

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 793/2019

Urteil vom 12. September 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Spörli,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug; Landesverweisung
gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. f StGB,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 7. Mai 2019 (SB180491-O/U/cw).

Sachverhalt:

A.

Das Obergericht des Kantons Zürich stellte am 7. Mai 2019 auf Berufung des irakischen Staatsangehörigen X._____ gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 23. August 2018 u.a. die Rechtskraft des Schuldspruchs wegen Fahrens in fahruntfähigem Zustand fest und erkannte ihn ferner schuldig des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB (Doss. 3-48) sowie der Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Es sprach ihn von mehreren Vorwürfen frei. Es bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten (wovon 245 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind) und mit einer Busse von Fr. 300.--. Es verwies ihn gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB für 5 Jahre des Landes.

B.

X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, ihn vom Schuldspruch wegen gewerbsmässigen Betrugs (Doss. 3-48) freizusprechen, die Landesverweisung und die Kostenaufgabe aufzuheben und ihn wegen mehrfachen Betrugs i.S.v. Art. 146 Abs. 1 StGB (in 9 Fällen, Doss. 30-34, 36, 39, 42, 48) sowie des mehrfachen geringfügigen Betrugs i.S.v. Art. 146 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 172ter Abs. 1 StGB (37 Fälle, Doss. 3-29, 35, 37, 38, 40, 41, 43-47) schuldig zu sprechen, von einer Landesverweisung abzusehen, die Kosten des Berufungsverfahrens der Vorinstanz aufzuerlegen, eventualiter die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu gewähren.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer anerkennt, sich im Zeitraum vom 13. Oktober 2017 bis 2. Februar 2018 46-mal tatbestandsmässig im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, grossmehrheitlich in Verbindung mit

Art. 172ter Abs. 1 StGB, verhalten zu haben, indem er Mobiltelefone und andere Elektronikgeräte auf Internet-Verkaufsplattformen angeboten und nach Erhalt der Vorauszahlungen nicht geliefert hatte. Die Vorinstanz gehe zu Recht davon aus, dass er die 46 Straffälle anerkannt habe und lediglich das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit zu klären sei. Sie stelle richtig fest, dass er vom 13. Oktober bis 8. Dezember 2017 41 Betrugstaten (Doss. 3-43) und vom 3. Januar bis 2. Februar 2018 5 weitere (44-48) Betrugstaten begangen hatte und sich der Deliktserlös auf Fr. 10'000.-- belief (Urteil S. 12). Die Vorinstanz stelle auch richtig fest, dass er stets nach dem gleichen Muster vorgegangen und in dieser Zeit weder über ein Erwerbseinkommen noch Sozialunterstützung (mehr) verfügt habe. Die Vorinstanz habe aber dem Zweck der Qualifikation, nämlich der besonderen sozialen Gefährlichkeit, der massiven Strafandrohung sowie der damit obligatorisch einhergehenden Landesverweisung keinerlei Beachtung geschenkt. Bei gebotener Zurückhaltung sei Gewerbsmässigkeit vorliegend nicht (vollumfänglich) erfüllt.

1.2. Nach der Rechtsprechung (BGE 116 IV 319) liegt im Begriff des berufsmässigen Handelns der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit. Der Täter handelt berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er 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 Art eines Berufs ausübt. Diese abstrakte Umschreibung kann nur Richtlinienfunktion haben. Eine quasi "nebenberufliche" deliktische Tätigkeit kann genügen. Wesentlich ist, dass sich der Täter, wie aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen; dann ist die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben. Es ist nach wie vor notwendig, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und dass aufgrund seiner Taten geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl von unter die fraglichen Tatbestände fallenden Taten bereit gewesen (BGE 123 IV 113 E. 2c S. 116; Urteil 6B 333/2018 vom 23. April 2019 E. 2.3.1).

1.3. Wie die Vorinstanz feststellt, ging der Beschwerdeführer stets nach demselben Muster vor. Auf Verdachtsmeldung liess die Staatsanwaltschaft sämtliche Konten bei der Bank A. _____, über welche diese Zahlungen liefen, mit Verfügung vom 18. Dezember 2017 sperren. Damit kam es vorübergehend zu einem (unfreiwilligen) Unterbruch der Betrugshandlungen, welche der Beschwerdeführer per Januar 2018 auf gleiche Weise wie bisher wieder aufnahm. Er manifestierte damit seinen Willen zur weiteren Tatbegehung. Die Tathandlungen 3-48 bilden eine Betrugsserie (Urteil S. 12).

Der Beschwerdeführer erbeutete in ca. drei Monaten einen Deliktsbetrag von Fr. 10'000.--, wobei er trotz Einschreitens der Staatsanwaltschaft weiter delinquierte. Die soziale Gefährlichkeit besteht gerade dann, wenn der Täter aufgrund der konkreten Lebensumstände geradezu auf weiteres Delinquieren angewiesen ist (NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 94 zu Art. 139 StGB).

Der Beschwerdeführer beruft sich unbehelflich auf Art. 172ter Abs. 1 StGB. Die Bestimmung gilt für Straftaten, die sich nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden richten. Dabei ist das subjektive Kriterium des Willens und nicht der Erfolg massgebend (Urteil 6B 651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 2.3.2 mit Hinweisen). Der Wille des Beschwerdeführers richtete sich indes nicht auf einen "geringen Vermögenswert", sondern auf ein Erwerbseinkommen, wobei er durchschnittlich ca. Fr. 3'000.-- im Monat erzielte. Es geht mithin nicht um Bagatellkriminalität: Der Grenzwert für den geringen Vermögenswert wie den geringen Schaden liegt bei Fr. 300.-- (BGE 123 IV 113 E. 3d S. 118 f.). Art. 172ter StGB entfällt denn auch für alle Delikte, die in direktem Zusammenhang zu gewerbsmässigem Handeln stehen (PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Basler Kommentar, a.a.O., NN. 11 und 45 zu Art. 172ter StGB). Ferner ist anzumerken, dass Art. 146 Abs. 2 StGB 90 Tagessätze als Mindeststrafe androht, sodass insoweit keine Zurückhaltung geboten ist (oben E. 1.1), und dass Art. 66a Abs. 1 lit. f StGB nicht den qualifizierten Betrug voraussetzt (unten E. 2.1). Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer geht offenbar fälschlich davon aus, beim einfachen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB bestehe für die Landesverweisung von vornherein keine Veranlassung (Beschwerde S. 8). Nach dem Gesetzeswortlaut erfasst Art. 66a Abs. 1 lit. f StGB bereits den Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Der Beschwerdeführer hält dafür, bei Annahme des gewerbsmässigen Betrugs wäre der Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB zu prüfen. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Situation im Heimatland könne nicht unberücksichtigt bleiben. Er

sei in Bagdad geboren. Die Familie habe die von Krieg, Unruhen und Versorgungsengpässen gebeutelte Stadt Richtung Nordirak und hierauf weiter über Jordanien nach Syrien verlassen. Die Lage im Irak sei unübersichtlich und gefährlich. Es bestehe das Risiko von Entführungen. Die Landesverweisung führe zu unzumutbaren Nachteilen und stehe in deutlichem Missverhältnis zu seiner Delinquenz. Es bestehe kein überwiegendes Interesse an seiner Ausweisung.

2.2. Die Vorinstanz nimmt eine Katalogtat an und prüft einen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB (Urteil S. 20 ff.).

Wie die Vorinstanz feststellt, kam der Beschwerdeführer vor ca. acht Jahren als 16-Jähriger in die Schweiz. Er verfügt als vorläufig aufgenommener Ausländer (Status F) über keinen gültigen Aufenthaltstitel. Er ist weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen noch hat er lange hier gelebt. Seine Kindheit und Jugend verbrachte er im Irak, in Jordanien und Syrien. Dort besuchte er die Schule bis zur Oberstufe, was für seinen Lebenslauf als prägend zu erachten ist. Er spricht wenig Deutsch und in erster Linie Arabisch. Seine Mutter und fünf Geschwister leben in der Schweiz; eine Schwester kehrte im Alter von 20 Jahren in den Irak zurück und lebt heute dort. Er besuchte in der Schweiz die Sekundarschule B und machte das 10. Schuljahr. Er absolvierte bis heute weder eine Ausbildung noch arbeitete er. An der Berufungsverhandlung erklärte er, die meiste Zeit zu Hause zu verbringen und Playstation zu spielen, andere Hobbys oder Beschäftigungen nannte er nicht. Seine Mutter unterstütze ihn finanziell; sie erhalte Sozialhilfe. Zu seinen Freunden habe er den Kontakt abgebrochen. Zukunftspläne habe er keine. Die Vorinstanz schliesst, er habe in der Schweiz nicht richtig Fuss gefasst.

Der Verteidiger weise wiederholt auf die allgemein schwierige und auch gefährliche Lage im Irak hin. Das sei zwar zu berücksichtigen, führe aber für sich nicht zur Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls. Seine Wiedereingliederung im Irak werde schwierig sein, doch habe er dort die Jugend verbracht, kenne die Verhältnisse und spreche Arabisch. Er sei in der Schweiz schlecht integriert. Seine Chancen auf Wiedereingliederung im Irak seien nicht deutlich geringer als in der Schweiz, sondern als ebenfalls schlecht einzuschätzen. Ein persönlicher Härtefall sei auch unter diesem Aspekt zu verneinen.

2.3.

2.3.1. Bezüglich der Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 S. 106; 139 I 229 E. 2.2 S. 232; Urteile 2C 202/2018 vom 19. Juli 2019 E. 2.2 und 2C 1062/2018 vom 27. Mai 2019 E. 1.3 sowie 6B 378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.4).

Der Beschwerdeführer beruft sich nicht auf Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK. Ein solcher familien- oder privatrechtlicher Anspruch ist gestützt auf die für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) denn auch nicht ersichtlich (Urteile 6B 48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5, 6B 627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.4, 6B 907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.3.1 und 2.3.2 sowie jüngst das Urteil 6B 639/2019 vom 20. August 2019 E. 1.3, je mit ausführlichen Hinweisen).

2.3.2. Im Rahmen einer ausländerrechtlichen Integration gilt im Allgemeinen: Geringfügige Strafen schliessen eine gelungene Integration nicht notwendigerweise aus. Umgekehrt ergibt sich aus dem Umstand, dass die ausländische Person sich strafrechtlich nichts zuschulden hat kommen lassen und ihr Unterhalt ohne Sozialhilfe gewährleistet erscheint, für sich allein noch keine erfolgreiche Integration. Spielt sich das gesellschaftliche Leben einer ausländischen Person primär mit Angehörigen des eigenen Landes ab, spricht dies eher gegen die Annahme einer gelungenen Integration (Urteil 2C 221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 2.3). Eine erfolgreiche Integration ist zu verneinen, wenn eine Person kein Erwerbseinkommen erwirtschaften kann, welches ihren Konsum zu decken vermag, und während einer substanziellen Zeitdauer von Sozialleistungen abhängig ist, ohne dass sich die Situation wesentlich verbessert. Entscheidend ist, dass die ausländische Person für sich sorgen kann, keine (nennenswerten) Sozialhilfeleistungen bezieht und sich nicht (in nennenswerter Weise) verschuldet (Urteil 2C 221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 2.2).

2.3.3. Der Beschwerdeführer mit Jahrgang 1995 verfügt über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Er ist weder beruflich noch sozial in der Schweiz integriert noch ist ein dahingehendes Interesse auszumachen. Er spielt als Erwachsener zu Hause Computerspiele und lebt von der Sozialhilfe seiner Mutter. Zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung hat er sich auf den gewerbsmässigen Betrug verlegt. Er nahm diese Delinquenz wieder auf, selbst nachdem die Staatsanwaltschaft seine für diesen verbrecherischen Zweck organisierten Konten gesperrt hatte. Es ist ihm eine sehr schlechte Legalprognose zu stellen. Für gewerbsmässigen Betrug gilt der

ordentliche gesetzliche Strafrahmen Geldstrafe von 90 Tagessätzen bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Obwohl in den unteren Bereich dieses Strafrahmens fallend, ist seine Delinquenz nicht zu relativieren. Es handelt sich um eine Katalogtat für die obligatorische Landesverweisung.

Der Beschwerdeführer verweist gegen die vorinstanzliche Beurteilung unbehelflich lediglich auf die generelle Lage im Irak, ohne irgendwelche ihn persönlich auch nur bloss möglicherweise gefährdenden Umstände namhaft zu machen oder substantzieren zu können (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; auch oben E. 2.3.1). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern für ihn das Risiko von Entführungen (oben E. 2.1) bestehen sollte. Darauf ist nicht einzutreten.

Nach sämtlichen Kriterien (auch oben E. 2.3.2) sind in der Gesamtbeurteilung eine Integration des Beschwerdeführers und im Ergebnis (erstens) ein "schwerer persönlicher Härtefall" (Art. 66a Abs. 2 StGB) zu verneinen. Die Abwägung (zweitens) unter dem Gesichtspunkt, ob "die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen" (Art. 66a Abs. 2 StGB), ist nicht weiter zu vertiefen, da keine rechtlich geschützten privaten Interessen am weiteren Aufenthalt in der Schweiz dargelegt oder ersichtlich sind. Hat sich eine Person darauf eingerichtet, ihren Lebensunterhalt gewerbsmässig verbrecherisch zu erzielen (oben E. 1.2), kann das private Interesse dieser Person an ihrem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an ihrer Ausweisung und Fernhaltung ohnehin nicht überwiegen.

Die Vorinstanz setzt die Landesverweisung unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) mit der Erstinstanz auf die gesetzliche Mindestdauer von 5 Jahren fest (Art. 66a Ingress StGB) und verzichtet auf eine Ausschreibung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem (SIS). Die Vorinstanz verletzt mit der Landesverweisung kein Bundesrecht.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 64 Abs. 1 BGG; BGE 142 III 138 E. 5.1 S. 139 f.; 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.). Der Beschwerdeführer erscheint augenscheinlich als mittellos. Entsprechend sind die Gerichtskosten praxisgemäss herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. 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, 12. September 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw