

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180363-O/U/mc-ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Oberrichterinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Bertschi sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

Urteil vom 25. Juni 2019

in Sachen

A._____,

Beschuldigte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. T. Moder,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **mehrfachen Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. Mai 2018
(DG180022)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 19. Februar 2018 (Urk. 51) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte **A. _____** ist schuldig
 - des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB (Zeitraum 1. Januar 2010 bis 4. Juli 2014) sowie
 - des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB (Zeitraum 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017).
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. e StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
6. Es wird die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 DNA-Profil-Gesetz angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug der Abnahme der DNA-Probe beauftragt. Die Beschuldigte wird verpflichtet, sich innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils bei der Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, Zeughausstrasse 11, Zürich, zur erkennungsdienstlichen Behandlung mit Wangenschleimhautabnahme zu melden.
7. Die Entscheidegebühr wird angesetzt auf:

Fr.	2'400.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'000.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	9'786.00	amtliche Verteidigung (inkl. MWST und Barauslagen)
Fr.	14'186.00	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen für die amtliche Verteidigung und allfälliger weiterer Auslagen, werden der Beschuldigten auferlegt und soweit ausreichend aus der durch die Kantonspolizei Zürich sichergestellten Barschaft von Fr. 500.– gedeckt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 95 S. 1 f.)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. Mai 2018 in Bezug auf die Dispositiv Ziffer 1 1. Bindestrich (Schuldspruch wegen mehrfachen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB für den Zeitraum 1. Januar 2010 bis 4. Juli 2014), sowie die Dispositiv Ziffern 5, 7 und 8 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Beschuldigte sei vom Vorwurf des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB (für den Zeitraum ab 1. Oktober 2016) freizusprechen.
3. Die Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr zu bestrafen.

4. Es sei der Beschuldigten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren der bedingte Strafvollzug zu gewähren.
 5. Von der Anordnung einer Landesverweisung sei abzusehen.
 6. Von der Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe und der Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes sei abzusehen.
 7. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(Urk. 94 S. 1 f., sinngemäss)
1. Schuldigsprechung im Sinne der Anklageschrift
 2. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren
 3. Vollzug von einem Jahr und Gewährung des bedingten Vollzuges der restlichen 1 ½ Jahre Freiheitsstrafe, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren
 4. Anordnung einer Landesverweisung von 10 Jahren
 5. Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem
-

Erwägungen:

I. Gegenstand des Berufungsverfahrens

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. Mai 2018 wurde die Beschuldigte des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB und des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Sie wurde mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten bestraft unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Ferner wurde die Beschuldigte für 5 Jahre des Landes verwiesen. Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wurde abgesehen. Es wurde die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles angeordnet (Urk. 76).

Gegen das Urteil hat die Beschuldigte mit Eingabe vom 22. Mai 2018 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 70) und mit Eingabe vom 3. September 2018 die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 77). Ihre Berufung richtet sich gegen den Schuldspruch wegen unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB, die Höhe der ausgefallten Strafe, die Ausfällung einer Landesverweisung und die Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe. Die Staatsanwaltschaft hat Anschlussberufung gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben (Urk. 81 und 84). Diese richtet sich gegen die Höhe der Strafe und den bedingten Vollzug der Strafe. Die Staatsanwaltschaft verwies auf ihre vor Vorinstanz gestellten Anträge (Urk. 84 S.2). Betreffend die Beschuldigte beantragte sie vor Vorinstanz die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und die Gewährung des bedingten Strafvollzugs unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 63 S. 1). Im Rahmen der Berufungsverhandlung beantragte die Staatsanwaltschaft eine Bestrafung der Beschuldigten mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren sowie einen Vollzug von einem Jahr und Gewährung des bedingten Vollzuges hinsichtlich der restlichen 1 ½ Jahre Freiheitsstrafe, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urk. 94 S. 1). Ausserdem beantragte die Staatsanwaltschaft anlässlich der Berufungsverhandlung neu eine Erhöhung der Dauer der Landesverweisung auf 10 Jahre so-

wie eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (Urk. 94 S. 1). Eine mittels Berufungserklärung vorgenommene Beschränkung der Urteilspunkte im Sinne von Art. 399 Abs. 4 StPO ist definitiv. Eine spätere Ausdehnung der Berufung ist ausgeschlossen (Schmid/Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. 2018, N 9 und 16 zu Art. 399). Die Staatsanwaltschaft beschränkte ihre Anschlussberufung mit ihrer Berufungserklärung auf die Anfechtung der Bemessung und des Vollzugs der Strafe. Während die Erhöhung der Anträge in Bezug auf die Sanktion anlässlich der Berufungsverhandlung daher als zulässig zu erachten ist, bleibt die Ausdehnung der Anschlussberufung auf die Dauer der Landesverweisung und die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anlässlich der Berufungsverhandlung dagegen unbeachtlich. Die Privatklägerschaft hat keine Anschlussberufung erhoben.

Vorweg ist somit festzuhalten, dass das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 teilweise (Schuldspruch mehrfacher Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB) und 7 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

Das vorliegende Berufungsverfahren wurde wie schon das Verfahren vor Vorinstanz zusammen mit demjenigen gegen den Ehemann der Beschuldigten geführt, welchem bezüglich des Sozialhilfebetrugs und des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen der Sozialhilfe der gleiche Anklagesachverhalt zugrunde liegt.

II. Sachverhalt

1. Vorbemerkungen

Der Schuldspruch betreffend mehrfachen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB ist in Rechtskraft erwachsen, derjenige betreffend unrechtmässigen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB wird aus rechtlichen Gründen angefochten. Die Verteidigung macht in der Berufungserklärung geltend, der Tatbestand gemäss Art. 148a Abs. 1 StGB setze eine Handlung des Sozialhilfebezügers voraus. Das Delikt könne nicht durch blosser Unterlassung ohne Garantenstellung begangen werden

(Urk. 77 S. 2). Da die Sanktionshöhe angefochten ist und diese unter anderem mit der Höhe des Deliktsbetrages zusammenhängt, sind trotz Teilrechtskraft des Schuldspruches Ausführungen zur Sachverhaltserstellung zu machen.

Der Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 19. Februar 2018 vorgeworfen, sie habe in Mittäterschaft mit ihrem Ehemann in der Zeit vom 1. Dezember 2010 bis 4. Juli 2014 bei Überprüfungen des Sozialhilfeanspruchs gegenüber den Sozialhilfebehörden wahrheitswidrige Angaben betreffend ihre Einkünfte gemacht und in der Zeit ab 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017 gegenüber den Sozialhilfebehörden Einkünfte verschwiegen. Die nicht deklarierten Einnahmen setzen sich bezüglich beider Deliktszeiträume zusammen aus SUVA-Taggeldern, Schenkungen von B._____ und Erwerbseinkommen des Mitbeschuldigten. Aufgrund der wahrheitswidrigen Angaben bzw. des Verschweigens von Einnahmen seien insgesamt Fr. 215'338.55 zu viel an Sozialhilfeleistungen bezahlt worden.

Die Verteidigung hat betreffend die Höhe des nicht deklarierten Einkommens vor Vorinstanz auf die Ausführungen des Verteidigers des Mitbeschuldigten verwiesen (Urk. 66 S. 5). Nachfolgend ist im Einzelnen darauf einzugehen.

2. Umfang des nicht deklarierten Einkommens

2.1. Schenkungen von Frau B._____

Gemäss Abrechnungsübersicht der nicht deklarierten Einkünfte in der Anklageschrift betrug die Schenkungen von Frau B._____ insgesamt Fr. 166'275.– (Anklageschrift S. 5).

In der polizeilichen Einvernahme vom 8. Mai 2017 sagte B._____ aus, sie habe nicht ausgerechnet, wieviel finanzielle Mittel sie dem Beschuldigten und seiner Familie habe zukommen lassen, insgesamt dürften es weit über Fr. 100'000.– gewesen sein (Urk. 16/1 S. 4). In der von ihr eingereichten Liste vom 16. Mai 2017 bezifferte sie die gesamte Unterstützung an den Beschuldigten und seine Familie in den Jahren 2010 bis 2017 auf Fr. 137'431.22 (Urk. 25/1). Der höhere Betrag von Fr. 166'275.42, welcher Eingang in die Anklage gefunden hat, beruht gemäss Polizeirapport auf einem Telefongespräch zwischen Frau C._____ vom

Sozialamt und B._____. Dieses Gespräch sei nach Durchsicht der eingereichten Belege und der Aufstellung erfolgt, worauf der Betrag der Schenkungen auf Fr. 166'275.40 angepasst worden sei (Urk. 1 S. 14). Mit der Verteidigung des Mitbeschuldigten (Urk. 65 S. 9) ist festzuhalten, dass der Inhalt dieses Telefongesprächs nicht dokumentiert ist und Frau B._____ zu diesen Anpassungen auch nicht protokollarisch befragt wurde. Daraus folgt, dass zulasten der Beschuldigten nur auf die bei den Akten liegende von B._____ unterzeichnete Liste vom 16. Mai 2017 abgestellt werden kann, welche durch ihre Aussage in der polizeilichen Befragung gestützt wird. Demgemäss reduziert sich der Betrag der nicht deklarierten Einkünfte um Fr. 28'844.20 (Differenz zwischen Fr. 166'275.42 und Fr. 137'431.22).

2.2. Erwerbseinkommen

Die Verteidigung des Mitbeschuldigten machte geltend, der Beschuldigte habe die ihm zur Last gelegten nicht deklarierten Erwerbseinkommen weitestgehend anerkannt. Einzig bezüglich der Arbeit für die D._____ habe er konstant ausgesagt, er habe dieses Einkommen deklariert und habe den Arbeitsvertrag und die Lohnabrechnung Frau E._____ von den Sozialen Diensten geschickt (Urk. 65 S. 9). Da er bezüglich der übrigen Erwerbstätigkeiten anerkenne, das Einkommen nicht deklariert zu haben, komme seiner konstanten Beteuerung, das Erwerbseinkommen seitens der D._____ ordnungsgemäss deklariert zu haben, erhöhte Glaubhaftigkeit zu (Urk. 65 S. 9 f.). Dem Vorbringen der Verteidigung kann gefolgt werden. Der Beschuldigte hat betreffend deklariertes und nicht deklariertes Erwerbseinkommen aus den verschiedenen Arbeitsstellen in der Befragung vom 4. Mai 2017 sehr differenziert ausgesagt (Urk. 15/1 S. 2). Er führte aus, die Erwerbstätigkeit ab November 2016 über D._____ bei der Post F._____ dem Sozialamt gemeldet zu haben (Urk. 15/1 S. 2). Auch in der Einvernahme vom 24. August 2017 hielt er daran fest, er habe den Arbeitsvertrag der D._____ und die Lohnabrechnungen betreffend die Arbeit bei der Post in F._____ dem Sozialamt, Frau E._____, per Post geschickt. Er sei sicher, dass er die Arbeitsstelle bei D._____ gemeldet habe (Urk. 15/2 S. 3). Beweismittel, welche die Darstellung des Beschuldigten zu widerlegen vermögen, liegen nicht vor.

Der von der D._____ ausbezahlte Lohn im November/Dezember 2016 beträgt insgesamt Fr. 2'325.85 (Urk. 19). Um diese Summe ist der Betrag des nicht deklarierten Einkommens gemäss Anklage zu reduzieren.

2.3. Prämienverbilligungen

Bezüglich der Prämienverbilligung machte die Verteidigung des Mitbeschuldigten geltend, der Beschuldigte habe eine Teilrückzahlung in Höhe von Fr. 8'000.– vorgenommen (Urk. 65 S. 14). Dieses Vorbringen stützt sich auf die Aussage des Beschuldigten in der Einvernahme vom 24. August 2017, wonach er einmal etwas bei der Sozialberatung, Herr G._____, gemeldet habe und Fr. 8'000.– an das Sozialamt überwiesen habe (Urk. 15/2 S. 7). Zutreffend wies die Verteidigung des Mitbeschuldigten darauf hin (Urk. 65 S. 8), dass der Beschuldigte gemäss Aktennotiz der Sozialberatung vom 30.08.2011 meldete, dass er unter dem Titel Prämienverbilligung eine Nachzahlung von Fr. 12'000.– für die vergangenen Jahre erhalten habe und am 01.09.2011 abgemacht wurde, dass er diese Fr. 12'000.– sofort der Sozialberatung einbezahle (Urk. 4/5 S. 23). Den Sozialen Diensten war somit aufgrund der Meldung des Beschuldigten vom 30. August 2011 bekannt, dass er Prämienverbilligungen erhielt. Unter diesen Umständen liegt bezüglich der Prämienverbilligung kein täuschendes Verhalten des Beschuldigten vor. Jedenfalls lässt sich aufgrund seiner Meldung betreffend den Bezug von Prämienverbilligung kein Täuschungsvorsatz erstellen. Darüber hinaus wäre unter den gegebenen Umständen entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 76 S. 22 und S. 23 f.) aufgrund der Opfermitverantwortung auch Arglist zu verneinen, da den Angaben des Beschuldigten keine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation zu entnehmen war, weshalb die Sozialen Dienste damit rechnen mussten, dass weiterhin Prämienverbilligung gesprochen würde. Damit reduziert sich der Gesamtbetrag der nicht deklarierten Einkünfte gemäss Abrechnungsübersicht in der Anklage um Fr. 23'736.–.

2.4. SUVA-Taggelder

Betreffend die SUVA-Taggelder anerkannte der Mitbeschuldigte, die in der Abrechnungsübersicht in der Anklage aufgeführten SUVA-Taggelder nicht deklariert zu haben. Auch seitens der Verteidigung wurden keine Einwendungen erhoben (Urk. 65 S. 7 in Proz. Nr. SB180362). Diesbezüglich sind keine Korrekturen betreffend nicht deklarierte Einkünfte vorzunehmen.

2.5. Wahrheitswidrige Angaben im Jahre 2005

Dass die Beschuldigten im Jahre 2005 bei Überprüfung des Sozialhilfeanspruchs wahrheitswidrige Angaben gemacht hätten, wird in der Anklageschrift nicht vorgeworfen. Der Auffangtatbestand des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB trat erst am 1. Oktober 2016 in Kraft. Da eine Strafbarkeit im Zusammenhang mit den SUVA Taggeldern im Betrage von Fr. 1'422.90, welche im Monat Mai 2005 bezogen wurden, somit ausser Betracht fällt, ist dieser Betrag aus der Summe des nicht deklarierten Einkommens auszuklammern und von der gesamten Summe der SUVA-Taggelder von Fr. 130'624.85 in Abzug zu bringen.

2.6. Einkommen im Zeitraum vom 4. Juli 2014 bis 30. September 2016

Die Vorinstanz hat festgehalten, ab 5. Juli 2014 sei keine aktive Täuschungshandlung seitens der Beschuldigten mehr erfolgt (Urk. 76 S. 20). Entsprechend bezieht sich der in Rechtskraft erwachsene vorinstanzliche Schuldspruch des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils ausdrücklich auf den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 4. Juli 2014.

Die Summe des nicht deklarierten Einkommens ist betreffend die Beschuldigte um die in der Zeit vom 5. Juli 2014 bis 31. Mai 2016 nicht deklarierten Einnahmen zu reduzieren. Die Aufstellung in der Anklageschrift lässt eine genaue Bezifferung dieses Betrages nicht zu, da für die fragliche Zeitspanne immer nur die Beträge für das ganze Jahr in der Aufstellung enthalten sind. Einzig für das Jahr 2015 können die gesamten Einnahmen im Betrage von Fr. 72'631.– (Fr. 43'216.–

SUVA-Taggelder und Fr. 29'415.– Schenkungen nach Abzug Freibetrag) abgezogen werden.

2.7. Zusammenfassung

Zusammenfassend sind nicht deklarierte Einkünfte in folgendem Umfang erstellt:

Die Schenkungen seitens von B._____ belaufen sich auf insgesamt Fr. 118'231.– (Fr. 137'431.– abzüglich Freibetrag von Fr. 19'200.–). Hinzukommen Fr. 129'202.– SUVA-Taggelder, rund Fr. 24'000.– aus Erwerbstätigkeit (Fr. 27'001.10 abzüglich Fr. 2'325.85 Einkommen D._____) und Fr. 5'000.– aus Autohandel. Der Totalbetrag nicht deklarerter Einkünfte beläuft sich auf Fr. 276'433.–. Davon sind betreffend die Beschuldigte die nicht deklarierten Einnahmen im Jahre 2015 im Betrage von Fr. 72'631.– abzuziehen, was einen Betrag von insgesamt Fr. 203'802.– ergibt.

Wie aus der Abrechnungsübersicht in der Anklageschrift zu entnehmen ist, sind die Rückforderungsansprüche der Sozialen Dienste nach den einzelnen Unterstützungsperioden zu berechnen und kann für die Berechnung des Gesamtbetrages der unrechtmässig bezogenen Sozialhilfeleistungen nicht einfach eine Gegenüberstellung der gesamten Sozialhilfeleistungen und nicht deklarierten Einkünfte über den gesamten Zeitraum erfolgen. Für die Ermittlung der genauen Schadenshöhe wäre eine Neuberechnung der Rückforderungsansprüche durch die Sozialen Dienste aufgrund der vorstehenden Korrekturen hinsichtlich der nicht deklarierten Einkünfte vorzunehmen. Auf die Einholung einer Neuberechnung kann jedoch verzichtet werden, der genaue Schadensbetrag braucht nicht ermittelt zu werden, eine Schätzung ist möglich und ausreichend. Eine solche kann erfolgen durch Reduktion des von den Sozialen Diensten ermittelten Rückforderungsbetrages von Fr. 215'338.55 um Fr. 23'736.– betreffend Prämienverbilligungen, Fr. 2'325.85 Einkommen D._____, Fr 1'422.90 SUVA Taggelder 2005, Fr. 28'844.– Differenzbetrag Schenkungen sowie Fr. 72'631.– Einkommen 2015. Es resultiert ein Schadensbetrag in der Grössenordnung von rund Fr 86'000.–.

Es rechtfertigt sich bei der Beschuldigten, von einem geschätzten Deliktsbetrag in der Grössenordnung von Fr. 90'000.– auszugehen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Betrugsvorwurf

Der Schuldspruch betreffend mehrfachen Betrug ist in Rechtskraft erwachsen. Es erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

2. Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB

2.1. Gesetzeswortlaut

Gemäss Art. 148a Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem andern nicht zustehen.

2.2. Standpunkt der Beschuldigten

Bezüglich dieses Tatbestandes machte die Verteidigung unter Bezugnahme auf entsprechende Lehrmeinungen geltend, der Tatbestand sei zurückhaltend auszu-legen, die Tatvariante "Verschweigen von Tatsachen" könne lediglich in der unter-lassenen Mitteilung bestehender oder neuer Einkünfte oder Vermögens auf akti-ves Nachfragen des Leistungserbringers bestehen. Dagegen sei die blosse Nichtmeldung geänderter Verhältnisse nicht von diesem Tatbestand erfasst, denn das blosse Verschweigen ohne Aufforderung zur Auskunft würde das Funktionie-ren des Sozialwesens komplett auf die Leistungsempfänger abwälzen und zu ei-ner nicht zu rechtfertigenden Privilegierung der öffentlichen Hand gegenüber pri-vaten Geschädigten führen. Art. 148a StGB könne durch aktives Verhalten be-gangen werden, eine reine Unterlassung genüge nur dann, wenn den Empfänger

eine Garantenpflicht gegenüber dem Leistungserbringer treffe. Das Bundesgericht habe mit Bezug auf den Tatbestand des Betruges entschieden, dass die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht keine Garantenpflicht des Leistungsempfängers begründe. Dies müsse auch für Art. 148a StGB gelten (Urk. 66 S. 7; Urk. 77 S. 2; Urk. 95 S. 3 f.). Da das Sozialamt nach dem 1. Oktober 2016 (Inkrafttreten von Art. 148a StGB) nie eine Nachfrage getätigt habe, fehle es vorliegend an einer strafbaren Handlung, weshalb die Beschuldigte in diesem Punkt freizusprechen sei (Urk. 66 S. 8; Urk. 95 S. 4).

2.3. Würdigung

Die Beschuldigten haben in der Phase ab 1. Oktober 2016 Einkommen bestehend aus SUVA-Taggeldern, Schenkungen und Arbeitstätigkeit nicht von sich aus dem Sozialamt gemeldet. Umstritten ist, ob dieses passive Verhalten unter den Tatbestand des Art. 148a StGB fällt oder anders ausgedrückt, ob das fragliche Delikt durch blosser Unterlassung begangen werden kann.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, nach Wortlaut, Sinn und Zweck ausgelegt werden. Das Bundesgericht bedient sich bei der Auslegung eines Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen. Wenn sie auf eine Frage eine klare Antwort geben, können die Gesetzesmaterialien beigezogen werden (BGE 144 IV 168 E 1.2).

Bei der Prüfung der Frage, ob Verschweigen im Sinne von Art. 148a StGB eine Deliktsbegehung durch blosses Unterlassen erfasst, ist vom Wortlaut des Gesetzes und der Wortbedeutung auszugehen. Verschweigen bedeutet gemäss Duden, etwas bewusst nicht sagen, verheimlichen, sich über etwas nicht äussern. Im Gesetzestext wird die Tatbestandsvariante des Verschweigens neben derjenigen der unwahren oder unvollständigen Angaben aufgeführt. Letztere Variante umschreibt ein Handeln (Angaben machen). Aufgrund der Aufzählung der Tatvarianten und der Wortbedeutung von Verheimlichen liegt der Schluss nahe, dass mit dem Wort "Verheimlichen" eine Unterlassung umschrieben wird. Allein aufgrund des Wortlautes der Gesetzesbestimmung lässt sich jedoch nicht eindeutig ermitteln, ob der

Tatbestand durch reines Unterlassen begangen werden kann. Bei der Auslegung der Gesetzesbestimmung sind weiter deren Entstehungsgeschichte und die Materialien zu berücksichtigen. Art. 148a StGB wurde im Rahmen der Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 lit. b. BV erlassen. Gemäss dieser Verfassungsbestimmung verlieren Ausländerinnen und Ausländer ihr Aufenthaltsrecht bzw. alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Gemäss Art. 121 Abs. 4 BV umschreibt der Gesetzgeber die Tatbestände nach Art. 121 Abs. 3 BV näher und kann sie um weitere Tatbestände ergänzen. Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung hat der Gesetzgeber Art. 148a StGB erlassen. In seiner Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 2013 (nachfolgend Botschaft) hielt der Bundesrat fest, mit Blick auf die neue Verfassungsbestimmung, die bei der Bekämpfung des missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen einen Schwerpunkt setze, müsse für eine Landesverweisung eine Tat unterhalb der Betrugsschwelle genügen. Art. 148a StGB stelle einen Auffangtatbestand zu Art. 146 StGB für leichtere Fälle dar und komme u.a. zur Anwendung, wenn der beschuldigten Person keine Arglist nachgewiesen werden könne (Botschaft S. 6004 und S. 6036 f.). Ferner ist in der Botschaft (S. 6036 f.) betreffend den objektiven Tatbestand zu lesen:

"Der Tatbestand erfasst jede *Irreführung beziehungsweise Bestärkung* in einem (bereits bestehenden) Irrtum – und somit jede Täuschung. Diese kann zum einen durch *unwahre oder unvollständige Angaben* erfolgen. Damit nennt der Tatbestand explizit den Hauptanwendungsfall, dass jemand seine finanziellen Verhältnisse oder seine persönliche Situation (etwa in medizinischer Hinsicht) falsch darstellt. Die Täuschung kann zum anderen auf dem *Verschweigen bestimmter Tatsachen* beruhen. Ein solches passives Verhalten ist etwa dort gegeben, wo jemand die Meldung unterlässt, dass sich seine Lage verändert beziehungsweise verbessert hat. Die kantonalen Sozialhilfegesetze auferlegen einer um Sozialhilfe ersuchenden Person die Pflicht, vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu geben. Der Betreffende muss Unterlagen vorlegen, welche zur Abklärung der Situation erforderlich sind und eine Änderung der Verhältnisse unverzüglich melden. Es stellt einen klassischen Fall des unrechtmässigen Leistungsbezugs dar, dass durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen oder Verheimlichen von Tatsachen eine in Wahrheit nicht bestehende Notsituation vorgetäuscht wird."

Aus den Darlegungen in der Botschaft ist zu schliessen, dass es - die Bundesversammlung folgte dem Vorschlag des Bundesrates - dem gesetzgeberischen Willen entsprach, auch rein passives Verhalten bzw. reines Unterlassen mit der Bestimmung von Art. 148a StGB zu erfassen. Explizit wird als Beispiel für Ver-

schweigen von Tatsachen erwähnt, solch passives Verhalten sei gegeben, wenn jemand die Meldung unterlasse, dass sich seine Situation verändert, bzw. verbessert hat. Es versteht sich von selbst, dass die Veränderung bzw. Verbesserung der Situation für den Leistungsempfänger erkennbar sein muss, ansonsten es am subjektiven Tatbestand des Vorsatzes fehlen würde. Deshalb vermag auch der in der Literatur angeführte und auch von der Verteidigung geltend gemachte Einwand nicht zu überzeugen, wonach die Verantwortlichkeit für den korrekten Ablauf des Sozialwesens einseitig auf den Versicherten abgewälzt werde und es im Einzelfall schwierig abzuschätzen sei, was an veränderten Verhältnissen zu melden sei (M. Jenal, BSK Art. 148a N 11; Burckhardt/Schulze in Trechsel, Praxis-kommentar, 3. A., Art. 148a N 2). Von einer massiven Ausdehnung des strafbaren Verhaltens (Burckhardt/Schulze, a.a.O, Art. 148a N 2) kann unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch bis zum Inkrafttreten von Art. 148a StGB sozialhilferechtliche Strafbestimmungen des kantonalen Rechts bestanden (und weiter bestehen), welche die Verletzung der Meldepflicht des Sozialhilfeempfängers unter Strafe stellten, nicht gesprochen werden. Soweit eine Ausdehnung des strafbaren Verhaltens gegenüber der kantonalen Regelung erfolgt, entspricht dies dem Willen des Verfassungsgebers und des Gesetzgebers. Das Argument einer Privilegierung der öffentlichen Hand gegenüber den Geschädigten im Sinne von Art. 146 StGB, welches in der Literatur gegen die Annahme, dass Art. 148a StGB durch blosses Nichtmelden geänderter Verhältnisse begangen werden kann, ebenfalls ins Feld geführt wird (Burckhardt/Schulze, a.a.O, Art. 148a N 2), erweist sich ebenfalls als nicht stichhaltig. Es ist nicht zu erkennen, weshalb eine solche Besserstellung der öffentlichen Hand, welche mit der Erbringung von Sozialleistungen staatliche Aufgaben erfüllt und im Interesse des Gemeinwohls handelt, nicht zulässig sein soll.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die unterlassene Meldung von Einkommen aus SUVA-Taggeldern, Schenkungen und Arbeitstätigkeit ab 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017 unter den Tatbestand von Art. 148a StGB fällt. Die Beschuldigte ist daher des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a StGB schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion

1. Allgemeines

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung korrekt dargelegt. Auf ihre Erwägungen betreffend den Strafraumen, die Strafzumessung innerhalb des Strafraumens und die Gesamtstrafenbildung bei gleichartigen Straftaten kann vorab verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 76 S. 26 ff.).

Es ist festzuhalten, dass Betrug und unrechtmässiger Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe einen einheitlichen Deliktskomplex bilden und in einem engen Zusammenhang zueinander stehen. Für diese Delikte erscheint es daher angemessen, die gleiche Sanktionsart, eine Freiheitsstrafe, auszufällen. In Anwendung von Art. 49 StGB ist daher in einem ersten Schritt die Strafe für das schwerste Delikt des mehrfachen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB festzulegen. Durch Asperation ist die für den mehrfachen Betrug ermittelte Einsatzstrafe um die Strafe für den unrechtmässigen Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a StGB angemessen zu erhöhen.

2. Strafzumessung in concreto

2.1. Tatkomponente Betrug

In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass die Beschuldigte zusammen mit dem Mitbeschuldigten über einen langen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg einen sechsstelligen Betrag an Sozialhilfegeldern unrechtmässig bezogen hat. Die kriminelle Energie der Beschuldigten wiegt leichter als diejenige des Mitbeschuldigten, da es als glaubhaft erscheint, dass die Initiative für die Delikte von ihm ausging. Der Umstand, dass die Delinquenz geeignet war, andere Sozialhilfeempfänger in Misskredit zu bringen und sich gegen das Gemeinwesen in seiner sozialstaatlichen Funktion richtete, wirkt sich bei der Verschuldensbewertung zu Lasten der Beschuldigten aus. Die mehrfache Tatbegehung ist straf erhöhend zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der subjektiven Tatkomponente ist von Eventualvorsatz auszugehen. Der Delinquenz liegen rein finanzielle Motive zugrunde. Der Beschuldigten ging es darum, sich und ihrer Familie auf Kosten des Staates ein angenehmeres Leben zu finanzieren.

Insgesamt wiegt das Verschulden mit der Vorinstanz (Urk. 76 S. 29) gerade noch leicht und ist die Strafe im untersten Drittel des Strafrahmens anzusiedeln. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 18 Monaten erscheint dem Tatverschulden angemessen.

2.2. Tatkomponente unrechtmässiger Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe

Die Beschuldigte hat in der Zeit von 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017, somit während 7 Monaten unrechtmässig Sozialhilfe bezogen. Die Deliktsbegehung erfolgte durch blosses Unterlassen der Meldung von erzieltm Einkommen und stellt eine Fortsetzung der Delinquenz im Rahmen des Betruges dar. Es bedurfte keiner hohen kriminellen Energie, die Delinquenz durch passives Verhalten fortzusetzen. Hinsichtlich des Umstandes, dass das Verhalten der Beschuldigten geeignet ist, andere Hilfsbedürftige in Misskredit zu bringen, gelten die gleichen Überlegungen wie beim Betrug.

In subjektiver Hinsicht liegt Eventualvorsatz vor. Hinsichtlich der Motivation kann auf die Ausführungen zum Betrug verwiesen werden.

Innerhalb des Strafrahmens, welcher sich bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe erstreckt, erscheint dem Tatverschulden und unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips eine Strafe gerade noch im unteren Drittel angemessen. Die Einsatzstrafe für den Betrug ist um 4 Monate zu erhöhen.

2.3. Täterkomponente

2.3.1. Vorleben und persönliche Verhältnisse

Die Beschuldigte ist in Tunesien geboren und mit fünf Geschwistern bei den Eltern aufgewachsen. In Tunesien hat sie 5 Jahre die Grundschule besucht. Ihre

Familienangehörigen leben - mit Ausnahme einer Schwester, welche in Frankreich lebt - noch in H. _____. Anschliessend hat sie als Aushilfe in einem Friseursalon gearbeitet (Prot. I S. 33). Im Jahre 2005 hat sie den Mitbeschuldigten geheiratet und kam in die Schweiz. Hier hat sie während zwei Monaten einen Deutschkurs absolviert. Aus der Ehe mit dem Mitbeschuldigten stammen drei Kinder, geboren 2006, 2009 und 2015. Die älteste Tochter leidet an ADHS und bedarf besonderer medizinischer, schulischer und sozialtherapeutischer Betreuung. Der Mitbeschuldigte hat im Jahre 2003 einen Arbeitsunfall erlitten, in dessen Folge er sich einen Teil seines Daumens amputieren lassen musste. Bei einem Sturz im Jahre 2013 zog er sich Verletzungen am Handgelenk und Vorderarm zu und musste sich mehreren Operationen unterziehen. Der Mitbeschuldigte bezog danach eine SUVA-Rente und Taggeldzahlungen. Nach Durchlaufen von Umschulungsmassnahmen der SUVA arbeitet er nun zu ca. 60 % als Kurier. Dabei verdient er ca. Fr. 2'000.– brutto pro Monat. Ausserdem erhält er monatliche Leistungen der SUVA in der Höhe von Fr. 370.–. Ab dem Jahre 2017 arbeitete die Beschuldigte als Reinigungskraft bei B. _____. Dieses Arbeitsverhältnis besteht aktuell nicht mehr. Jedoch arbeitet sie derzeit in einem Teilzeitpensum von ca. 25 % als Unterhaltsreinigerin bei der Firma I. _____. Ausserdem arbeitet sie aushilfsweise im Stundenlohn als Unterhaltsreinigerin für die Firma J. _____ AG, wobei ihr von dieser Firma eine Festanstellung in Aussicht gestellt wurde. Gemeinsam erzielen die Beschuldigte und ihr Ehemann inklusive Kinderzulagen derzeit ein Einkommen von ca. Fr. 3'800.– pro Monat (Urk. 78/4; Prot. II S. 14 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

Die Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 93), was sich strafzumessungsneutral auswirkt.

2.3.2. Nachtatverhalten

Die Beschuldigte hat ein Teilgeständnis abgelegt. Angesichts des Umstandes, dass sie dieses Teilgeständnis sowohl vor Vorinstanz als auch in der Berufungsverhandlung sehr weitgehend einschränkte und die Verantwortung auf den Mitbeschuldigten abschob, wirkt sich das Teilgeständnis nur leicht strafmindernd aus.

Die Vorinstanz hat dem Teilgeständnis angemessen Rechnung getragen durch eine Reduktion der aufgrund der Tatkomponenten resultierenden Strafe von 22 Monaten auf 18 Monate.

3. Vergleich mit der Sanktion betreffend den Mitbeschuldigten

Eine Sanktion von 18 Monaten erscheint auch im Vergleich zu der beim Mitbeschuldigen auszufällenden Sanktion von 30 Monaten Freiheitsstrafe angemessen, zumal dieser sich zwar vollumfänglich geständig erklärte, jedoch über eine Vorstrafe verfügt, die Dauer der Delinquenz betreffend den Betrug zudem länger und der Deliktsbetrag entsprechen höher ist, er im Zusammenhang mit den Betrugs-handlungen zusätzlich der Urkundenfälschung schuldig gesprochen wird und als treibende Kraft bei den Delikten zu gelten hat.

4. Fazit

Die Beschuldigte ist mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen. An die Strafe ist ein Tag erstandener Haft anzurechnen (Art. 51 StGB).

V. Vollzug

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 76 S. 32 f.). Daraus geht hervor, dass sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt sind. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die nicht vorbestrafte Beschuldigte durch das vorliegende Verfahren und die auszufällende Sanktion beeindrucken und von weiterer Delinquenz abhalten lässt. Daher ist die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.

Der Beschuldigten ist daher der bedingte Strafvollzug zu gewähren unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.

VI. Landesverweisung

1. Katalogtat gemäss Art. 66 a Abs. 1 lit. e StGB

Die Beschuldigte wird wegen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB im Bereich der Sozialhilfe und unrechtmässigem Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Beide Delikte bilden Katalogtaten für eine obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. e StGB. Da die Deliktsbegehung betreffend die Betrugsdelikte in die Zeit vor Inkrafttreten von Art. 66a StGB am 1. Oktober 2016 fällt, kommt eine Landesverweisung für diese Delikte aus übergangsrechtlichen Gründen nicht in Betracht (Art. 2 StGB). Dagegen bildet der unrechtmässige Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, welcher ab 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017 begangen wurde, Katalogtat für eine obligatorische Landesverweisung. Demzufolge sind vorliegend die Voraussetzungen für die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. e StGB gegeben.

2. Härtefallklausel

2.1. Allgemeines

Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn dies für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind.

Wann ein persönlicher Härtefall vorliegt, wird vom Gesetz nicht definiert, auch die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Kriterien werden nicht erwähnt. Der Entscheid wird in das Ermessen des Gerichtes gelegt, welches den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten hat. Gemäss den Feststellungen des Bundesgerichtes ist der Botschaft keine Definition der Härtefallklausel zu entnehmen und ergeben sich aus den parlamentarischen Debatten keine nützlichen Aus-

legungselemente. Jedoch geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber die Ausnahmeklausel restriktiv regeln und das richterliche Ermessen soweit als möglich reduzieren wollte (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Beurteilung eines Härtefalls kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" gemäss Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über die Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 vorgenommen werden (BGer 6B_659/2018 Urteil vom 20. September 2018 E. 3.3.3.). Diese Kriterien sind insbesondere Integration in der Schweiz, Familienverhältnisse, finanzielle Verhältnisse, Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, Gesundheitszustand, Resozialisierungschancen im Heimatland, medizinische Versorgung, familiäre Bindung in der Schweiz.

Ein Absehen von der Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB setzt kumulativ das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls und das Fehlen eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Landesverweisung voraus (BGer 6B_959/2018 Urteil vom 20. September 2018 E.3.3.).

2.2. Persönlicher Härtefall

2.2.1. Zusammenfassende Darstellung der persönlichen Situation

Die Beschuldigte ist in Tunesien geboren und aufgewachsen. Sie kam im Jahre 2005 im Zuge der Heirat mit dem Mitbeschuldigten in die Schweiz. Der Mitbeschuldigte ist ebenfalls tunesischer Staatsangehöriger, ist in Tunesien geboren und aufgewachsen und kam im Jahre 1999 in die Schweiz. Aus der Ehe stammen drei Kinder geboren 2006, 2009 und 2015. Die Beschuldigte lebt mit ihrem Ehemann und den drei gemeinsamen Kindern zusammen. Die älteste Tochter leidet an ADHS und bedarf besonderer medizinischer, schulischer und sozialtherapeutischer Betreuung. Mit der geschiedenen Ehefrau des Mitbeschuldigten unterhalten dieser und die ganze Familie einen guten Kontakt. B._____ hat die Beschuldigten bis anhin grosszügig unterstützt. Sie hat den Hauptteil des Hauses finanziert, welches in Tunesien auf den Namen des Mitbeschuldigten registriert ist und sich im Dorf befindet, in welchem die Eltern und Geschwister der Beschuldigten und des Mitbeschuldigten wohnen. Dieses Haus wird von B._____ und den Beschuldigten

und den Kindern gemeinsam genutzt. B._____ hat sich im Frühling 2018 nach Tunesien begeben, um dort eine Aufenthaltsbewilligung zu beantragen, weil sie einen Teil des Jahres in diesem Haus leben will (Prot. I S. 14). Die Beschuldigte unterhält Kontakt zu ihrer Ursprungsfamilie in Tunesien. In der Befragung vor Vorinstanz sagte die Beschuldigte aus, sie habe mit der Familie zweimal pro Jahr die Ferien in Tunesien verbracht (Prot. I S. 38 f.). Die Beschuldigte hat in der Schweiz ausser ihrer Familie keine nahestehenden Bezugspersonen. Sie unterhält lediglich Kontakt zu Nachbarn (Prot. I S. 32). Die Beschuldigte hat in der Schweiz für zwei Monate einen Deutschkurs besucht und sich anschliessend über alltägliche Kontakte Deutschkenntnisse angeeignet. Sie hat Mühe, die deutsche Sprache zu lesen (Prot. I S. 36). Die Beschuldigte ist teilzeitlich bei der I._____ und im Stundenlohn bei der J._____ AG als Unterhaltsreinigerin angestellt. Der Mitbeschuldigte arbeitet zu ca. 60 % als Kurier und bezieht monatliche Leistungen der SUVA im Umfang von Fr. 370.–.

2.2.2. Zeitpunkt der Einreise und Aufenthaltsdauer in der Schweiz

Aus vorstehender Zusammenfassung der persönlichen Situation der Beschuldigten geht hervor, dass sowohl sie als auch ihr Ehemann tunesische Staatsangehörige sind. Sie wurden in Tunesien geboren und sind dort aufgewachsen. Der Mitbeschuldigte war 19 Jahre alt, als er 1999 in die Schweiz kam, die Beschuldigte war 28 Jahre alt, als sie im 2005 in die Schweiz kam. Er lebt seit 20 Jahren in der Schweiz, sie seit 14 Jahren.

2.2.3. Beziehungen zum Heimatland

Die Eltern der Beschuldigten und ihre Geschwister wie auch die Eltern des Mitbeschuldigten leben in Tunesien, im gleichen Dorf, in welchem der Mitbeschuldigte zusammen mit seiner Exfrau ein Haus gebaut hat. Die Beschuldigten unterhalten gute Kontakte zu ihren Angehörigen in Tunesien und besuchten sie bisher regelmässig. Beide Beschuldigten sind in Tunesien gut verwurzelt.

2.2.4. Soziale Kontakte in der Schweiz

In der Schweiz hat die Beschuldigte ausser ihrer eigenen Familie keine engeren Bezugspersonen. Durch eine Rückkehr (der ganzen Familie) nach Tunesien würde somit kein soziales Netz zerschlagen, zumal B._____, welche eine wichtige Bezugsperson für den Mitbeschuldigten darstellt, beabsichtigt, nach Tunesien zu ziehen und in dem gemeinsam erstellten Haus während eines Teils des Jahres zu wohnen.

2.2.5. Integration

Zwar hat die Beschuldigte ihr Teilzeitpensum als Unterhaltsreinigerin in letzter Zeit erhöht. Dennoch handelt es sich nach wie vor um ein kleines und teilweise auftragsabhängiges Pensum, weshalb noch nicht von einer gelungenen beruflichen Integration in der Schweiz ausgegangen werden kann. Auch dem Mitbeschuldigten ist es kaum gelungen, in der Schweiz beruflich Fuss zu fassen.

Zudem zeugt ihre Delinquenz gegenüber dem Staat, welcher die Beschuldigte und ihre Familie während Notzeiten unterstützt hat, von einer Haltung gegenüber dem Gemeinwesen, welche ein schlechtes Licht auf ihre Integration wirft.

2.2.6. Resozialisierungschancen und Wiedereingliederung in Tunesien

Es bestehen keine erheblichen Zweifel, dass die Beschuldigte und ihr Ehemann sich in ihrem gemeinsamen Heimatland ohne grössere Probleme wieder integrieren können. Insbesondere sind die Resozialisierungschancen auch in Tunesien intakt.

Für die Beschuldigten dürfte es in Tunesien schwieriger sein, innert nützlicher Frist eine Stelle zu finden, jedoch ist darauf hinzuweisen, dass der Mitbeschuldigte vor der Einreise in die Schweiz in Tunesien in der Tourismusbranche arbeitete, was aufgrund der in der Schweiz dazugewonnenen Sprachkenntnisse heute noch besser möglich sein sollte.

2.2.7. Gesundheitliche Situation des Mitbeschuldigten

Da die nötigen Operationen und Rehabilitation in der Schweiz durchgeführt wurden und die medizinische Grundversorgung auch in Tunesien sichergestellt ist, ergibt sich auch aus der gesundheitlichen Situation des Mitbeschuldigten keine besondere Härte.

2.2.8. Situation der Kinder

Zu prüfen bleibt, ob eine Rückkehr nach Tunesien für die Kinder der Beschuldigten mit schwerwiegenden Konsequenzen verbunden ist, welche einen schweren Härtefall zu begründen vermögen. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass härtefallbegründende Aspekte bei Dritten zu berücksichtigen sind, wenn sich diese auch auf die Beschuldigte auswirken, was bei einer Härte für die Kinder klar zutreffen würde (Urk. 76 S. 39).

Das jüngste Kind ist im Jahre 2015 geboren. Für dieses nicht schulpflichtige Kind steht die Familiengemeinschaft so stark im Vordergrund, dass bei einer Rückkehr nach Tunesien zusammen mit den Eltern und den Geschwistern keine besonderen Probleme zu erwarten sind.

Die beiden schulpflichtigen Kinder sind in der Schweiz geboren und bisher hier aufgewachsen. Während der Sohn K._____, geboren 2009, keinerlei gesundheitliche oder schulische Probleme hat, wurde bei der Tochter L._____, geboren 2006, ADHS diagnostiziert. Gemäss ärztlichem Bericht des behandelnden Arztes Dr. med. M._____ vom 5. Februar 2018 komme bei L._____ neben des ADHS eine nonverbale Grundintelligenz knapp unterhalb der Altersnorm, eine ausgeprägte visuelle und auditive Merkfähigkeitsschwäche und rezeptive und expressive Spracherwerbsstörung erschwerend hinzu und erfordern zusätzliche schulische Unterstützung in Form von heilpädagogischer, logopädischer, psychomotorischer oder ergotherapeutische Förderung. Diese klar indizierte, speziell aufwändige enge interdisziplinäre Betreuung sei bereits in der Schweiz schwierig, aber möglich. Dagegen sei klar zu bezweifeln, dass eine kindsgerechte Unterstützung in Tunesien erhalten werden könne, weshalb die Entwicklung von L._____ im Falle einer

Landesverweisung eindeutig gefährdet erscheine (Urk. 66/3). Wie bereits vorstehend im Zusammenhang mit der gesundheitlichen Situation des Mitbeschuldigten erwähnt, ist die medizinische Grundversorgung in Tunesien gewährleistet. Unter diesen Umständen vermag die bei der ältesten Tochter diagnostizierte gesundheitliche Störung keinen schweren persönlichen Härtefall zu begründen, zumal L._____ nicht an einer seltenen Erkrankung leidet, welche nur erfolgreich in der Schweiz behandelt werden kann. Es darf davon ausgegangen werden, dass auch in Tunesien eine angemessene Behandlung von ADHS sichergestellt ist. Zudem ist L._____ in Tunesien im Familienverbund der Herkunftsfamilien beider Eltern integriert, es ist anzunehmen, dass sie seitens ihrer Verwandten Unterstützung erfährt. Für die beiden älteren Kinder, welche in der Schweiz geboren wurden und bisher hier aufgewachsen sind und zur Schule gehen, bedeutet die Ausreise nach Tunesien zwar eine erhebliche Umstellung der Lebensgewohnheiten, jedoch trifft dies auch bei Kindern zu, deren Eltern freiwillig das Land verlassen. Hinzukommt, dass die tunesische Kultur und die arabische Sprache den Kindern vertraut sind und sie bisher zusammen mit ihren Eltern den Verwandten in Tunesien regelmässig Besuche abstatteten. Ausserdem sind die Kinder noch nicht in einem Alter, in welchem bereits eine Berufsausbildung angefangen wurde. Es kann davon ausgegangen werden, dass es den Kindern gelingt, sich gut in Tunesien zu integrieren.

Die Situation der Kinder bei einer Rückkehr nach Tunesien vermag zusammenfassend keinen schweren persönlichen Härtefall zu begründen.

2.2.9. Fazit

Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass kein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt. Da auch betreffend den Mitbeschuldigten eine Landesverweisung angeordnet wird, wird die Familie bei Anordnung einer solchen auch betreffend die Beschuldigte nicht auseinandergerissen. Aus diesem Grund sowie angesichts der vorstehenden Erwägungen bewirkt die Anordnung einer Landesverweisung entgegen dem Vorbringen der Verteidigung auch keine Verletzung des Rechts auf Familie im Sinne von Art. 8 EMRK (Urk. 95 S. 12). Mangels Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls erübrigt sich eine Abwägung zwischen dem

persönlichen Interesse der Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und dem öffentlichen Interesse an der Landesverweisung.

3. Anordnung Landesverweisung

Da eine Katalogtat vorliegt und kein schwerer persönlicher Härtefall gegeben ist, ist eine Landesverweisung gestützt auf Art. 66 a Abs. 1 lit. e StGB anzuordnen.

Die Vorinstanz hat die Dauer der Landesverweisung auf das Minimum von 5 Jahren festgelegt.

Bei der Bemessung der Dauer der Landesverweisung ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, sind das Verschulden, die persönlichen Interessen der Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung einander gegenüberzustellen (BSK StGB Zurbrügg/Hruschka, Art. 66a, N 29).

Aus übergangsrechtlichen Überlegungen darf bei der Bemessung der Dauer der Landesverweisung nur das Verschulden bezüglich der Katalogtat des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB in Betracht fallen. Dieses wurde als noch im unteren Drittel des Strafrahmens liegend gewichtet. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips wurde die Einsatzstrafe um 4 Monate erhöht. Die Beschuldigte lebt bereits seit 14 Jahren in der Schweiz, wo ihre drei Kinder geboren wurden und die älteren beiden die Schule besuchen. Ihrem grossen Interesse an einem Verbleib in der Schweiz und dem noch leichten Verschulden angemessen erscheint eine Dauer der Landesverweisung von 5 Jahren, zumal ihr eine günstige Prognose gestellt werden kann und dem öffentlichen Interesse mit einer minimalen Dauer der Landesverweisung angemessen Rechnung getragen werden kann. Bei der durch die Vorinstanz festgesetzten minimalen Dauer der Landesverweisung von 5 Jahren hätte es im Übrigen auch aufgrund des in dieser Hinsicht geltenden Verschlechterungsverbots zu bleiben (Art. 391 Abs. 2 StPO).

4. Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem

Die Vorinstanz sah von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ab. Diesen Entscheid begründete sie damit, dass Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens so zu verstehen sei, dass es für eine Ausschreibung einer Landesverweisung im SIS erforderlich sei, dass diese auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruhe, welche mit einer abstrakten Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sei, der Straftatbestand des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB aber gerade keine abstrakte Mindeststrafe von einem Jahr vorsehe (Urk. 76 S. 42). Abgesehen davon, dass diese Erwägungen zutreffend sind, und es daher bei einem Absehen von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS zu bleiben hat, käme eine solche auch angesichts des diesbezüglich geltenden Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) nicht in Frage.

VII. DNA-Probe

Die Vorinstanz ist dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles gefolgt. Die Beschuldigte opponiert für den Fall, dass sie nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt wird, gegen die Abnahme einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles (Urk. 77 S. 3; Urk. 95 S. 15).

Die Beschuldigte wird wegen eines Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles gestützt auf 5 lit. a DNA-Profilgesetz erfüllt sind. Da der Beschuldigten eine günstige Prognose gestellt werden kann und sie wegen reiner Vermögensdelikte verurteilt wird, erscheint es fraglich, ob die Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe verhältnismässig ist. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 30. Mai 2007 (BGer 1C_59/2007 E. 4.2.) festgehalten, dass die DNA-Erfassung gestützt auf Art. 5 DNA-Profilgesetz dem Ziel der Verhinderung von Rückfallstaten dienen kann im Sinne einer wesentlich erleich-

terten Aufklärung von allfälligen neuen schweren Delikten, wobei unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit eine DNA-Erfassung bei Gewaltverbrechen und Delikten gegen die sexuelle Integrität eher angezeigt erscheine als in schweren Fällen der Wirtschaftskriminalität. Vorliegend erscheint die Abnahme einer DNA-Probe, welche einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellt, angesichts des geringen Rückfallrisikos und der geringen Zweckdienlichkeit eines DNA-Profiles für die Überführung bei Vermögensdelikten als unverhältnismässig, weshalb davon abzusehen ist.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 8) zu bestätigen. Im Berufungsverfahren unterliegen sowohl die Beschuldigte mit ihrer Berufung (mit Ausnahme des Absehens von der Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe) als auch die Staatsanwaltschaft mit ihrer Anschlussberufung vollumfänglich. Da sich die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft jedoch nur auf die Strafzumessung bezog, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, der Beschuldigten zu vier Fünfteln aufzuerlegen und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt der Rückforderung gegenüber der Beschuldigten im Umfang von vier Fünfteln (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Das Honorar der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. Mai 2018 bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 teilweise (Schuldanspruch mehrfacher Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB) und 7 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ ist ferner schuldig des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB (Zeitraum 1. Oktober 2016 bis 30. April 2017).
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Beschuldigte wird für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
6. Von der Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe wird abgesehen.
7. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8) wird bestätigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'000.- amtliche Verteidigung
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten zu vier Fünfteln auferlegt und zu einem Fünftel auf die Staatskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten bleibt im Umfang von vier Fünfteln vorbehalten.
10. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)
- die Privatklägerin (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- die Privatklägerin

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

11. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen 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 Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 25. Juni 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Höchli