

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200202-O/U/mc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler, Präsidentin, Ersatzoberrichterin
lic. iur. Mathieu, Ersatzoberrichter lic. iur. Vogel sowie die
Gerichtsschreiberin lic. iur. Kümin Grell

Urteil vom 29. Januar 2021

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
28. Januar 2020 (DG190294)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 30. September 2019 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 46 S. 33 ff.)

1. In Bezug auf die Vorwürfe der Verletzung des Schriftgeheimnisses gemäss Dossier 17 und 22 und des geringfügigen Diebstahls wird das Verfahren eingestellt.
2. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 146 Abs. 2 StGB
 - des mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB
 - der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB
 - der Datenbeschädigung im Sinne von Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu der im Strafbefehl des Untersuchungsamts B. _____ vom 30. Mai 2017 ausgefallten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.00.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Es wird eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störung) während des Vollzuges der Freiheitsstrafe angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 30. September 2019 beschlagnahmten Gegenstände ("C. _____"-Card, Anmeldeformular bei "D. _____ [Internet-Aktionshaus]", "F1. _____"-Karte, Kreditkarte "F. _____", Bankbeleg "G. _____", Kreditkartenantrag "H. _____", Schreiben von "C. _____"; vgl. act HD/7.16) werden eingezogen und vernichtet.

7. Es wird die Abnahme einer DNA-Probe beim Beschuldigten und die Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt und der Beschuldigte verpflichtet, sich innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils bei der Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, I. _____-str. ..., Zürich zur erkennungsdienstlichen Behandlung mit Wangenschleimhautabstrich zu melden.
8. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Schadenersatzbegehren der folgenden Privatklässer im jeweiligen Betrag anerkannt hat:
- J. _____ im Betrag von Fr. 200.00
 - K. _____ im Betrag von Fr. 1'600.00
 - L. _____ im Betrag von Fr. 920.00
 - M. _____ im Betrag von Fr. 450.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 27.12.2016
 - N. _____ im Betrag von Fr. 640.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 20.12.2016
 - O. _____ im Betrag von Fr. 1'760.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 09.06.2016
 - P. _____ im Betrag von Fr. 200.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 23.03.2015
 - Q. _____ im Betrag von Fr. 1'300.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14.12.2016
 - R. _____ im Betrag von Fr. 1'100.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 25.07.2016
 - S. _____ im Betrag von Fr. 171.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 24.11.2016
 - T. _____ im Betrag von Fr. 280.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 25.11.2016
 - U. _____ im Betrag von Fr. 23.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 16.09.2015

- V._____ im Betrag von Fr. 880.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 19.12.2016
 - W._____ im Betrag von Fr. 368.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18.07.2016
 - BA._____ im Betrag von Fr. 1'026.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 05.01.2017
 - BB._____ im Betrag von Fr. 2'100.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 28.07.2016. Im Mehrbetrag wird das Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
 - BC._____ im Betrag von Fr. 1'200.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 08.12.2016
 - D._____.ch AG im Betrag von Fr. 1'895.45
 - BD._____ im Betrag von Fr. 486.30 (inkl. Betr.-Kosten) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11.11.2016
 - BE._____ AG im Betrag von Fr. 346.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 02.09.2016
 - BF._____ im Betrag von Fr. 280.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18.11.2016
9. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Privatkläger BF._____ eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.00 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Begehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
10. Die Genugtuungsbegehren
- der Privatklägerin Q._____ im Betrag von Fr. 600.00
 - des Privatklägers V._____ im Betrag von Fr. 500.00
 - der Privatklägerin BB._____ im Betrag von Fr. 1'000.00
- werden abgewiesen.

11. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 4'000.00 die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.00 Gebühr Anklagebehörde
- Fr. 16'334.00 Auslagen Anklagebehörde
- Fr. 8'000.00 Kosten amtliche Verteidigung (A-Konto-Zahlung)
- Fr. weitere Kosten amtliche Verteidigung (noch offen)

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

- 12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
- 13. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
- 14. Über die Kosten der amtlichen Verteidigung wird mit separatem Beschluss entschieden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 65 S. 1)

- «1. Der Berufungskläger sei in Abänderung von Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Januar 2020 zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu CHF 30 als Zusatzstrafe zu der im Strafbefehl des Untersuchungsamts B._____ vom 30. Mai 2017 ausgefallten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30, zu bestrafen;
- 2. Die Geldstrafe sei in Abänderung von Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Januar 2020 aufzuschieben und eine Probezeit von 4 Jahren anzusetzen;
- 3. In Abänderung von Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Januar 2020 ist eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störung) anzuordnen.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens (inkl. der Kosten für die amtliche Verteidigung inkl. MWSt) seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 51 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Verfahrensgang

Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 28. Januar 2020 wurde der Beschuldigte A._____ des gewerbsmässigen Betrugs sowie weiterer, damit im Zusammenhang stehender Delikte schuldig gesprochen. Die Vorinstanz entschied auf eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe von 30 Monaten (als Zusatzstrafe zu einer im Jahr 2017 ausgefallten Geldstrafe). Mit Blick auf die beim Beschuldigten diagnostizierte psychische Störung ordnete sie eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB an, welche während des Vollzugs der Freiheitsstrafe durchzuführen sei. Ferner _____ stellte _____ die Vorinstanz das Verfahren in Bezug auf verjährte Übertretungen ein; sie entschied über die gestellten Zivilforderungen und traf noch weitere Entscheide, welchen hier höchstens untergeordnete Bedeutung zukommt (Urk. 46 S. 33 ff.).

Zum Verfahrensgang bis zum erstinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 46 E. I/1 S. 7 f.).

Am 29. Januar 2020 und damit innert der gesetzlichen Frist liess der Beschuldigte Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 37). Das begründete Urteil wurde der Verteidigerin am 23. April 2020 zugestellt (Urk. 44/2). Mit Eingabe vom 12. Mai 2020 reichte sie innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung ein (Urk. 48).

Mit Präsidialverfügung vom 15. Mai 2020 wurde die Berufungserklärung sowohl all jenen Privatklägern, die mit ihren Zivilforderungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht bzw. nicht vollumfänglich durchdrangen (Privatkläger 7 [BF.____], 12 [Q.____], 15 [D.____.ch AG], 20 [V.____] und 24 [BB.____]), als auch der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zugestellt (Urk. 50/1–7), um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die

Berufung zu beantragen (Urk. 49). Die Anklagebehörde teilte darauf, am 25. Mai 2020 mit, dass auf Anschlussberufung verzichtet werde (Urk. 51). Als Verzicht auf Anschlussberufung ist auch der Brief von BF. _____ vom 5. Juni 2020 (Urk. 52) zu verstehen (vgl. Urk. 53). Die weiteren angeschriebenen Privatkläger liessen sich innert Frist nicht vernehmen (vgl. Urk. 53 und 54/1–3).

Am 13. August 2020 wurde zur Berufungsverhandlung auf den heutigen Tag vorgeladen (Urk. 56). Mit Gesuch vom 26. Januar 2021 liess der Beschuldigte um Dispensation von der Berufungsverhandlung ersuchen; diesem wurde stattgegeben (Urk. 60 f.). Nachdem sich auch die Vertreterin der Anklagebehörde hatte dispensieren lassen, erschien einzig die Verteidigerin zur Berufungsverhandlung (Urk. 51 und 55 sowie Prot. II S. 4 f.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 7 ff.).

2. Umfang der Berufung

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-EUGSTER, Art. 402 N 1 f.).

Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung auf den Sanktionspunkt beschränkt (Urk. 48 S. 4). Die Anklagebehörde beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheids (Urk. 51).

Somit ist im Berufungsverfahren einzig der Sanktionspunkt (Dispositivziffern 3, 4 und 5) angefochten, während sämtliche anderen Dispositivziffern des vorinstanzlichen Urteils unangefochten blieben. Der Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab festzustellen (Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO sowie Art. 404 StPO).

Im angefochtenen Punkt ist das Urteil hingegen im Sinne von Art. 398 Abs. 2 StPO unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 StPO) umfassend zu überprüfen.

II. Strafzumessung

1. Ausgangslage

1.1. Die Anklagebehörde beantragte im Hauptverfahren eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten als Zusatzstrafe zu der am 30. Mai 2017 vom Untersuchungsamt B._____ ausgefallten Geldstrafe (Prot. I S. 25 i.V.m. Urk. 33 S. 1).

Demgegenüber beantragte die Verteidigerin vor Vorinstanz zur Bestrafung, es sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu Fr. 30.–, ebenfalls als Zusatzstrafe, zu belegen, wobei der bedingte Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren zu gewähren sei (Prot. I S. 25 i.V.m. Urk. 34 S. 2).

In Bezug auf die Strafe folgte die Vorinstanz den Anträgen der Anklagebehörde (Urk. 46 S. 33).

1.2. In ihrer Berufungserklärung führte die Verteidigung sinngemäss aus, dass sie die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe (Dispositivziffer 3) angesichts eingeschränkter Schuldfähigkeit und «relativ tiefer» Deliktssumme als zu hoch hält (Urk. 48 S. 4). Wie schon erwähnt beantragt die Anklagebehörde die Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Ihr zufolge hat die Vorinstanz sämtliche Faktoren der bundesgerichtlichen Vorgaben der Strafzumessung richtig berücksichtigt (Urk. 51).

An der heutigen Berufungsverhandlung beantragte die Verteidigung nunmehr eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.– und machte zusammengefasst folgende Vorbringen zu ihrem Standpunkt: Bereits das objektive Verschulden des Beschuldigten hinsichtlich des gewerbsmässigen Betrugs sei lediglich als geringfügig zu qualifizieren. Weiter sei auf den bereits vor Vorinstanz eingereichten Aufsatz von Staatsanwältin Tanja Graber-Inniger abzustellen, gemäss welchem beim vorliegenden Deliktsbetrag von einer Referenzstrafe von 130 Strafeinheiten auszugehen sei. Unter Berücksichtigung der verminderten Schuldfähigkeit sei für den gewerbsmässigen Betrug insgesamt eine Einsatzstrafe von 100 Strafeinheiten festzusetzen (Urk. 65 S. 2 ff.). In Bezug auf den betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage sei zu beachten,

dass der entstandene Schaden «sehr, sehr geringfügig» ausgefallen sei (Urk. 65 S. 5). Auch seien bezüglich der Urkundenfälschung das nicht sonderlich durchtriebene Verhalten des Beschuldigten und der sehr tiefe Deliktsbetrag zu berücksichtigen. Beim Tatbestand der Datenbeschädigung sei gar kein Schaden entstanden. Die monetären Absichten des Beschuldigten betreffend den Betrug dürften nicht nochmals zu seinen Ungunsten gewichtet werden (Urk. 65 S. 5 f.). Hinsichtlich der Täterkomponente müssten entgegen den Erwägungen der Vorinstanz die schwierigen persönlichen Verhältnisse strafmindernd berücksichtigt werden. Dass die Vorstrafen bereits einige Zeit zurückliegen, der Beschuldigte seine Reue mehrfach geäußert und seit mehr als vier Jahren keine weiteren Delikte verübt habe, sei entsprechend zu würdigen (Urk. 65 S. 6 f.).

2. Anwendbares Sanktionenrecht

Auf den 1. Januar 2018 trat die Änderung des Sanktionenrechts gemäss dem Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 in Kraft (AS 2016 1249).

Der Beschuldigte beging die hier zu beurteilenden Strafhandlungen allesamt vor Ende 2017, weshalb sich fragt, ob das alte oder das neue Sanktionenrecht anwendbar ist. Grundsätzlich gilt das Recht, das im Zeitpunkt der Verübung einer Straftat aktuell war (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 StGB; auch völkerrechtlich garantiert mit Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 IPBPR). In der Zwischenzeit neu in Kraft getretene Normen des Strafrechts sind aber, ausnahmsweise, dann anwendbar, wenn sie sich für den Beschuldigten als milder erweisen (Art. 2 Abs. 2 StGB).

Die erwähnte, auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretene Revision hatte im Wesentlichen die Zurückdrängung der Geldstrafen (Maximum von 180 Tagessätzen anstelle von 360 Tagessätzen) und eine grundsätzliche Ausdehnung der Freiheitsstrafen (Regelminimum von drei Tagen anstatt 6 Monaten) zum Inhalt. Auch hat sie gewisse technische bzw. vollzugsrechtliche Auswirkungen.

Für den Beschuldigten würde das neue Sanktionenrecht nicht zu einem mildereren Ergebnis führen, weshalb das tatzeitaktuelle alte Recht anzuwenden ist.

3. Strafzumessungsregeln, Strafraumen

3.1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2 mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Auch im vorinstanzlichen Urteil finden sich zutreffende Erwägungen zur Festsetzung der Strafe bei mehreren Delikten und zum Strafraumen (Urk. 46 E. IV/1.2–1.3 S. 11 f.) sowie zu den Strafzumessungsregeln (Urk. 46 E. IV/2 S. 13). Auch diese brauchen nicht wiederholt zu werden.

Nicht vorbehaltlos zugestimmt werden kann den Ausführungen der Vorinstanz, wonach angesichts des am 30. Mai 2017 ergangenen Strafbefehls des Untersuchungsamtes B._____ ein Fall von retrospektiver Konkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB vorliege, sodass nun eine Zusatzstrafe auszufallen sei (Urk. 46 E. IV/1.1 S. 11; so beantragt auch von der Anklagebehörde, vgl. HD Urk. 18 S. 11). Unter der Prämisse, dass man wie die Vorinstanz für die hier zu beurteilenden Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe gelangt (Urk. 46 E. IV/5.1 S. 20), liegt *kein* Fall von retrospektiver Konkurrenz vor. Geldstrafen und Freiheitsstrafen sind keine gleichartigen Strafen; somit ist die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB nicht möglich. Es ist mit anderen Worten ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszufallen (BGE 137 IV 57 E. 4.3). Die Vorinstanz liess denn auch die Geldstrafe bei der Bildung ihrer Gesamtstrafe rechnerisch unberücksichtigt (vgl. Urk. 46 E. IV/3.5 S. 17 und E. IV/4.5 S. 20), als sie im Ergebnis eine kumulative Gesamtfreiheitsstrafe ausfällte.

Eine Gesamtstrafe ist auszufallen, insoweit sich für alle vom Schuldspruch umfassten Delikte oder gebildete Deliktgruppen die gleiche Strafart aufdrängt (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Busse). Entscheidend ist dabei, ob dies im konkreten Fall für jede einzelne Tat zutrifft. Dass die anwendbaren Strafbestimmungen abstrakt gleiche Strafen androhen, genügt nicht (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1 S. 316,

Urteil des Bundesgerichts 6B_112/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.2 je mit weiteren Hinweisen).

In einem ersten Schritt sind daher die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festzulegen. Erst anschliessend muss geprüft werden, aus welchen Einzelstrafen (Deliktgruppen) Gesamtstrafen zu bilden sind. Im Rahmen der Gesamtstrafenbildung ist auch dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbstständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehensweisen Rechnung zu tragen. Dabei gilt der Grundsatz, dass der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts geringer zu veranschlagen ist, wenn Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.4 S. 237, E. 4.1 und 4.3 S. 239).

Ferner bildete die Vorinstanz bei der Strafzumessung Tatbestandsgruppen (Urk. 46 E. IV/3.2.2 und 3.3.3 S. 15 f.), wie es langjähriger Praxis entsprach. Den jüngsten methodischen Vorgaben des Bundesgerichts entspricht dies aber nicht (vgl. BGE 144 IV 217 E. 3.5.4 S. 236): Jedes Delikt ist separat zu gewichten.

3.2. Als einschlägige Straftatbestände sind vorliegend zu beurteilen:

- gewerbsmässiger Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 146 Abs. 2 StGB,
- betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB,
- Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB sowie
- Datenbeschädigung im Sinne von Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

Der gewerbsmässige Betrug ist von all diesen die schwerste Straftat. Sein ordentlicher Strafraum erstreckt sich von einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bis hin zu einer Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren (so schon die Vorinstanz in Urk. 46 E. IV/1.3 S. 11 f.). Für dieses schwerste Delikt ist somit die Strafe – die Einsatzstrafe – zu bestimmen, wobei sämtliche Tat- und Täterkomponenten zu berücksichtigen sind.

4. Der gewerbsmässige Betrug als Hauptdelikt

4.1. Die Gewerbsmässigkeit nach Art. 146 Abs. 2 StGB beruht auf einer Zusammenfassung verschiedener Betrugsfälle zu einer rechtlichen Einheit (BSK StGB-ARZT, Art. 146 N 214). Ihr qualifiziertes Unrecht begründet den höheren Strafrahmen. Art. 49 StGB ist in Bezug auf die Teilhandlungen nicht anzuwenden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.4.2, mit Hinweis auf BGE 116 IV 121 E. 2b/aa; MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019, N 566).

4.2. Tatkomponenten

4.2.1. Tatverschulden / Objektive Tatschwere

Der Deliktszeitraum beschlägt gut zwei Jahre, von Dezember 2014 bis Januar 2017, wobei es im Frühling 2015 und im Herbst/Winter 2015 zu mehrmonatigen Unterbrüchen kam. Innerhalb dieser Phase bot der Beschuldigte über verschiedene Online-Verkaufsplattformen (D.____.ch,ch,ch) wiederholt Gegenstände zum Verkauf an, über die er gar nicht verfügte.

Bei den – fiktiven – Verkaufsgegenständen handelte es sich um beliebte und damit einfach handelbare Gegenstände wie Einkaufsgutscheine bei Detailhändlern, BG.____-Geschenkkarten/-Gutscheine/-Tageskarten, C.____-Checks.

Zur Untermauerung seiner Leistungsfähigkeit beschrieb der Beschuldigte detailliert die Beschaffenheit der Kaufobjekte und veranschaulichte sie z.B. mit aus dem Internet beschafften Bildern. Teils gab er erfundene Verkaufsgründe an. Wurde er von Interessenten kontaktiert, versicherte er, dass er den Gegenstand noch nicht anderweitig verkauft habe, und gaukelte vor, dass er ihn gleich nach Erhalt der Vorauszahlung versenden werde. Vertrauensvoll zahlten die Käufer ein – bloss, der Beschuldigte liess keine Lieferung folgen. So täuschte er arglistig insgesamt 39 arglose, ihm zuvor nicht bekannte Personen. Im Einzelnen ging es jeweils nicht um einen massiven Vertrauensmissbrauch; dennoch wird die Wut und Enttäuschung bei den Betroffenen in der Regel gross gewesen sein.

Bei diesen Vorschussbetrügen betrieb der Beschuldigte einen nicht unerheblichen Täuschungsaufwand. Auch traf er Vorsorge vor Entdeckung, indem er auf verschiedene Konti einzahlen liess und wechselnde Namen und E-Mail-Adressen verwendete. Sein Verhalten zeugt dementsprechend von einer nicht unerheblichen kriminellen Energie. Von einer besonderen tatsächlichen oder intellektuellen Komplexität bezüglich der Täuschungshandlungen kann aber nicht die Rede sein.

Was die Kaufpreise bei den einzelnen Internet-Handelsgeschäften betrifft, schwankten diese zwischen Fr. 45.– und Fr. 1'760.–. Insgesamt hat der Beschuldigte auf diese Weise Fr. 19'363.– ertrügt.

Als hinzukommende, atypische Einzelhandlungen des gewerbsmässigen Betrugs sind mit in die Gewichtung einzubeziehen: Einerseits dass der Beschuldigte (gemäss Dossier 31) im Sommer 2016 BB._____ unter Vorlage eines gefälschten Hauptmietvertrags arglistig dazu veranlasste, ihm als Untermietzins bzw. Kautionsanteil Fr. 2'100.– bar zu übergeben. Andererseits auch, dass er (gemäss Dossier 44) im Frühling 2017 Nespresso-Artikel unter Verwendung des Namens der Person bestellte, die vor ihm seine Wohnung bewohnte (BH._____), dies im Wissen darum, dass hernach sie die Rechnung über Fr. 63.– für den von ihm konsumierten Kaffee und Zucker erhalten würde. Auch bei diesen Betrugshandlungen ging der Beschuldigte gezielt, strategisch und recht dreist vor.

Dennoch muss die Gewichtung der Vorinstanz (Urk. 46 E. IV/3.1.1 S. 13 f.) in zweierlei Hinsicht relativiert werden: Erstens ist das planmässige Ausnützen von Vertrauen bereits notwendig zur Verwirklichung des Betrugstatbestandes. Dass der Beschuldigte dieses Vertrauen nachgerade «schamlos» ausnützte (so die Vorinstanz, Urk. 46 S. 14), findet – in Übereinstimmung mit der Verteidigung, Urk. 65 S. 2) – keine Stütze im Prozessstoff (vgl. vielmehr Prot. I S. 14, wo der Beschuldigte von schlechtem Gewissen, schlechten Gefühlen spricht). Und wenn – zweitens – der Deliktsbetrag beziffert wird, so widerspiegelt dieser die Verletzung des Rechtsguts resp. geht es um den Vergleich mit anderen Betrugsfällen. Es kann aber mit der Verteidigung (Urk. 65 S. 3) nicht angehen, einen nicht allzu hohen Deliktsbetrag den individuellen Lebensumständen des

Täters gegenüber zu stellen und sodann die *objektive* Tatschwere daran gemessen, hier erhöht zu gewichten. Genauso wenig opportun wäre es, den von einem wohlhabenden Betrüger erzielten Deliktserlös zu bagatellisieren, weil dieser für ihn wenig zusätzlichen Lebensgenuss bedeutete. Festhalten lässt sich aber, dass über die ganze Zeitspanne hinweg der Beschuldigte seine Einkünfte um durchschnittlich rund Fr. 900.– pro Monat aufzubessern vermochte (so die Vorinstanz in Urk. 46 E. IV 3.1.1 S. 14).

4.3. Die Verteidigung moniert wie erwähnt, dass die Vorinstanz in Bezug auf den Deliktsbetrag nicht auf den seitens der Verteidigung eingereichten Aufsatz «Angemessene Strafzumessung im Wirtschaftsstrafrecht» von Staatsanwältin MLaw Tanja Graber-Inniger (Urk. 35/1) und insbesondere auf die darin aufgeführte Tabelle für das Strafmass von Vermögensdelikten eingegangen sei (Urk. 65 S. 3 f.). Hierzu ist festzuhalten, dass der besagte Beitrag zu kurz greift und zu einseitig auf den Deliktsbetrag fokussiert, schützt der Betrugstatbestand doch nicht nur das Vermögen, sondern auch das Vertrauen. Da somit je nach Konstellation eines Sachverhalts die Gewichtung anders ausfällt, kann nicht auf den Beitrag von Staatsanwältin MLaw Graber-Inniger abgestellt werden.

Im ganzen Spektrum denkbarer Deliktskonstellationen bei Fällen von gewerbsmässigem Betrug wiegt die objektive Tatschwere angesichts des Deliktsbetrags, des Tatvorgehens, den Folgen für die Geschädigten und deren Anzahl sowie des Deliktszeitraums gerade noch als leicht, was für eine Strafe im unteren Drittel des Strafrahmens (von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe) spricht.

4.3.1. Subjektive Elemente des Tatverschuldens

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich und offensichtlich aus finanziellen Motiven. Letzteres Kriterium kann ihm indessen wiederum nicht als verschuldenserhöhend angelastet werden, da dies bereits Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ist (Doppelverwertungsverbot; vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.3.2). Zu erwähnen ist aber doch, dass der Beschuldigte nicht aus einer besonderen finanziellen Notlage heraus handelte, spätestens seit er eine IV-Rente und Ergänzungsleistungen bezog (Prot. I S. 9; Urk. 34 Rz 14). Abgesehen davon würden selbst finanziell

knappe Verhältnisse allein sein Tun weder rechtfertigen noch entschuldigen. Das subjektive Tatverschulden vermag damit die objektive Tatschwere in keiner Weise in einem milderen Licht erscheinen zu lassen.

Wenn die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten die Verwerflichkeit seines Verhaltens betont, so ist ihr insofern zwar zuzustimmen, dass die Betrugshandlungen des Beschuldigten (selbstverständlich) zu missbilligen sind. Gleichzeitig ist aber relativierend zu erwähnen, dass sich das Motiv des Beschuldigten nicht als geradezu niederträchtig, schändlich oder gemein bezeichnen lässt, sodass es sich deutlich vom Durchschnitt abheben würde (vgl. MATHYS, a.a.O., N 154). Ein eigener Verschuldenserhöhungsgrund liegt somit nicht vor.

Die gutachterliche Beurteilung aus forensisch psychiatrischer Sicht von Prof. Dr. med. Bl._____ gemäss dessen Gutachten vom 10. Juli 2019 (HD Urk. 9.10) ergab, dass mit Blick auf die diagnostizierte schwerwiegende kombinierte Persönlichkeitsstörung beim Beschuldigten bei allen Delikten zwar von einer intakten Einsichtsfähigkeit, aber von einer leicht verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen sei. Die Vorinstanz hat die Hauptaussagen des Gutachtens zutreffend zusammengefasst (Urk. 46 E. IV/1.5 S. 12), worauf verwiesen werden kann (siehe auch E. IV/2 unten). Die auf das Gutachten gestützte Annahme einer leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit (Urk. 46 E. IV/1.5 S. 12 unten) ist nicht zu beanstanden. Daraus ergibt sich ein geringerer Schuldvorwurf, was im Ergebnis zu einer tieferen Strafe führen muss (Art. 19 Abs. 2 StGB i.Vm. Art. 48a StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.5). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts führt eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit in der Regel dazu, dass der Verschuldensgrad eine Stufe tiefer eingeordnet wird (BGE 136 IV 55 E. 5.6). Hier liegen keine besonderen Umstände vor, aufgrund derer man von diesem groben Raster abweichen sollte.

4.3.2. Somit ist beim gewerbsmässigen Betrug von einem *eher leichten* Tatverschulden auszugehen, was einer hypothetischen verschuldensangemessenen Strafe für das Hauptdelikt von 15 Monaten Freiheitsstrafe entspricht.

4.4. Täterkomponenten

4.4.1. Was den Lebenslauf und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten anbelangt, kann grundsätzlich auf das forensisch-psychiatrische Gutachten (HD Urk. 9.10, S. 26 ff. und S. 55 ff.) und auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 46 E. IV/4.2 S. 17 f.) verwiesen werden. Zur Zeit befindet sich der Beschuldigte in stationärer Behandlung in der Psychiatrischen Klinik BJ._____ (Urk. 61).

Es besteht kein Zweifel, dass die schwierige Jugend des Beschuldigten seine Persönlichkeitsentwicklung schwer gestört und dies seine Straffälligkeit begünstigt hat. Dies geht auch aus dem forensisch-psychiatrischen Gutachten klar hervor (vgl. etwa HD Urk. 9.10 S. 81 unten und S. 88). Diese Umstände führten aber bereits zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit und zeitigen nicht noch zusätzlich Auswirkungen auf die Strafzumessung. Deshalb ist mit der Vorinstanz (Urk. 46 E. IV/4.2 S. 18) festzuhalten, dass sich aus dem Lebenslauf und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten lassen.

4.4.2. Den Vorstrafen kommt bei der Strafzumessung allgemein eine wichtige Rolle zu (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 130). Wer ungeachtet früherer Verurteilungen wiederum straffällig wird, erscheint als unbelehrbar und als uneinsichtig. Die Gültigkeit der Rechtsnormen ist dem Beschuldigten bereits persönlich verdeutlicht worden. Als Wiederholungstäter kennt er die Schädlichkeit seines Tuns wie auch die entsprechende soziale Missbilligung. Dies gilt umso mehr für einschlägige Vorstrafen. Erneute Delinquenz auf dem gleichen Gebiet indiziert

eine besondere Unbelehrbarkeit und Uneinsichtigkeit (MATHYS, a.a.O., N 320 und 322, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Der Beschuldigte weist einschlägige Vorstrafen aus dem Bereich der Vermögensdelikte auf (Urk. 47):

- Am 25. Juni 2004 wurde er vom Obergericht des Kantons Zürich mit einer Zuchthausstrafe von 22 Monaten und einer ambulanten Behandlung wegen gewerbsmässigem Betrug, Betrug, betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage, gewerbsmässigem betrügerischen Missbrauch

einer Datenverarbeitungsanlage, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Zechprellerei, Diebstahl und mehrfacher Sachentziehung belegt.

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons BK._____, Region BL._____, vom 25. Mai 2012 wurde der Beschuldigte wegen mehrfachem Betrug und mehrfachem Check- und Kreditkartenmissbrauch mit einer bedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 75.– bei einer Probezeit von 4 Jahren (wobei der bedingte Vollzug inzwischen widerrufen wurde) und mit einer Busse von Fr. 600.– bestraft.
- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Juli 2014 wurde der Beschuldigte sodann wegen Betrugs und gewerbsmässigem Betrug zu gemeinnütziger Arbeit im Umfang von 720 Stunden verurteilt.
- Zuletzt wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes B._____ vom 30. Mai 2017 mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– wegen Betrugs belegt (Urk. 47).

Letztere Vorstrafe wurde erst nach der Begehung der letzten der hier zu beurteilenden Taten (Dossier 44) verhängt. Daher darf sie sich nicht strafehöhend auswirken. Aber auch wenn man diese letzte Vorstrafe unbeachtet lässt, zeigt das Vorstrafenregister, dass sich der Beschuldigte durch die bisherigen Sanktionen nicht nachhaltig beeindruckt liess, sondern nach unterschiedlich langen Phasen des Wohlverhaltens wieder ins selbe Muster zurückfiel. Nach der bedingten Entlassung aus dem Freiheitsentzug am 21. Juli 2005 dauerte diese Phase des Wohlverhaltens noch knapp vier Jahre, bis es im Sommer 2009 erneut zu Betrugshandlungen kam. Die Ausfällung einer bedingten Geldstrafe am 25. Mai 2012 scheint dann wenig Eindruck hinterlassen zu haben; bereits sechs Monate später kam es wieder zu Betrugshandlungen. Auch die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit am 9. Juli 2014 führte nicht zum erwünschten Effekt; bereits rund fünf Monate später delinquierte der Beschuldigte erneut einschlägig (vgl. Urk. 47; ähnlich schon die Vorinstanz in Urk. 46 E. IV/4.3 S. 19). Vor allem die in der jüngeren Vergangenheit gezeigte Renitenz muss zu einer spürbaren Straferhöhung führen. Deren Ausmass hat sich vornehmlich nach den bisherigen Strafen zu richten, welche ihre Wirkung offenkundig verfehlt haben

(MATHYS, a.a.O., N 325). Gerechtfertigt erscheint eine Erhöhung der Einsatzstrafe um fünf Monate.

4.4.3. Den Ausführungen der Vorinstanz zum frühen Geständnis, zur Kooperation des Beschuldigten während des Verfahrens und zu seiner Einsicht und Reue (Urk. 46 E. IV/4.4 S. 19 f.) kann grundsätzlich beigespflichtet werden.

Positiv zum Nachtatverhalten ist ergänzend noch zu vermerken, dass es – soweit bekannt – seit der letzten Betrugshandlung vom 24. März 2017 (Dossier 44) zu keinen Gesetzesverstössen mehr kam. Das sind nun bald vier Jahre, in welchen sich der Beschuldigte in Freiheit befand und sich wohlverhielt. Auch der Umstand, dass er sich selber für eine stationäre Massnahme aussprach (Prot. I S. 21), zeigt, dass er glaubhaft bereit ist, seine Taten vertieft zu reflektieren, und dass eine gewisse Einsicht in die Problematik seines deliktischen Verhaltens besteht. Wenngleich dieses Nachtatverhalten noch keine besondere Leistung darstellt, die strafmindernd zu berücksichtigen wäre, so gibt es damit doch Anzeichen dafür, dass ein positiver persönlicher Entwicklungsprozess angestossen sein könnte.

Für das Nachtatverhalten erscheint insgesamt eine Strafminderung von 5 Monaten gerechtfertigt.

4.4.4. Weitere strafzumessungsrelevante Faktoren sind nicht ersichtlich.

4.5. Einsatzstrafe

Bei den täterbezogenen Gründen halten sich die strafehöhenden und die strafmindernden die Waage. Für den gewerbsmässigen Betrug – für sich betrachtet – wären damit 15 Monate Freiheitsstrafe die angemessene Strafe.

5. Nebendelikte

5.1. Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage / Dossier 1

Unter Verwendung des Namens und der Wohnadresse von BM._____, bei welcher der Beschuldigte kurze Zeit lang zur Untermiete lebte, erstellte er bei der Online-Verkaufsplattform D._____.ch ein Konto mit dem Benutzernamen «BM._____ _...» und tätigte darüber diverse Verkäufe, wofür er hernach die

aufgelaufenen Gebühren nicht bezahlte. So entstand der Geschädigten ein (vergleichsweise noch geringfügiger) Schaden von Fr. 239.75. Die Art und Weise, wie die Tat verübt wurde, zeigt die einschlägige Erfahrung des Beschuldigten in dieser Art von Delikten. Der Eingriff in die Persönlichkeit der Geschädigten war indessen noch gering, wenngleich solch respektloses Verhalten bei der betroffenen Person verständlicherweise einige Empörung auslöst.

Subjektiv ging der Beschuldigte mit direktem Vorsatz vor, offensichtlich um seine Identität zu verschleiern, letztlich aus finanziellen Motiven. Mit der Vorinstanz ist auf eine beachtliche kriminelle Energie zu schliessen. Einzig die leicht verminderte Schuldfähigkeit des Beschuldigten reduziert die Vorwerfbarkeit des objektiven Tatverschuldens, gleich wie beim gewerbsmässigen Betrug. Im Rahmen der möglichen Deliktssituationen dieses Tatbestands (bei einem Strafrahmen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) ist von einem sehr leichten vorwerfbaren Verschulden auszugehen. Die Täterkomponenten wirken sich wiederum neutral aus; es kann auf E. II/4.3 oben verwiesen werden. Nur für sich betrachtet – noch ohne Bezüge zu den weiteren Delikten – wäre hierfür eine Sanktion von 90 Strafeinheiten angemessen.

5.2. Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage / Dossier 17

Der Beschuldigte liess sich deliktisch erlangte Gelder auf zwei Konti seiner Untervermieterin BN._____ überweisen und bezog dann unter Verwendung ihrer Kontokarten Bargeld ab den beiden Konti, wodurch ein Minussaldo von Fr. 346.– entstand. Ähnlich wie bei Dossier 1 hinterging der Beschuldigte unverfroren seine Mitbewohnerin, wobei er hier noch auf zwei Bankkonti griff, was gegenüber Dossier 1 leicht gravierender ist. Es ging zwar auch hier nicht um sehr viel Geld, und der Eingriff in die Persönlichkeit ist noch eher gering, doch sein Verhalten dürfte bei der betroffenen Person einige Irritation ausgelöst haben.

Was die subjektive Seite und auch die Täterkomponenten betrifft, kann auf die Ausführungen zum Dossier 1 bzw. auf E. II/4.2.2 und 4.3 verwiesen werden. Allein hierfür wäre bei ebenfalls noch sehr leichtem vorwerfbarem Verschulden eine Sanktion von 120 Einheiten angemessen.

5.3. Urkundenfälschung / Dossier 4

Der Beschuldigte fälschte die Unterschrift seiner Bekannten, BO._____, auf einem Vollmachtsformular betreffend sein Bankkonto. Es entstand dabei kein Schaden. Nebst der Täuschung der Bank geht es auch hier um ein Hintergehen einer persönlich bekannten Person (BO._____).

Wiederum handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz und war sein Motiv letztlich finanzieller Natur. Es kann auf die Ausführungen zum Dossier 1 bzw. auf E. II/4.2.2 und 4.3 verwiesen werden. Allein hierfür wäre bei ebenfalls sehr leichten vorwerfbaren Verschulden (angesichts eines Strafrahmens bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) eine Sanktion von 90 Einheiten angemessen.

5.4. Urkundenfälschung / Dossier 31

Der Beschuldigte fälschte eine Mietvertragsurkunde bezüglich der von ihm gemieteten Wohnung. Er gab auf dem gefälschten Vertragsdokument eine falsche Vermieterschaft/Vertretung ein und fälschte die Unterschrift des angeblichen Vermieters. Zweck davon war, seiner Untermieterin BB._____ die wahre Vermieterschaft zu verheimlichen.

Auch hier handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz und war sein Motiv letztlich finanzieller Natur. Es kann auf die Ausführungen soeben zum Dossier 1 bzw. auf E. II/4.2.2 und 4.3 verwiesen werden. Allein hierfür wäre bei ebenfalls sehr leichtem vorwerfbaren Verschulden (angesichts eines Strafrahmens bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) eine Sanktion von 90 Einheiten angemessen.

5.5. Datenbeschädigung / Dossier 22

Der Beschuldigte änderte (unter Verwendung widerrechtlich beschaffter Zugangsdaten) über das Online-Kundenportal der C._____ die Adressdaten seiner Mitbewohnerin BO._____ und beschädigte so den Datensatz. Auch hier hinterging der Beschuldigte recht dreist seine Mitbewohnerin und wirkte auf den Bestand von Daten ein. Zu einem Schaden kam es dadurch (noch) nicht.

Auch hier handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz und war sein Motiv letztlich finanzieller Natur. Es kann auf die Ausführungen soeben zum Dossier 1

bzw. auf E. II/4.2.2 und 4.3 verwiesen werden. Allein hierfür wäre bei ebenfalls sehr leichtem vorwerfbaren Verschulden (angesichts eines Strafrahmens bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe) eine Sanktion von 30 Einheiten angemessen.

5.6. Strafart der Nebendelikte

In Bezug auf die Wahl der Strafart ist festzuhalten, dass die zu sanktionierenden Nebendelikte Tatbestände betreffen, für die – abstrakt – sowohl Freiheitsstrafe als auch Geldstrafe angedroht ist. Beim Beschuldigten handelt es sich um einen Wiederholungstäter, bei dem davon ausgegangen werden muss, dass er sich wiederum nicht belehren liesse bloss mit einer Geldstrafe. Zudem ist aufgrund der prekären finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten und der zu erwartenden hohen Gesamtstrafe davon auszugehen, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden könnte. Es wären somit ausnahmsweise kurze unbedingte Freiheitsstrafen im Sinne von Art. 41 Abs. 1 aStGB auch für die Nebendelikte angezeigt (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 6B_112/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.2).

Hinzu kommt, dass eine Freiheitsstrafe im vorliegenden Fall in ihrer konkreten Auswirkung auf den Beschuldigten nicht a priori den stärkeren Grundrechtseingriff als eine (unbedingte) Geldstrafe darstellt. Wie zu zeigen sein wird, ist eine ambulante Massnahme (zur Behandlung der psychischen Störung) im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen (vgl. E. IV/3 unten). Der Vollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe wird vorliegend im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB zu Gunsten der Massnahme aufzuschieben sein (dazu unten E. IV/4). Eine *unbedingte* Geldstrafe – und nur eine solche käme vorliegend überhaupt in Betracht (dazu sogleich E. III) – würde demgegenüber ebenso zwingend parallel zur Massnahme vollzogen. Bei positivem Massnahmenverlauf würde die Freiheitsstrafe definitiv nicht (mehr) vollzogen (vgl. Art. 63b Abs. 1 StGB); diesfalls ist der Verzicht auf den Strafvollzug obligatorisch (BSK StGB I-HEER, Art. 63b N 2). In dieser Konstellation erweist sich – unter der Prämisse eines positiven Massnahmenverlaufs – eine Freiheitsstrafe als die mildere geeignete, schuldangemessene Strafe im Vergleich zur Geldstrafe. Wenn es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Sanktionswahl auch auf die

«Auswirkungen auf den Täter» ankommt, dann haben diese eben angestellten Überlegungen konsequenterweise bei der Bestimmung der Sanktionsart einzufließen, sind doch die Auswirkungen auf den Täter im Falle einer zu vollziehenden Geldstrafe massiver als im Falle einer nichtvollzogenen Freiheitsstrafe (OGer ZH SB150125-O/U vom 2. Februar 2016 E. 3.8.4 S. 17).

6. Festsetzung der definitiven Gesamtstrafe

Da sich für alle vom Schuldspruch umfassten Delikte gleichartige Strafen, nämlich Freiheitsstrafen aufdrängen, ist in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB eine Gesamtstrafe auszufällen. Eine Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten vom 30. Mai 2017 ausgefallten Geldstrafe fällt damit ausser Betracht.

Vorliegend kommt den Nebendelikten zwar verschuldensmässig selbstständige Bedeutung zu, handelt es sich doch um eigenständige, in echter Gesetzeskonkurrenz zum Hauptdelikt stehende Straftatbestände mit spezifischen Strafandrohungen. Gleichwohl stehen die Nebendelikte als Begleitdelikte bzw. Vertuschungshandlungen in einem engen sachlichen, zeitlichen und situativen Zusammenhang mit dem Hauptdelikt des gewerbsmässigen Betrugs. Das gilt namentlich für die Verstösse gegen Art. 147 StGB, welcher Tatbestand jenem von Art. 146 StGB nachgebildet ist. Demgegenüber haben die Urkundendelikte doch noch eine gewisse Eigenständigkeit, weshalb die entsprechenden Einsatzstrafen bei der Asperation im Umfang von zwei Dritteln berücksichtigt werden. Der «Gesamtschuldbeitrag» aller Nebendelikte ist gering. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erscheint folgende Rechnung angemessen:

<i>Delikt:</i>	<i>Einsatzstrafe bzw. bei Einzelbetrachtung</i>	<i>asperiert</i>
gewerbsmässiger Betrug / HD	15 Mt.	(15 Mt.)
Betr. Missbr. DVA / Dossier 1	3 Mt.	1½ Mt.
Betr. Missbr. DVA / Dossier 17	4 Mt.	2 Mt.
Urkundenfälschung / Dossier 4	3 Mt.	2 Mt.
Urkundenfälschung / Dossier 31	3 Mt.	2 Mt.
Datenbeschädigung / Dossier 22	1 Mt.	½ Mt.

29 Mt.	23 Mt.
--------	--------

Weitere strafzumessungsrelevante Faktoren in den Täterkomponenten, die erst jetzt, über alles gesehen, beurteilt werden könnten, sind nicht ersichtlich. Es erscheint somit eine Freiheitsstrafe von 23 Monaten angemessen.

III. Strafvollzug

1. Ausgangslage

Die Verteidigung beantragt, es sei der Vollzug der (Geld-)Strafe aufzuschieben und eine Probezeit von vier Jahren anzusetzen. Sie macht dabei sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe dem mehrere Jahre lang andauernden Wohlverhalten des Beschuldigten zu wenig Rechnung getragen (Urk. 48 S. 4, Urk. 65 S. 7 f.). Dem hält die Anklagebehörde unter Verweis auf die von der Verteidigung unangefochten gebliebene Massnahme entgegen, dass eine Kombination von bedingter Strafe und Anordnung einer ambulanten Massnahme rechtlich unmöglich sei (Urk. 51).

2. Bedingter / teilbedingter Strafvollzug

2.1. Nach Art. 42 aStGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Abs. 1). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2). Für den bedingten Vollzug nach Art. 42 Abs. 1 aStGB genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose, das heisst die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5 f.).

Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (vgl. dazu im Einzelnen BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5 mit Hinweisen). Zur Erstellung dieser Prognose sind

die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Umstände, welche Rückschlüsse auf den Charakter und die Bewährungsaussichten des Täters erlauben, zu berücksichtigen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5).

2.2. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe zwischen einem Jahr und höchstens drei Jahren auch nur *teilweise* aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 aStGB).

Materiell wird auch bei der Gewährung des teilbedingten Vollzugs das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt, mithin die Abwesenheit der Befürchtung, dass der Täter sich nicht bewähren werde. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss ein Teil der Strafe bedingt aufgeschoben werden. Andererseits ist bei einer (klar) schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008 E. 3.1.2 f.).

2.3. Einen bedingten Aufschub des Strafvollzugs im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB schloss die Vorinstanz bereits wegen Fehlens der objektiven Voraussetzung dafür aus; die von ihr verhängte Freiheitsstrafe lag höher als zwei Jahre. In Bezug auf die heute auszufällende Strafe wäre die objektive Voraussetzung sowohl bei einem bedingten wie auch bei einem teilbedingten Vollzug erfüllt.

2.4. Was die materielle Voraussetzung anbelangt, ist festzuhalten, dass beim Beschuldigten eine günstige Prognose vermutet wird, Art. 42 Abs. 2 aStGB mithin nicht zur Anwendung gelangt, weil der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre vor den Taten weder zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde (vgl. Urk. 47). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass 720 Stunden gemeinnützige Arbeit nach Art. 39 Abs. 2 aStGB zwar dem Schweregrad von 180 Tagessätzen Geldstrafe entspricht, nach

dem klaren Wortlaut des Gesetzes eine solche vorangegangene Verurteilung aber nicht zur Anwendung von Art. 42 Abs. 2 aStGB führt.

In den mehreren einschlägigen Vorstrafen hat die Vorinstanz Umstände erblickt, die sie – entgegen der Vermutung – zur Annahme einer ungünstigen Legalprognose führten. Daran ändere auch nichts (so sinngemäss die Vorinstanz), dass der Beschuldigte soweit ersichtlich seit der letzten gegen ihn ausgesprochenen Strafe vor 2½ Jahren (retrospektiv ab dem Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung vom 28. Januar 2020) nicht mehr delinquent habe (Urk. 46 E. V/2 S. 22).

Im Ergebnis ist den Erwägungen der Vorinstanz zu folgen. Auch der Gutachter schätzt das Risiko, dass der Beschuldigte erneut ähnlich gelagerte (Vermögens-) Delikte begehen wird, als hoch ein (HD Urk. 9.10 S. 95). Zwar gilt es zu beachten, dass die Gerichte bei der Prognosebeurteilung aus dem Strafregister entfernte Urteile nicht zulasten des Betroffenen verwenden dürfen (BGE 135 IV 87 E. 2.4 S. 91 f.; vgl. HD Urk. 9.10 S. 23). Dass eine Schlechtprognose vorliegt, zeigt sich aber bereits darin, dass der Gutachter den Beschuldigten für massnahmebedürftig hält (HD Urk. 9.10 S. 96). Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen. Mithin bedeutet die Anordnung einer Massnahme, wie das Bundesgericht konstant erwägt, zugleich eine ungünstige Prognose, so dass eine gleichzeitig ausgefallte Strafe weder bedingt gemäss Art. 42 noch teilbedingt gemäss Art. 43 StGB aufgeschoben werden kann. Dies gilt auch, wenn eine ambulante Massnahme ausgesprochen wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_652/2016 vom 28. März 2017 E. 3; BGE 135 IV 180 E. 2.3 S. 186 f. mit Hinweisen [= Pra 2010 Nr. 44]; BSK StGB-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 25).

Da vorliegend – wie zu zeigen sein wird – entsprechend den nachvollziehbaren Empfehlungen des Gutachters aufgrund der Schlechtprognose eine ambulante therapeutische Massnahme anzuordnen ist, scheidet in Nachachtung der dargestellten bundesgerichtlichen Praxis – auf welche zu Recht auch die Anklage-

behörde verwies (Urk. 51) – die Ausfällung des bedingten wie auch des teilbedingten Strafvollzugs von vornherein aus.

IV. Massnahme

1. Ausgangslage

Die Verteidigung wehrt sich an sich nicht gegen die von der Vorinstanz angeordnete ambulante Massnahme; sie hält aber dafür, dass aufgrund der nach ihr auszufällenden bedingten Geldstrafe der zweite Satzteil (hinsichtlich der vollzugsbegleitenden Durchführung) wegfallen müsse (Urk. 48 S. 4, Urk. 65 S. 8; zum Standpunkt der Anklagebehörde diesbezüglich vgl. Urk. 51).

2. Gutachten: Zusammenfassung der Erkenntnisse

2.1. Wie bereits erwähnt, liegt ein von der Anklagebehörde in Auftrag gegebenes (HD Urk. 9.1) forensisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten im Recht. Dieses datiert vom 10. Juli 2019 und äussert sich zur Frage einer psychischen Störung, zur Schuldfähigkeit, zur Rückfallgefahr und zur Notwendigkeit einer möglichen Massnahme (a.a.O. S. 20 ff.). Das Gericht hat das Gutachten grundsätzlich frei zu würdigen, jedoch darf es in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe davon abweichen (BGE 141 IV 369 E. 6.1 S. 372 f.; 139 II 185 E. 9.2 S. 197).

2.2. Zur Frage einer psychischen Störung beim Beschuldigten stellt das Gutachten (a.a.O. S. 72) für die Tatzeitpunkte und auch fortbestehend die Diagnose

- einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit dissozialen, histrionischen und narzisstischen Merkmalen (ICD-10: F61.0) sowie
- einer Dysthymia (chronisch depressive Verstimmung; ICD-10: F34.1).

Dabei komme der Dysthymia im Rahmen der inkriminierten Straftaten nur untergeordnete Bedeutung zu (a.a.O. S. 88 oben); sie bleibe aber für die künftige Behandlung relevant (a.a.O. S. 89).

Demgegenüber bestehe zwischen der kombinierten Persönlichkeitsstörung und dem straffälligen Verhalten ein kausaler Zusammenhang; sie könne als handlungsleitende Komponente betrachtet werden (a.a.O. S. 89 und 95).

2.3. Zur Rückfallgefahr äussert sich das Gutachten folgendermassen:

Positiv anzumerken sei zunächst, dass der Beschuldigte unter dem Eindruck des laufenden Verfahrens und der Androhung von strafrechtlichen Sanktionen in der Lage gewesen sei, sein delinquentes Verhalten zu modifizieren. Offenbar (laut den Ausführungen des Beschuldigten) sei es seit 2017 zu keinen weiteren Delikten gekommen. Zudem habe die IV-Berentung zur Beruhigung der angespannten finanziellen Situation geführt (a.a.O. S. 91).

Als prognostisch ungünstig zu erachten sei aber, dass die begangenen Taten letztlich Ausdruck einer eingeschliffenen Verhaltensbereitschaft darstellten, welche als Teil der kombinierten Persönlichkeitsstörung zu sehen sei. Unter Beachtung der Vorgeschichte sei von einem überdurchschnittlichen Rückfallrisiko auszugehen (a.a.O. S. 91).

Eine positive Kriminalprognose bzw. die Reduktion von künftigem Fehlverhalten hänge von der psychotherapeutischen Modifikation der handlungsleitenden Schemata, der Erarbeitung funktionaler Verhaltensweisen sowie der Erarbeitung einer Einsicht in das Fehlverhalten ab. Der Beschuldigte habe sich schon verschiedenen Behandlungen mit unterschiedlichen Ansätzen unterzogen. Es bleibe daher fraglich, ob er gewillt sei, sich mit eigenen problematischen Persönlichkeitsanteilen und deren Auswirkungen auseinander zu setzen. Allgemein gelte die therapeutische Erreichbarkeit von Menschen mit Betrugsdelikten aufgrund deren manipulativen Geschicks als eher gering; ähnlich verhalte es sich in Bezug auf die Therapierbarkeit der zugrundeliegenden kombinierten Persönlichkeitsstörung (a.a.O. S. 92).

Neben der deutlich mangelnden Selbststrukturierungsfähigkeit bestehe beim Beschuldigten (mit Blick auf seine wechselnden Wohnsitze und das Fehlen sowohl einer Arbeitsstelle als auch eines stabilen sozialen Bezugsrahmens) auch keine externe Struktur oder Kontrolle. Dies lege neben psychotherapeutischen auch den Bedarf an sozialpsychiatrischen und betreuerischen Massnahmen nahe.

Als notwendig erachtet würden hierzu insbesondere eine engmaschige Betreuung durch den Bewährungsdienst sowie sozialpsychiatrische Massnahmen zur Alltagsstrukturierung (geschützter Arbeitsplatz). Angesichts der finanziellen Schwierigkeiten könne auch eine Beistandschaft in Betracht gezogen werden.

Obwohl Skepsis bestehe, ob es möglich sei, mittels einer forensisch-psychiatrischen Massnahme auf das Fehlverhalten des Beschuldigten einzuwirken, rechtfertige das Fortbestehen der deliktrelevanten Problematik die Anordnung einer ambulanten psychotherapeutischen Intervention. Zusätzlich dürfte eine möglichst lange Bewährungszeit geeignet sein, den Beschuldigten von weiteren Delikten abzuhalten (a.a.O. S. 92 f., zu Letzterem vgl. auch S. 97).

2.4. Was Art und Ausgestaltung der Massnahme anbelangt, so erachtet der Gutachter eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB für sinnvoll. Eine stationäre Behandlung nach Art. 59 StGB sei nicht erforderlich bzw. hinsichtlich der Erfolgsaussichten im Vergleich zur ambulanten Massnahme nicht obliegen (a.a.O. S. 93). Aus forensisch-psychiatrischer Sicht seien strukturgebende Massnahmen sowie eine psychotherapeutische Behandlung in einer ambulanten Einrichtung mit Expertise in der Behandlung von Persönlichkeitsstörungen und forensischen Patienten zu empfehlen. Als sozialpsychiatrische Massnahmen würden ausserdem eine Alltagsstrukturierung (geschützter Arbeitsplatz) und eine Beistandschaft hinsichtlich finanzieller Fragen als sinnvoll erachtet (a.a.O. S. 93).

3. Ambulante Massnahme, Art. 63 StGB: Voraussetzungen

Wenn ein Täter an einer schweren psychischen Störung leidet, so kann das Gericht eine ambulante Behandlung anordnen, wenn der Täter eine mit Strafe bedrohte Tat begangen hat, die mit der Störung in Zusammenhang steht und zudem zu erwarten ist, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit der Störung in Zusammenhang stehenden Taten begegnen (Art. 63 Abs. 1 StGB).

Gestützt auf das eingeholte psychiatrische Gutachten (HD Urk. 9.10) lassen sich alle Voraussetzungen für die Anordnung einer ambulanten therapeutischen Behandlung bejahen. Im Einzelnen:

a) Der Beschuldigte hat tatbestandsmässig und rechtswidrig Verbrechen bzw. Vergehen verübt, unter anderem gewerbsmässigen Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB (sog. *Anlasstat*, Art. 63 Abs. 1 lit. a StGB).

b) Es wurde eine umfassende *sachverständige Begutachtung* (HD Urk. 9.10) durchgeführt (Art. 56 Abs. 3 StGB).

c) Der Gutachter hat dabei – ausreichend aktuell – eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen, histrionischen und narzisstischen Merkmalen (ICD-10: F61.0) diagnostiziert (Art. 56 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 StGB).

d) Zwischen den begangenen Straftaten und der Persönlichkeitsstörung besteht gemäss Gutachten eine *Konnexität* (Art. 56 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 lit. a StGB).

e) Die *Behandlungsbedürftigkeit* manifestiert sich in betrügerisch-manipulativen Verhaltensweisen (um narzisstisch-histrionischen Kernmotiven wie Aufmerksamkeit, Wichtigkeit, Versorgung, Zuneigung gerecht zu werden), die zu ausgeprägten interaktionellen Schwierigkeiten führen (vgl. HD Urk. 9.10 S. 88). Die kombinierte Persönlichkeitsstörung ist unmittelbar deliktrelevant (a.a.O. S. 91); sie besteht fort und erscheint als behandlungsbedürftig.

f) Nach Einschätzung des Gutachters vermag die vorgeschlagene ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB präventive Wirkung zu entfalten – im Sinne eines Zusammenspiels von Therapie und weiteren, namentlich sozialpsychiatrischen und betreuerischen Massnahmen, nebst Bewährungsdruck. So könne ein Beitrag zur Prävention weiterer Delikte geleistet werden. Dem ist zuzustimmen. So verstanden ist die Massnahme auch als *geeignet* anzusehen (Art. 56 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 lit. b StGB).

Die Bejahung der Eignung setzt voraus, dass sich die Massnahme auch als durchführbar erweist, was wesentlich von der Kooperationsbereitschaft des Beschuldigten abhängt (dazu BSK StGB-HEER, Art. 63 N 29). Diese ist vorliegend zu bejahen. Sein Wille, die Persönlichkeitsproblematik anzugehen, zeigt sich

darin, dass der Beschuldigte vor Vorinstanz konkret sogar eine stationäre Massnahme befürwortete; er äusserte sich gewillt, deliktorientiert zu arbeiten (Prot. I S. 21).

g) Die ambulante Massnahme erweist sich sodann auch als *erforderlich* (Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB). Der Beschuldigte hat sich zwar – soweit bekannt – inzwischen längere Zeit lang wohlverhalten. Allerdings ist dies massgeblich dem Druck des laufenden Strafverfahrens zuzuschreiben. Angesichts der kriminellen Vorgeschichte wäre es naiv zu glauben, der Beschuldigte würde nach Verbüsung einer Freiheitsstrafe ohne Weiteres, auch ohne Massnahme fortan deliktfrei leben können. Eine Massnahme ist indiziert, um die problematischen Persönlichkeitsanteile und Verhaltensmuster des Beschuldigten langfristig zu behandeln und um das Rückfallrisiko zu senken. Nach dem Gesagten ist die Erforderlichkeit einer ambulanten Massnahme gegeben. Mildere Massnahmen sind keine ersichtlich.

h) Auch besteht zwischen dem Eingriffszweck des Gesellschaftsschutzes vor weiteren Delikten und der Eingriffswirkung beim Massnahmenunterworfenen vorliegend ein «vernünftiges Verhältnis». Mit einer Massnahme kann das Rückfallrisiko gesenkt werden. Das Risiko tangiert immerhin den Vertrauensschutz anderer Marktteilnehmer im Geschäftsverkehr; es sind zahlreiche Betroffene in ausreichendem Ausmass gefährdet. Diese zu schützen, ist denn auch das Massnahmeziel. Was die dagegen abzuwägenden Individualinteressen des Beschuldigten anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegend anzuordnende ambulante Massnahme die persönliche Freiheit des Beschuldigten in eher untergeordneter Weise tangiert. Wägt man diese beiden Interessen gegeneinander ab, muss dasjenige des Beschuldigten in den Hintergrund treten. Die Massnahme erweist sich demnach auch als *verhältnismässig im engeren Sinne* (Art. 56 Abs. 2 StGB).

4. Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe, Art. 63 Abs. 2 StGB

4.1. Nach Art. 63 Abs. 2 StGB kann das Gericht den Vollzug einer mit der Massnahme ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zugunsten einer

ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Betreffend die Voraussetzungen eines Strafaufschubs zugunsten einer anzuordnenden ambulanten Massnahme kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 46 E. VI/5.1 S. 26) verwiesen werden.

Grundsätzlich wird die ambulante Massnahme gleichzeitig mit dem Strafvollzug durchgeführt. Der Aufschub ist die Ausnahme und ist an zwei Voraussetzungen gebunden: Einerseits muss der Täter ungefährlich und andererseits die ambulante Therapie vordringlich sein. Ein Aufschub muss sich mithin aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebotes muss der Behandlungsbedarf umso ausgeprägter sein, je länger die zu Gunsten der ambulanten Therapie aufzuschiebende Freiheitsstrafe ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_297/2014 vom 24. November 2014 E. 4.2; BGE 129 IV 161 E. 4.1 S. 162 f. und E. 4.3 S. 165).

Die ambulante Massnahme darf jedenfalls nicht dazu missbraucht werden, den Vollzug der Strafe zu umgehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben.

4.2. Zur Frage, ob der Art der (therapeutischen) Behandlung auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug Rechnung getragen werden könne, führt der Gutachter aus, dass die Behandlung auch bei gleichzeitigem Strafvollzug durchgeführt werden könne (HD Urk. 9.10 S. 97, F/A 4e). Daraus und aus der gutachterlichen Beantwortung der vorangehenden Frage (a.a.O. S. 96, F/A 4d) folgert die Vorinstanz, dass die von der ambulanten Behandlung erhofften Resozialisierungschancen durch den sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe nicht erheblich beeinträchtigt würden. Es könne – so die Vorinstanz – auch während laufendem Strafvollzug deliktorientiert gearbeitet werden. Es sei somit nicht davon auszugehen, dass die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung des Beschuldigten durch den sofortigen Vollzug einer Freiheitsstrafe massgeblich beeinträchtigen würde, weshalb die Voraussetzungen für einen Strafaufschub im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB nicht gegeben seien (Urk. 46 E. VI/5.2 S. 26 f.).

4.3. Diese Argumentation der Vorinstanz greift zu kurz. Zwar kann laut dem Gutachten eine deliktorientierte Therapie auch bei gleichzeitigem Strafvollzug durchgeführt werden. Als für den Therapieerfolg von erheblicher Bedeutung wird

vom Gutachter aber angeführt, dass eine möglichst lange Bewährungsperiode bestehen sollte, weil der unmittelbar drohende Strafvollzug den Beschuldigten zu beeindrucken vermöge, was sich an seiner Straffreiheit in der jüngsten Zeit zeige (so u.a. in HD Urk. 9.10 S. 96 f.). Auch dass der Gutachter mehrfach betont, wie wichtig flankierende sozialpsychiatrische und betreuerische Massnahmen (geschützter Arbeitsplatz) seien, zeigt, dass ein Massnahmesetting im ambulanten Status klar favorisiert wird resp. dass bei intramuraler Durchführung der Therapie Wirkungseinbussen erwartet würden. Im Gesamtkontext betrachtet lässt sich den gutachterlichen Ausführungen entnehmen, dass eine medizinische Indikation für eine Behandlung ausserhalb des Strafvollzugs bejaht wird.

4.4. Beim Beschuldigten ist zwar von einer erhöhten Gefahr für Vermögensdelikte auszugehen (vgl. HD Urk. 9.10 S. 95, F/A 3b). Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeit von Gewaltverbrechen oder ähnlich schwerwiegender Delikte bestehen aber nicht (vgl. BSK StGB-HEER, Art. 63 N 41 ff.).

4.5. Es darf angenommen werden, dass sich im Rahmen einer deliktorientierten Therapie die Gespräche zu einem grossen Teil um die Vergangenheit drehen. Es wird aber auch wesentlich um das Erleben, Reagieren und Verhalten in Bezug auf Beziehungen, Beruf und eigene Lebensgestaltung gehen, was naturgemäss nur in Freiheit zum Tragen kommt. Zwar zeitigt der Strafvollzug einen klar strukturierten Alltag, was an sich dem Beschuldigten helfen könnte. Doch im *extramuralen* Alltagsleben muss die Massnahme ihre Wirkung entfalten.

Mit einem Strafaufschub kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich der Beschuldigte (soweit bekannt) nunmehr seit bald vier Jahren, in Freiheit befindlich, wohlverhält. Vor allem aber bleibt mit dem Strafaufschub der Bewährungsdruck aufrecht; bei einem Misserfolg könnte die aufgeschobene Freiheitsstrafe (bzw. eine Reststrafe) noch vollzogen werden (vgl. Art. 63b Abs. 4 und 5 StGB). Dies dürfte den Beschuldigten durchaus beeindrucken und von der präventiven Wirkung her am Effektivsten sein.

Der Beschuldigte wird heute zu einer Freiheitsstrafe von 23 Monaten verurteilt. Diese Strafhöhe liegt noch in einem Bereich, wo noch nicht allzu hohe

Anforderungen an den Vorrang von spezialpräventiven Gesichtspunkten gegenüber generalpräventiven Überlegungen zu stellen sind.

In der vorliegenden, komplexen Konstellation erscheint es insgesamt betrachtet nicht zielführend, die ambulante Therapie während des Strafvollzugs durchzuführen, sondern vielmehr dem «Zusammenspiel von Therapie und klaren juristischen Vorgaben» (so der Gutachter in HD Urk. 9.10 S. 96 f.) eine Chance zu geben. Dem Beschuldigten muss indes bewusst sein, dass es ganz entscheidend von ihm abhängt, ob er dank Kooperation und Absehen von neuerlichen Straftaten um einen Vollzug der Freiheitsstrafe herum kommt oder nicht.

4.6. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist demnach zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.

5. Flankierende Massnahmen, Bewährungshilfe

Die Eignung der Massnahme hängt nach dem Gutachten auch von weiteren, u.a. betreuerischen Massnahmen ab. Dieser Einschätzung ist vorbehaltlos zuzustimmen. Die Vollzugsbehörde wird sich bei der Ausarbeitung des Massnahmesettings mit den Empfehlungen des Gutachters näher zu befassen haben. Im Sinne einer solchen flankierenden Massnahme rechtfertigt sich, nach Art. 63 Abs. 2 Satz 2 StGB für die Dauer der ambulanten Behandlung Bewährungshilfe anzuordnen.

6. Fazit

Es ist somit eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB zur Behandlung der kombinierten Persönlichkeitsstörung anzuordnen, wofür der Vollzug der Strafe aufzuschieben ist, verbunden mit Bewährungshilfe.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten des Berufungsverfahrens

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'700.– festzusetzen.

Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Hinsichtlich des Antrags, es sei eine bedingte Geldstrafe auszusprechen, unterliegt der Beschuldigte. Er obsiegt insofern, als das vorinstanzliche Strafmass immerhin um sieben Monate nach unten korrigiert wurde und es angesichts des Strafaufschubs zur Durchführung der Massnahme in Freiheit kommt.

Im Lichte einer interessenmässigen Gewichtung seiner Anträge sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens (mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung) zu einem Drittel aufzuerlegen und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu einem Drittel einstweilen und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Umfang eines Drittels bleibt die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten für den Fall, dass sich die wirtschaftliche Situation des Beschuldigten entsprechend verbessern sollte.

2. Entschädigung der amtlichen Verteidigung

Die amtliche Verteidigung machte für das Berufungsverfahren einen Aufwand von insgesamt Fr. 4'024.05 geltend (Urk. 64, Urk. 66). Der von der amtlichen Verteidigung bezifferte Aufwand ist – abgesehen von der einberechneten Zeit für die Berufungsverhandlung (Urk. 66 S. 2) – ausgewiesen und erscheint angemessen. Angesichts der tatsächlichen Dauer der Berufungsverhandlung von lediglich 30 Minuten (vgl. Prot. II S. 4 und 7) ist die amtliche Verteidigung mit Fr. 3'500.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 28. Januar 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Verfahrenseinstellung), 2 (Schuldprüche), 6 (Einziehung), 7 (Anordnung DNA-Probeentnahme), 8 (Vormerknahme anerkannter Zivilforderungen), 9 (Verpflichtung zur Zahlung einer Umtriebsentschädigung an BF._____), 10

(Abweisung der Genugtuungsbegehren), 11 (erstinstanzliches Kostendispositiv), 12 (Auflage der Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahrens) und 13 (Übernahme der Kosten der amtlichen Verteidigung durch die Gerichtskasse unter Vorbehalt der Nachforderung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 23 Monaten Freiheitsstrafe.
2. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen) angeordnet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
4. Für die Dauer der Behandlung wird Bewährungshilfe angeordnet.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'700.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'500.– amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu einem Drittel einstweilen und zu zwei Dritteln definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang eines Drittels vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Privatkläger 7, 12, 15, 20 und 24

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

8. 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, 29. Januar 2021

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler

lic. iur. Kümin Grell