Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 255/2019

Urteil vom 25. März 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin van de Graaf,
Bundesrichterin Koch,
Gerichtsschreiberin Rohrer.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ludwig Müller,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug, Urkundenfälschung, Beschimpfung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 22. November 2018 (SB180022-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.
A._____ wird gemäss Anklage vorgeworfen, gemeinsam mit B._____ sel. in den Jahren 2014 und 2015 in betrügerischer Weise mehrere Online-Shops betrieben zu haben. Zahlreiche Personen hätten bei diesen Online-Shops Produkte bestellt und dabei den geschuldeten Kaufpreis jeweils per Vorauskasse auf ein von A._____ und B._____ sel. angegebenes Bankkonto überwiesen. In der Folge hätte ein Teil der Kunden ihre Ware jedoch nicht oder nicht vollständig erhalten, da A._____ und B._____ sel. das eingezahlte Geld nicht zum Kauf der Ware bei den Lieferanten, sondern zur teilweisen Deckung ihres Lebensunterhalts sowie zur Deckung der Infrastrukturkosten des Betriebs verwendet hätten. A._____ und B._____ sel. hätten bei ihrem Vorgehen in Kauf genommen, dass sie finanziell gar nicht in der Lage sein werden, den Kunden die bezahlte Ware zu liefern oder alternativ den Kaufpreis zurückzuerstatten. Zudem soll A._____ die Unterschrift von C._____ auf einem Vertrag handschriftlich nachgeahmt und D._____ als "schwules Arschloch" bezeichnet haben.

B.
Das Bezirksgericht Horgen erklärte A._____ am 6. September 2017 des gewerbsmässigen Betrugs, der Urkundenfälschung und der Beschimpfung für schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Anrechnung der ausgestandenen Haft von 81 Tagen sowie mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 30.-. Den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe schob es unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt auf. Es ordnete die Einziehung der beschlagnahmten Barschaften und Gegenstände an und legte fest, dass Letztere zu vernichten seien. Ferner entschied es über die Zivilforderungen und Genugtuungsbegehren verschiedener Privatkläger und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

C.
Auf Berufung von A._____ bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich das erstinstanzliche Urteil am 22. November 2018 im Schuld- und im Strafpunkt. Es entschied, die beschlagnahmten

Barschaften einzuziehen. Von der Einziehung und Vernichtung der beschlagnahmten Gegenstände sah es jedoch ab. Weiter entschied es über die Zivilforderungen und Genugtuungsbegehren verschiedener Privatkläger und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

D.
A._____ erhebt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, er sei vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs, der Urkundenfälschung und der Beschimpfung freizusprechen. Ihm sei für die Haft von 81 Tagen eine Haftentschädigung von Fr 12'150.- zuzusprechen. Weiter sei davon Vormerk zu nehmen, dass er seine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht gegenüber den Privatklägern dem Grundsatz nach anerkenne. A._____ ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.
Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde ist ausschliesslich das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2018 als letztinstanzlicher kantonaler Entscheid (vgl. Art. 80 Abs. 1 BGG). Auf die Kritik des Beschwerdeführers am Vorgehen der Staatsanwaltschaft und am erstinstanzlichen Urteil ist daher nicht einzugehen.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe die Befangenheit des erstinstanzlichen Gerichts zu Unrecht verneint. Dieses habe seine Glaubwürdigkeit als "doch merklich eingeschränkt" bezeichnet, da gegen ihn bzw. seine damaligen Unternehmen 2010/2011 und 2012 Untersuchungen wegen Betrugs im Online-Business liefen. In keinem dieser Fälle sei er jedoch verurteilt worden. Wenn das erstinstanzliche Gericht aus diesen Fällen ohne nähere Begründung die Folge ziehe, dass seine Glaubwürdigkeit merklich eingeschränkt sei, liege ein massiver Anschein von Befangenheit vor. Im Weiteren sei die Vorinstanz auf seine Rügen, dass die Grundsätze des fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV, der gerechten Verhandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV und des unparteiischen Gerichts nach Art. 30 Abs. 1 BV verletzt seien, nicht bzw. nicht ernsthaft eingegangen. Auch habe sie sich zu seinem Vorbringen, wonach es merkwürdig wirke und eine gewisse Voreingenommenheit zeige, wenn das Erstgericht dem Beschwerdeführer bereits den blossen Verkauf von Waren im Bereich der Unterhaltungselektronik vorwerfe, nicht geäussert. Damit liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.2. Die Vorinstanz erwägt, die Einschätzung der Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers durch das Erstgericht lasse auf keine Befangenheit des erstinstanzlichen Spruchkörpers schliessen. Besonders schwere oder wiederholte Fehlleistungen durch das Erstgericht, welche eine Voreingenommenheit desselben begründen könnten, seien nicht auszumachen. Ohnehin leite das Erstgericht seine Einschätzung der Glaubwürdigkeit nicht allein aus den früheren, gegen den Beschwerdeführer geführten Verfahren ab, sondern verweise noch auf weitere Umstände. Im Übrigen relativiere es seine Erwägungen zur Glaubwürdigkeit zutreffenderweise gleich selbst dahingehend, als dass es primär ohnehin auf die Glaubhaftigkeit der einzelnen Aussagen der betroffenen Person ankomme. Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Erstgerichts seien nicht auszumachen (vgl. angefochtenes Urteil Ziff. 5 S. 12 f.).

2.3.

2.3.1. 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 Gericht entschieden wird. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des Gerichts begründet sein. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung ist nicht erforderlich, dass das Gericht tatsächlich befangen ist (BGE 144 I 234 E. 5.2 S. 237; 143 IV 69 E. 3.2 S. 74; 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179; je mit Hinweisen).

2.3.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, Art. 107

StPO) verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung den Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.;142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; je mit Hinweisen).

2.4. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet. Die Argumentation der Vorinstanz, es würden keine Umstände vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit des Erstgerichts und die Gefahr der Voreingenommenheit im Sinne der dargelegten Rechtsprechung objektiv begründen könnten, gibt zu keiner Kritik Anlass. Die vom Beschwerdeführer monierten Erwägungen des Erstgerichts, wonach es nicht das erste Mal sei, dass gegen ihn wegen Betrugs im Online-Business ermittelt wurde, lassen für sich alleine nicht auf eine fehlende Distanz oder Neutralität des Spruchkörpers schliessen. Dies gilt umso mehr, als dass dieses - wie die Vorinstanz zutreffend festhält - für die Einschätzung der Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers weitere Umstände miteinbezog und ihrer Glaubwürdigkeitsbeurteilung bloss eine untergeordnete Bedeutung zumass, indem es die Überzeugungskraft, mithin die Glaubhaftigkeit seiner einzelnen Aussagen als primär relevant bezeichnete. Dass die Vorinstanz eine Befangenheit des Erstgerichts verneint, ist damit nicht zu beanstanden.
Ebensowenig ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auszumachen. Aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich, weshalb diese die Voreingenommenheit des Erstgerichts verneint hat. Dass sie sich in ihrem Entscheid nicht mit sämtlichen, vom Beschwerdeführer vorgetragenen Argumenten auseinandersetzt, begründet keine Gehörsverletzung. Das Gericht kann sich darauf beschränken, die wesentlichen Vorbringen zu behandeln. Erforderlich ist, dass dem angefochtenen Entscheid die Gründe entnommen werden können, auf welchen er beruht. Dies trifft im vorliegenden Fall ohne Weiteres zu.
Da die Vorinstanz die Voreingenommenheit des Erstgerichts verneint hat, musste sie auf die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen der Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK), auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), auf eine gerechte Verhandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) und auf ein unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) sodann nicht weiter eingehen, zumal der Beschwerdeführer die Verletzung der entsprechenden Bestimmungen einzig mit der Befangenheit des Erstgerichts begründet hat. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen.

3.

3.1. Das Geschäftsmodell der von A._____ und B._____ sel. in den Jahren 2014 und 2015 betriebenen Online-Shops war so aufgebaut, dass die Kunden die dort angebotene Ware jeweils per Vorauskasse bezahlten und diese Ware danach bei in Deutschland ansässigen Lieferanten bestellt wurde. Mit der Distribution an die Kunden und der Verzollung der in Deutschland bestellten Ware war die Unternehmergesellschaft E._____ beauftragt. Der Gewinn am Verkauf der Ware hat für A._____ und B._____ sel. in der zurückerstatteten deutschen Mehrwertsteuer bestanden.

3.2. Der Beschwerdeführer äussert den Verdacht, dass der Geschäftsführer der E._____, F._____, ihn betrogen habe, indem er unter anderem grössere Mengen Geld verschwinden liess, welche für die Warenkäufe gedacht gewesen seien. Dies sei der Grund allen Elends in seinem Geschäft gewesen. Um dies zu beweisen, habe er vor Vorinstanz den Beizug der Buchhaltung der E._____ für die Jahre 2014 / 2015, insbesondere auch die Belege für die jeweilige Umrechnung CHF-Euro und die Abrechnungen für die rückerstattete deutsche Mehrwertsteuer verlangt. Dieser Aktenbeizug sei abgelehnt worden. Dies sei unverständlich und stelle eine grobe Verletzung seines rechtlichen Gehörs dar, was einer Verurteilung im Wege stehe.

3.3. Die Vorinstanz kommt unter Würdigung zahlreicher Aussagen und Unterlagen zum Schluss, dass die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach F._____ seit längerer Zeit ihm überwiesene Gelder abgezweigt habe, unglaubhaft und als Schutzbehauptung zu qualifizieren sei. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer gemäss seiner eigenen Darstellung den von den Kunden bezahlten Kaufpreis jeweils an die E._____ überwiesen und die Bestellung gegenüber dem Distributor ausgelöst. Hätte F._____ Gelder, welche für Warenkäufe gedacht gewesen seien, in seine eigene Tasche fliessen lassen, anstatt die Distributoren damit zu bezahlen, wäre die Ware bei den Kunden nicht

angekommen. Das Abzweigen von Geldern durch F._____ hätte folglich nicht im Verborgenen geschehen können, sondern wäre für den Beschwerdeführer leicht zu erkennen gewesen und hätte ihn zu einer zeitnahen Reaktion veranlassen müssen. Eine Reaktion seitens des Beschwerdeführers sei jedoch ausgeblieben, weshalb dessen Behauptung als nicht glaubhaft erscheine. Bei dieser klaren Sachlage könne auf den Beizug der Buchhaltung der E._____ verzichtet werden. Des Weiteren könne auch auf die zutreffende Begründung der Erstinstanz verwiesen werden, welche sich mit dem beschwerdeführerischen Antrag auf Beizug der Buchhaltungsunterlagen der E._____ ebenfalls befasst habe. Der Beweisantrag des Beschwerdeführers sei demgemäss abzuweisen (vgl. angefochtenes Urteil insbesondere Ziff. 4 S. 10 f.).

3.4.

3.4.1. Gemäss Art. 6 Abs. 1 StPO klären die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab. Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt (Art. 139 Abs. 2 StPO). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, Art. 107 StPO) räumt dem Betroffenen das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken. Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Untersuchungsgrundsatzes im Sinne von Art. 6 StPO liegt nicht vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332; 141 I 60 E. 3.3 S. 64).

3.4.2. Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerde in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Die beschwerdeführende Partei hat mit ihrer Kritik bei den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz anzusetzen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweisen). Wird eine Verletzung von Grundrechten, einschliesslich Willkür, behauptet, obliegt dem Beschwerdeführer eine qualifizierte Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; Urteil 6B 1273/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3; je mit Hinweis). Auf ungenügend begründete Rügen oder rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30; 145 IV 154 E. 1.1 S. 156; je mit Hinweisen).

3.5. Die Vorinstanz hat nachvollziehbar und überzeugend aufgezeigt, weshalb sie in antizipierter Beweiswürdigung davon abgesehen hat, die vom Beschwerdeführer beantragten Unterlagen einzuholen. Mit ihren Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer inhaltlich nicht auseinander. Er zeigt nicht auf, inwiefern die vorinstanzlichen Ausführungen Bundesrecht verletzen. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang seinen Verdacht bzw. seine Anschuldigungen gegenüber F._____ wiederholt und seine Sicht der Dinge schildert, gehen seine Ausführungen nicht über eine appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Entscheid hinaus, auf welche das Bundesgericht nicht eintritt. Aus seinen Ausführungen ergibt sich nicht, was am angefochtenen Urteil unrichtig sein und gegen das Recht im Sinne von Art. 95 BGG verstossen könnte. Sein Einwand, es sei unverständlich, dass die Vorinstanz nichts mit der Buchhaltung der E._____ zu tun haben wolle oder sein pauschaler Vorwurf, die Abweisung seines Beweisantrags stelle einen groben Verstoss gegen seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 19 Abs. 2 BV (gemeint ist wohl Art. 29 Abs. 2 BV) dar, sind nicht geeignet eine Rechtsverletzung der Vorinstanz aufzuzeigen. Die Beschwerde genügt den
Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

4.
Der Beschwerdeführer macht im Zusammenhang mit dem Schuldspruch wegen Betrugs geltend, er habe nie die Absicht gehabt, seine Kunden zu prellen und habe solches auch nicht in Kauf genommen. Zudem habe er das Geld, welches er von den Kunden für den Kauf der Ware erhalten habe, immer für die Interessen des Unternehmens oder der Angestellten verwendet. Mit diesen Behauptungen weicht der Beschwerdeführer von dem für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) ab, ohne jedoch Willkür darzutun. Die Vorinstanz hat ihre Feststellungen, der Beschwerdeführer habe das von den Kunden eingezahlte und für die

Warenkäufe bestimmte Geld teilweise zur Deckung seines Lebensunterhalts verwendet und bei seinem Vorgehen eine Schädigung der Kunden zumindest in Kauf genommen, sorgfältig begründet und sich dabei auf zahlreiche Beweismittel abgestützt (vgl. angefochtenes Urteil Ziff. 1.4 S. 17 ff. und Ziff. 2.5 S. 52 f.). Mit seinen Ausführungen verkennt der Beschwerdeführer, dass das Bundesgericht keine Appellationsinstanz ist, welche eine freie Prüfung in tatsächlicher Hinsicht vornimmt. Seine Vorbringen genügen den qualifizierten Begründungsanforderungen an die Willkürrüge (Art. 106 Abs. 2 BGG) nicht, weshalb darauf
nicht einzutreten ist.
Was der Beschwerdeführer aus dem Hinweis, ein grosses geschäftliches Risiko sei nicht strafbar und es könne nicht behauptet werden, dass er ein grosses geschäftliches Risiko eingegangen sei, zu seinen Gunsten ableiten will, erschliesst sich sodann nicht. Das von ihm in diesem Zusammenhang genannte Bundesgerichtsurteil 6B 748/2017 vom 30. Mai 2018 ist nicht einschlägig. Während dem Beschwerdeführer gewerbsmässiger Betrug vorgeworfen wird, ging es in der von ihm genannten E. 3 des von ihm angeführten Urteils um den Tatbestand der Misswirtschaft. Inwiefern Art. 46 Abs. 1 und 2 StGB (gemeint ist wohl Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB) verletzt sein sollten, ist weder hinreichend dargetan noch ersichtlich. Sein Antrag, er sei vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs freizusprechen, ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.
Die von ihm beantragten Freisprüche von den Vorwürfen der Urkundenfälschung und der Beschimpfung begründet der Beschwerdeführer einzig mit der Befangenheit des erstinstanzlichen Spruchkörpers und der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Nachdem auf diese Rügen nicht eingetreten werden kann, bzw. sich diese Rügen als unbegründet erweisen (vgl. hiervor E. 2 und 3), bleibt es bei den entsprechenden Schuldsprüchen.

6.
Der Beschwerdeführer beantragt eine Haftentschädigung von Fr. 12'150.-. Mangels Begründung kann auf sein Begehren nicht eingetreten werden (Art. 42 Abs. 2 BGG).

7.
Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Zivilansprüche der Privatkläger, wie sie sich aus dem erstinstanzlichen Urteil ergeben, zu bestätigen seien. Diesen Ausführungen hält der Beschwerdeführer nichts entgegen.

8.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten 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, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. März 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Rohrer