

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE220246-O/U/AEP

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Flury, Präsident, und
Gerichtsschreiberin M.A. HSG S. Steiner

Verfügung vom 14. November 2023

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

2. **Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Beschwerdegegner

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

betreffend **Einstellung**

Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 25. August 2022, C-3/2020/10035590

Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (Staatsanwaltschaft) führte gegen B._____ (Beschwerdegegner) ein Strafverfahren wegen mehrfachen Betruges. Sie erliess am 25. August 2022 einen Strafbefehl gegen den Beschwerdegegner wegen gewerbsmässigen Betruges und gleichentags im Zusammenhang mit dem Geschädigten A._____ (Beschwerdeführer) eine Einstellungsverfügung (Urk. 3; Urk. 9/13). Der Einstellungsverfügung lag zusammengefasst der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Der Beschwerdegegner habe am 3. Juni 2022 über die Verkaufsplattform C._____ch zwei «D._____»-Tickets zum Preis von CHF 80.– zum Kauf angeboten. Der Beschwerdeführer habe sich auf das Inserat gemeldet und dem Beschwerdegegner den genannten Betrag mittels TWINT überwiesen. In der Folge habe der Beschwerdeführer aber weder die Tickets, noch das Geld zurückerhalten (Urk. 3).

2. Der Beschwerdeführer erhob mit undatierter Eingabe (Poststempel: 8. September 2022) innert Frist Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Einstellungsverfügung vom 25. August 2022 (Urk. 2).

3. Die Staatsanwaltschaft übermittelte die relevanten Untersuchungsakten (Dossier 1 und 16; Urk. 9) und reichte mit Schreiben vom 3. Oktober 2022 eine Vernehmlassung ein (Urk. 8). Der Beschwerdegegner bzw. dessen amtlichen Verteidiger liessen sich innert Frist nicht vernehmen (vgl. Urk. 5; Urk. 6). Der Beschwerdeführer machte von der Möglichkeit der Replik keinen Gebrauch (vgl. Urk. 12; Urk. 13).

4. Das Verfahren ist spruchreif. Nachfolgend ist nur insofern auf die Eingaben der Parteien sowie auf die weiteren Akten einzugehen, als sich dies für die Entscheidung als notwendig erweist (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_46/2018 vom 14. Februar 2018 E. 4 m. w. H.).

II.

1. Vorliegend erfolgt die Beurteilung der Beschwerde durch die Verfahrensleitung der Beschwerdekammer, da die angefochtene Einstellungsverfügung mit dem Tatbestand des geringfügigen Betrug*e*s i. S. v. Art. 146 Abs. 1 i. V. m. Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB lediglich einen Übertretungstatbestand behandelt (Art. 395 lit. a StPO).

2.

2.1. Die Staatsanwaltschaft führte in der Einstellungsverfügung aus, der Beschwerdegegner habe anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 23. August 2022 zu Protokoll gegeben, er habe die Tickets zum Verkauf angeboten, da er ursprünglich nicht an das Festival gehen wollen, habe aber kurzfristig seine Meinung geändert. Aufgrund finanzieller Engpässe habe er dem Beschwerdeführer den Betrag von CHF 80.– noch nicht zurücküberweisen können, werde dies aber nachholen. Der Beschwerdegegner habe seine Anwesenheit am Festival mit Fotos und Videos belegen können. Es könne dem Beschwerdegegner somit nicht anklagegenügend nachgewiesen werden, dass er von Anfang an nicht gewillt gewesen sei, die Tickets zu versenden. Ebenso könne ihm nicht anklagegenügend nachgewiesen werden, dass er den Beschwerdeführer bewusst habe täuschen wollen, um sich unrechtmässig zu bereichern. Der subjektive Tatbestand von Art. 146 StGB sei damit nicht erfüllt und es handle sich um eine rein zivilrechtliche Angelegenheit (Urk. 3 Ziff. 2 ff.).

Die Staatsanwaltschaft führte in ihrer Vernehmlassung ergänzend aus, dass der Beschwerdegegner, soweit bekannt, vor der TWINT-Überweisung des Beschwerdeführers für die Tickets keine weiteren Zahlungen erhalten habe (Urk. 8).

2.2. Der Beschwerdeführer führte in seiner Beschwerdeschrift aus, dass das Inserat für die Tickets von C.____.ch wegen Betrugsverdachts gelöscht worden sei – dies deute darauf hin, dass der Beschwerdegegner weiteren Personen die fraglichen Tickets verkauft habe. Auch die Polizei in Luzern habe ihm mitgeteilt, dass weitere Personen um die Tickets respektive das Geld betrogen worden seien. Der Beschwerdegegner habe ihn blockiert. Auch habe der Beschwerdegegner das

Geld nicht zurückbezahlt. Dies alles deute auf eine betrügerische Absicht hin (Urk. 2).

3.

3.1. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 22. August 2022 führte der Beschwerdegegner aus, sich erst nach Aufschaltung des Inserates für die «D._____»-Tickets dazu entschlossen zu haben, selbst an das Festival zu gehen (Urk. 9/3/2 F/A 13 und 17). Er reichte Fotoaufnahmen, die ihn am D._____ - Openair zeigen, zu den Akten (vgl. Urk. 9/3/2 Beilagen). Er führte aus, dem Beschwerdeführer das Geld nicht zurücküberwiesen zu haben, da er damit Substanzen gekauft habe (Urk. 9/3/2 F/A 16). Der Beschwerdeführer verkaufte die «D._____»-Tickets an eine weitere Person, wobei er auch ihr die Tickets nicht zukommen liess und das Geld nicht zurücküberwies. Diesbezüglich gab er an, er habe «Stoff» benötigt, um die Zeit durchzustehen – er habe dann kurzfristig entschieden, selbst ans Konzert zu gehen (Urk. 9/3/2 F/A 24 ff.).

3.2. Aus der Einvernahme vom 22. August 2022 geht nicht hervor, wann nach der Aufschaltung des Inserates er sich entschloss, selber an das Openair zu gehen. Der Beschwerdegegner stellte das vom Beschwerdeführer beantwortete Inserat am 31. Mai 2022 online (vgl. Urk. 9/16/4). Am 3. Juni 2022 trat der Beschwerdeführer mit ihm in Kontakt und überwies Geld für die Tickets. Sodann trat am 9. Juni 2022 eine weitere Geschädigte mit dem Beschwerdeführer in Kontakt und überwies ebenfalls Geld für die fraglichen Tickets (vgl. Urk. 9/15). Der Beschwerdegegner verkaufte somit die fraglichen Tickets doppelt. Vor diesem Hintergrund – und dem Umstand, dass der Beschwerdegegner angab, zum damaligen Zeitpunkt einen Rückfall bezüglich seiner Drogensucht erlitten zu haben (Urk. 9/3/2 F/A 16) – sind seine Aussagen als blosser Schutzbehauptungen zu sehen und das Verfahren gegen ihn wäre weiterzuführen.

3.3. Die Beschwerde ist trotzdem nicht gutzuheissen und die Einstellungsverfügung nicht aufzuheben, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

4.

4.1. Im Strafprozessrecht kommt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen zum Tragen. Für das Rechtsmittelverfahren bedeutet dies, dass die Rechtsmittelinstanz von sich aus auf den festgestellten Sachverhalt die massgebenden Rechtsnormen anwendet, ohne an die rechtliche Begründung der Parteien gebunden zu sein (Art. 391 StPO). Dabei kann die Rechtsmittelinstanz in ihrer Entscheid auch vom vorinstanzlichen Entscheid abweichen (JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, N. 1487).

4.2. Gemäss Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO i. V. m. Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO ist die Strafuntersuchung einzustellen und auf eine Strafverfolgung zu verzichten, wenn eine voraussichtlich nicht ins Gewicht fallende Zusatzstrafe zu einer rechtskräftig ausgefallten Strafe auszusprechen wäre. Ein Verzicht auf Strafverfolgung in den Fällen von Art. 8 Abs. 2 StPO ist jedoch nur zulässig, wenn nicht überwiegende Interessen der Privatklägerschaft entgegenstehen. Als Interesse der Privatklägerschaft ist etwa jenes an der Behandlung ihrer Zivilansprüche oder in besonders gewichtigen Fällen ihres Strafanspruchs zu betrachten (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005; BBI 2006, S. 1131).

Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO bezieht sich auf Fälle retrospektiver Konkurrenz gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB, d. h. auf die Situation, in welcher das Gericht bzw. die Staatsanwaltschaft eine Tat zu beurteilen hat, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist (FIOLKA/RIEDO, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 72 zu Art. 8 StPO). Bei der Prüfung, ob die Zusatzstrafe im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO nicht ins Gewicht fällt und als bedeutungslos bezeichnet werden kann, ist von einem relativen Massstab auszugehen. Entsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Tat an und für sich geringfügig ist, sondern ob ein Schuldspruch für die Höhe der Strafe ins Gewicht fällt. Je schwerer und zahlreicher die anderen zu beurteilenden Taten sind, desto eher kann in Bezug auf einzelne Straftaten Bedeutungslosigkeit angenommen werden (FIOLKA/RIEDO, a. a. O., Art. 8 N. 68; WOHLERS, in:

Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 19 ff. zu Art. 8 StPO).

4.3. Der Beschwerdegegner weist mehrere Vorstrafen auf. Er wurde u. a. mit Strafbefehl vom 22. Juli 2020 der Staatsanwaltschaft wegen gewerbsmässigen Betruges, begangen im Zeitraum vom 20. Dezember 2019 bis zum 20. Mai 2020, zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von fünf Monaten verurteilt (vgl. Urk. 9/11/1). Er wurde schliesslich mit Strafbefehl vom 25. August 2022 für die weiteren in der Strafuntersuchung C-3/2020/10035590 behandelten Vorwürfe (Dossier 1 bis 15, 18 bis 20) wegen gewerbsmässigen Betruges mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von fünf Monaten, als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 22. Juli 2020, verurteilt. Die abgeurteilte Deliktssumme in diesem letzten Strafbefehl betrug CHF 8'275.80; es wurden Delikte aus dem Zeitraum vom 17. Februar 2020 bis 18. Juli 2022 abgeurteilt (Urk. 9/13). Dieser Strafbefehl ist zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen (Urk. 14).

4.4. Mit dem Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls vom 25. August 2022 und da bei der Aufhebung der angefochtenen Einstellungsverfügung ein Delikt zu beurteilen wäre, welches am 3. Juni 2022 begangen wurde, ist von retrospektiver Konkurrenz i. S. v. Art. 49 Abs. 2 StGB auszugehen, womit die Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO zu prüfen ist.

Der vorliegend zu beurteilende Deliktsbetrag in Höhe von CHF 80.– beträgt knapp ein Prozent der Gesamtdeliktssumme von CHF 8'275.80. Sofern von einem eigenständigen, geringfügigen Betrugsdelikt ausgegangen wird, wäre somit zusätzlich zur ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe eine Busse auszusprechen; ginge man von einem weiteren Sachverhalt im Rahmen des gewerbsmässigen Betruges aus, wäre im Zusatz die am 25. August 2022 ausgesprochene Strafe angemessen zu erhöhen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass ein Schuldspruch bezüglich des Betruges zum Nachteil des Beschwerdeführers – aufgrund der Anzahl der bereits abgeurteilten Vorfälle, dem Verhältnis zwischen dem Gesamtdeliktsbetrag und dem vorliegenden Deliktsbetrag, und der ausgesprochenen Strafe – nicht ins Gewicht fallen würde und damit Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO anzuwenden ist.

Über die Zivilansprüche des Beschwerdeführers wurde im Rahmen der angefochtenen Einstellungsverfügung entschieden. Es wurde davon Vormerk genommen, dass der Beschwerdegegner die Zivilklage des Beschwerdeführers im Umfang von CHF 80.– anerkannt hat (Urk. 3 Ziff. 7, Dispositiv-Ziffer 2). Seine Zivilansprüche wurden beurteilt.

Nach dem Gesagten wäre, wenn die Beschwerde gutgeheissen und die Einstellungsverfügung aufgehoben werden würde, die Untersuchung dennoch – aufgrund einer nicht ins Gewicht fallenden Zusatzstrafe gemäss Art. 319 Abs. 1 lit. e i. V. m. Art. 8 Abs. 2 lit. b StPO – einzustellen.

4.5. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

III.

1. Ausgangsgemäss wären die Kosten für das Beschwerdeverfahren dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Aufgrund der besonderen Umstände ist von der Festsetzung einer Gerichtsgebühr – auch in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b–d GebV OG (Bedeutung und Schwierigkeit des Falles, Zeitaufwand des Gerichts) – abzusehen.

2. Aufgrund seines Unterliegens und mangels entsprechender Anträge ist der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren nicht zu entschädigen.

3. Da sich der Beschwerdegegner im vorliegenden Verfahren nicht vernehmen liess, ist er für das Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht zu entschädigen.

Es wird verfügt:

(Oberrichter lic. iur. A. Flury)

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Von der Erhebung einer Gerichtsgebühr wird abgesehen.
3. Es werden keine Entschädigungen gesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an:

- den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
- Rechtsanwalt lic. iur. X._____, zweifach, für sich und den Beschwerdegegner (per Einschreiben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, ad C-3/2020/10035590 (gegen Empfangsbestätigung)

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, ad C-3/2020/10035590 unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 9; gegen Empfangsbestätigung).

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der gemäss Art. 35 und 35a BGerR zuständigen 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.

Hinweis: Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

Zürich, 14. November 2023

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Flury

M.A. HSG S. Steiner