

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120125-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Dr. Bussmann und Ersatz-
oberrichter lic. iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 26. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
29. November 2011 (DG110236)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 9. August 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 25).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, 2 und 3 Abs. 1 StGB,
 - des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB,
 - der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG sowie
 - der Übertretung des Strassenverkehrsgesetzes im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 22 Abs. 1 SSV.

2. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 88 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 21. Juni 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen, die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte A. _____ die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
5. Der Beschuldigte A. _____ wird (unter Vorbehalt der Solidarhaft der Mittäter) verpflichtet, dem Privatkläger B. _____, ... [Adresse], Schadenersatz in der Höhe von Fr. 466.45 zuzüglich Zinsen von 5% seit dem 17. Februar 2011 zu bezahlen.
- 6.1. Die Privatklägerin C. _____, ... [Adresse], wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses gewiesen.

- 6.2. Die Privatklägerin C._____ wird mit ihrem Genugtuungsbegehren auf den Weg des Zivilprozesses gewiesen.
7. Der Beschuldigte A._____ wird (unter Vorbehalt der Solidarhaft der Mittäter) verpflichtet, dem Privatkläger D._____, ... [Adresse], Schadenersatz in der Höhe von Fr. 3'690.– zuzüglich Zinsen von 5% seit dem 14. Februar 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird der Geschädigte auf den Weg des Zivilprozesses gewiesen.
8. Der Beschuldigte A._____ wird (unter Vorbehalt der Solidarhaft der Mittäter) verpflichtet, der Privatklägerin E._____ AG, ... [Adresse], Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'700.– zu bezahlen.
9. Die Privatklägerin F._____, ... [Adresse], wird mit ihrem Schadensersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses gewiesen.
10. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
- | | | |
|-----|----------|---------------------------------------|
| Fr. | | Kosten Kantonspolizei |
| Fr. | 3'000.-- | Gebühr Anklagebehörde |
| Fr. | | Kanzleikosten |
| Fr. | 1'400.-- | Auslagen Untersuchung |
| Fr. | | Auslagen Untersuchung ausserkantonale |
| Fr. | | amtliche Verteidigung (ausstehend) |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Im Übrigen werden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 60):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts teilweise aufzuheben.
2. Es sei der Beschuldigte mit 18 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.
3. Es sei dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug zu gewähren, wobei 9 Monate zu vollziehen und 9 Monate bedingt auszusprechen seien.
4. Es sei für den bedingt ausgesprochenen Teil der Strafe eine Probezeit von 5 Jahren auszusprechen.
5. Es sei der Zivilspruch der E. _____ AG auf den Zivilweg zu verweisen.
6. Es seien dem Beschuldigten keine Kosten aufzuerlegen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2011 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 6. Dezember 2011 rechtzeitig die Berufung an (HD 38). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte er fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (HD 47). Anschlussberufungen wurden keine erhoben.

2. Dem Antrag des Beschuldigten entsprechend (HD 47 S. 3) wurden die Straftaten der Mittäter G. _____ sowie H. _____ und überdies diejenigen von I. _____ beigezogen (HD 53 - 55). Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt.

3. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 5 - 7, 9 (Zivilforderungen) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) nicht angefochten worden sind und keine Anschlussberufungen erhoben wurden, ist festzustellen, dass das Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2011 diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II.

1. a) Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Ge-

samtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen strafehöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010, E. 1.2.2). Massgebend für die Einsatzstrafe ist das abstrakt mit der höchsten Strafe bedrohte Delikt (BGE 116 IV 304; BGE 6B_885/2010 vom 7.3.2011).

b) Sowohl der Tatbestand des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, 2 und 3 Abs. 1 StGB als auch derjenige des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB sehen eine Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren vor. Die Mindeststrafe beträgt 180 Tagessätze Geldstrafe (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte hat zusammen mit seinen Komplizen jeweils Bankkarten gestohlen und diese in der Folge an Bancomaten unbefugterweise verwendet. Es besteht somit ein sehr enger Zusammenhang zwischen diesen Straftaten. Bei dieser Konstellation erscheint es angezeigt, die Strafe für alle diese Delikte zusammen zu bestimmen.

2. a) Gemäss Art. 47 StGB ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Es wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen der straffälligen Person sowie danach bestimmt, wie weit sie nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Mit zu berücksichtigen sind aber auch das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten.

b) Das objektive Tatverschulden wiegt erheblich. Der Beschuldigte hat innert wenigen Tagen zusammen mit mehreren Mittätern in sechs Fällen Bank- (bzw. PC-)karten entwendet (bzw. in einem Fall versucht) und damit Bargeldbezüge in der Höhe von über Fr. 23'000.-- getätigt. Die Täter beobachteten Bankkunden am Bancomaten und erspähten jeweils den Pin-Code. Unmittelbar danach gelangten sie mittels raffinierten Trickdiebstählen in den Besitz der Karten. Dabei suchten sie sich jeweils ältere Opfer aus, die sie leicht ablenken konnten, was besonders verwerflich erscheint. Aufgabe des Beschuldigten war es, sich als Fahrer der Bande zu betätigen und mit den gestohlenen Karten jeweils Geld von den Bancomaten abzuheben. Selbstredend hat er sich aber auch die Handlungen seiner Mittäter anrechnen zu lassen. Das gezielte, professionelle Vorgehen des Beschuldigten und seiner Mittäter lässt auf eine hohe kriminelle Energie schliessen. In einem Fall stahl er auch Bargeld (Fr. 466.45). Der Beschuldigte agierte als eigentlicher Kriminaltourist.

c) Subjektiv wird das Tatverschulden etwas gemindert durch den Umstand, dass der Beschuldigte ohne Arbeitsstelle in J. _____ in schlechten finanziellen Verhältnissen lebt und dort angeblich Schulden in der Höhe von Fr. 8'500.-- hat (HD 8/6 S. 10 unten; HD 23/9). Der Verteidiger hat geltend gemacht, dass der Beschuldigte unter dem starken Einfluss der wesentlich älteren (und flüchtigen) K. _____ gestanden habe, was sich im Sinne von Art. 48 StGB strafmildernd auswirken müsse. Gemäss Art. 48 lit. a Ziff. 4 StGB mildert das Gericht die Strafe, wenn der Täter auf Veranlassung einer Person handelte, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist. Es muss ein eigentlicher Nötigungsnotstand vorliegen (Trechsel et. al, Praxiskommentar, N 13 zu Art. 48 StGB). Dafür gibt es indessen keinerlei Anhaltspunkte, auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass K. _____ einen gewissen Einfluss verübte. In Betracht fällt zudem, dass der Beschuldigte einschlägige Vorstrafen aufweist und diese früheren Straftaten ohne Mitwirkung von K. _____ verübt hatte.

Straferhöhend wirkt sich aus, dass neben der Bandenmässigkeit als weiterer Qualifikationsgrund auch die Gewerbsmässigkeit gegeben ist.

Strafmindernd ist das Geständnis des Beschuldigten zu berücksichtigen, allerdings in nur leichtem Masse, nachdem er in der Untersuchung immer nur gerade das zugab, was ihm nachgewiesen werden konnte (vgl. z.B. HD 8/4 S. 9 ff.).

d) Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (HD 44 S. 15). Der Beschuldigte bestätigte heute, dass sich seine persönlichen Verhältnisse im Wesentlichen nicht verändert haben (HD 59 S. 1 ff.).

Der Beschuldigte ist in der Schweiz nicht vorbestraft. Dagegen weist er in Deutschland und in Österreich je eine einschlägige Vorstrafe auf: Mit Urteil des Amtsgerichts Hannover vom 24. September 2009 wurde er wegen versuchtem gemeinschaftlichen Diebstahl zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen à EUR 10.– verurteilt (HD 23/3). Zudem wurde er vom Landgericht für Strafsachen Wien mit Urteil vom 2. Juni 2010 wegen gewerbsmässigen Diebstahls zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten, unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren, verurteilt (HD 23/6). Es kann, entgegen dem Einwand der Verteidigung, kein Zweifel daran bestehen, dass die genannte Vorstrafe in Österreich tatsächlich den Beschuldigten betrifft. Hiezu hat sich die Vorinstanz in zutreffender Weise geäußert, weshalb auf diese Erwägungen verwiesen werden kann (HD 44 S. 15 f.).

Ausländische Vorstrafen dürfen bei der Strafzumessung mitberücksichtigt werden (Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., N 102 zu Art. 47 StGB). Diese beiden einschlägigen, nicht lange zurückliegenden Vorstrafen wirken sich deutlich strafferhöhend aus.

Entgegen der Auffassung der Verteidigung (HD 35 S. 6) gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt vermindert schuldfähig war. Der Umstand, dass er während Einvernahmen verschiedentlich lachte, vermag noch keine Zweifel an seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu begründen.

e) Die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 28 Monaten erweist sich als zu hoch. Unter Berücksichtigung aller massgeblichen Strafzumessungs-

gründe erscheint vielmehr eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten - auch unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Gleichmässigkeit der Strafe - als angemessen. Dieser Grundsatz wird vom Bundesgericht im Falle von Mittätern anerkannt. Ist der Tatbeitrag von zwei Mittätern gleichwertig, so führt das zu einer gleichen (objektiven) Schuldeinschätzung. Wenn auch die subjektive Vorwerfbarkeit identisch ist und sich überdies namentlich die individuellen Täterkomponenten gleichmässig auswirken, drängt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die gleiche Strafe für beide Mittäter auf (BGE 135 IV 191). Vorliegend ist namentlich ein Vergleich des Beschuldigten mit den zwei Mitbeschuldigten G._____ und H._____ angezeigt. Die Anklagebehörde hatte für alle drei Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten beantragt, was sachgerecht erscheint: in sechs der sieben gegen den Beschuldigten zu beurteilenden Fällen hatten G._____ und H._____ gleichmassgeblich mitgewirkt, welche noch drei andere gleichartige Delikte verübt hatten. H._____ weist (offenbar) in J._____ eine einschlägige Vorstrafe auf; G._____ wurde im Jahre 2010 in Norwegen wegen qualifizierten Diebstahls mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen bestraft und weist ausserdem Jugendstrafen auf. Diese ähnlichen Verhältnisse gebieten es, dem ursprünglichen Antrag der Anklagebehörde entsprechend, dieselben Strafen auszufällen.

Der Beschuldigte ist deshalb mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung von 459 Tagen Haft (Untersuchungshaft sowie vorzeitiger Strafvollzug) steht nichts entgegen.

3. Bezüglich der vom Beschuldigten verübten Übertretungen (Betäubungsmittelkonsum und SVG-Übertretung) ist zudem zwingend eine Busse auszufällen. Entgegen der Auffassung der Verteidigung kann nicht darauf verzichtet werden, denn Freiheitsstrafen und Bussen sind verschiedenartige Strafen. Das Asperationsprinzip gemäss Art. 49 StGB kommt jedoch nur bei gleichartigen Strafen zum Zuge. Die Vorinstanz hat die Busse wegen des noch leichten Verschuldens und der schlechten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten auf bescheidene Fr. 200.-- festgesetzt. Dieser Entscheid ist zu bestätigen. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist auf zwei Tage festzusetzen.

III.

Zu Recht hat die Vorinstanz den Vollzug der Strafe angeordnet. Dieser Entscheidung ist zu bestätigen. Zur Begründung kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; HD 44 S. 13 f.).

Zu betonen ist an dieser Stelle nochmals, dass der Beschuldigte, wie erwähnt, zwei einschlägige Vorstrafen aus den Jahren 2009 und 2010 aufweist. Ausländische Urteile sind inländischen gleichgestellt (Trechsel et. al, a.a.O., N 17 zu Art. 42 StGB). Mit Urteil vom 2. Juni 2010 wurde der Beschuldigte vom Landgericht für Strafsachen Wien zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt (HD 23/6). Gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB wäre der Aufschub somit nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Solche liegen aber offensichtlich nicht vor. Vielmehr fällt hier neben den beiden Vorstrafen negativ in Betracht, dass der Beschuldigte arbeitslos ist. Es ist deshalb von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen, weshalb auch keine teilbedingte Strafe in Frage kommt (vgl. dazu Trechsel et. al, N 2 zu Art. 43 StGB). Vielmehr ist die Strafe zu vollziehen.

IV.

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten bezüglich ND 2 (unter Vorbehalt der Solidarhaft der Mittäter) verpflichtet, der Privatklägerin E. _____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'700.-- zu bezahlen. Der Beschuldigte liess diesen Entscheid anfechten. Sein Verteidiger stellte heute den Antrag, dass der Zivilanspruch der E. _____ auf den Zivilweg zu verweisen sei und begründete dies damit, dass nicht nachgewiesen sei, dass der E. _____ ein Schaden entstanden sei. Ob sie der Geschädigten das bezogene Geld zurückerstattet habe, sei aus den Akten nicht ersichtlich. Sodann sei für den Fall, dass sie dies getan hätte, davon auszugehen, dass sie über eine Versicherung verfüge (Prot. II.S. 5).

Der Beschuldigte hatte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme den Deliktsbetrag von Fr. 1'700.-- anerkannt (HD 8/8 S. 8). Die Geschädigte L. _____

verzichtete ausdrücklich auf die Geltendmachung von Schadenersatz (HD 20/2), was dafür sprechen würde, dass die E. _____ den Schaden getragen hat. Nicht widerlegen lässt sich das Argument des Verteidigers, dass ein möglicher Schaden der E. _____ allenfalls durch Versicherungen gedeckt ist. Die Schadenersatzforderung der E. _____ AG ist deshalb auf den Zivilweg zu verweisen.

V.

Im Berufungsverfahren obsiegt der Beschuldigte teilweise. Eine allfällige teilweise Kostenaufgabe an den Beschuldigten wäre uneinbringlich. Es rechtfertigt sich deshalb, auf die Erhebung einer zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr zu verzichten und die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2011 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 5-7, 9 (Zivilforderungen) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird mit 18 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wovon bis und mit heute 460 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, sowie mit Fr. 200.-- Busse.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen, die Busse ist zu bezahlen.

3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen.
4. Die Privatklägerin E._____AG wird mit ihrer Schadenersatzforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Die übrigen Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- die Privatklägerin E._____ AG, ... [Adresse],
(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- den amtlichen Verteidiger des Beschuldigten für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

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

- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

8. 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, 26. Juni 2012

Der Präsident:

lic. iur. Spiess

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Höfliger