wertgegenstände hereingefallen sind, die weit unter dem tatsächlichen Marktpreis gelegen haben, bildet keinen Grund für eine Reduktion der Haftpflicht wegen Selbstverschuldens (vgl. hierzu BGE 107 Ib 155 E. 2b; Urteil 6B 1266/2018 vom 12. März 2019 E. 5.2.1; 6B 278/2017 vom 12. Februar 2018 E. 4.3; je mit Hinweisen). Eine Mitwirkung der Privatkläger an der Schadensverursachung ist hier jedenfalls nicht erkennbar. Im Übrigen haben die kantonalen Instanzen bei der rechtlichen Würdigung des strafbaren Verhaltens als Betrug das Tatbestandsmerkmal der Arglist ohne Weiteres bejaht und somit eine überwiegende

Opferverantwortung ausgeschlossen. Hiegegen hat der Beschwerdeführer keine Einwendungen erhoben.

Ebenfalls keinen Anlass für eine Reduktion des zuzusprechenden Schadenersatzes bietet die dem

Beschwerdeführer attestierte leicht verminderte Schuldfähigkeit, zumal bei der Würdigung des Verschuldensumfangs bei der Bemessung des Schadenersatzes im Wesentlichen auf die objektive Seite des Verschuldens abgestellt wird und eine Haftungsreduktion wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit praktisch ausgeschlossen ist (MARTIN KESSLER, in: Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl. 2020, N 8 zu Art. 43).

Schliesslich weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdeführer die Schadenersatzforderungen anerkannt hat. Bei dieser Sachlage haben die kantonalen Instanzen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 24) ohne unverhältnismässigen Aufwand über die Zivilforderungen der Privatkläger entscheiden können, so dass kein Raum für eine Verweisung der Forderungen auf den Zivilweg bestand (Art. 126 Abs. 3 StPO). Soweit der Beschwerdeführer die vollumfängliche Abweisung der Zivilforderungen beantragt, hat er seinen Antrag weder im kantonalen (angefochtenes Urteil S. 23) noch im bundesgerichtlichen Verfahren substantiiert begründet. Insofern kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

3.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang trägt der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da sein Rechtsbegehren von vornherein als aussichtslos erschien (vgl. BGE 142 III 138 E. 5.1; 140 V 521 E. 9.1), ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Seinen eingeschränkten finanziellen Verhältnissen kann bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr Rechnung getragen werden (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, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Februar 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Boog