

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120235-O/U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, und lic. iur.
M. Langmeier, der Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger
sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hauser

Urteil vom 22. August 2012

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. J. Vollenweider,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**gewerbsmässiger betrügerischer Missbrauch einer
Datenverarbeitungsanlage und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung,
vom 31. Januar 2012 (DG110007)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 12. September 2011 (Urk. HD 65) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 96)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Geringfügigkeit nach Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Dezember 2008 ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.– wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 6 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich 3 Tage, die durch Haft bereits erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. August 2009 beschlagnahmte Paket mit der Track-Nr., adressiert an B._____, ... [Adresse], wird definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 13. August 2009 beschlagnahmten Gegenstände (1 Apple iPhone 3G IMEI ... inkl. Verpackung und Lieferschein [Paket adressiert an C.____]; 1 Notebook schwarz MSI U100, inkl. Verpackung; 1 Notebook weiss MSI U100; Philips Fernsehgerät Serial No: ... inkl. Fernbedienung; 1 Modem Swisscom, 1 Memory-Stick, 1 Kopfhörer Netzadapter [iPod-Kopfhörer und iPod USB Power Adapter]; 3 Unterlagen ...; diverse Rechnungen "... etc.; Verpackung iPhone 3G IMEI ...; Verpackung Motorola Natel IMEI ... inkl. USB-Kabel und SD-Karte; 2 Geschenkkarten

- [Z.____ und ...]; 1 Post-Abholschein auf "B.____" vom 29.07.09; Karten [2 Simkartons Swisscom, 1 Geschenkkarte Z.____]; 1 Post-Abholschein ... vom 13.07.09; 1 Z.____ Paket "D.____"; 2 Verpackungen MacBook [Model NO: A1297, Serial No. ... und ...]; Verpackung zu MSI U100 black, inkl. Schutzhülle zu MSI Wind Netbook; Verpackungsteil zu MacBook Serial No. ...; Verpackungsteil zu TV Philips Serial No. ...) werden definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 13. August 2009 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von total Fr. 2'300.– (15 x Fr. 100.–, 6 x Fr. 100.–, 1 x Fr. 200.–) wird eingezogen und zur Verfahrenkostendeckung verwendet.
 8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 28. August 2009 beschlagnahmten Gegenstände (1 Apple iPhone 8 GB, IMEI ...; 1 PC Xp-Case Creative) werden definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
 9. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte die Zivilansprüche der E.____ AG in der Höhe von Fr. 968.98 sowie die Zivilansprüche der F.____ in der Höhe von Fr. 2'405.70 anerkennt.
 10. Im Übrigen werden die Privatkläger mit ihren Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
 11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'600.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'530.–	Kosten der Kantonspolizei Zürich,
Fr. 4'000.–	Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung
Fr. 6'334.10	Kosten für amtliche Verteidigung im Vorfahren
 12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen;
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten; über diese wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.

vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe die Kosten für die amtliche Verteidigung wird mit separatem Beschluss entschieden.

13. (Mitteilungen)
14. (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 108 S. 1)

1. Die Ziffern 3. und 4. des Dispositivs vom 31. Januar 2012 des Bezirksgerichts Pfäffikon seien aufzuheben und der Beschuldigte sei unter Anrechnung der erstandenen Haft mit einer Gesamtstrafe in Form einer Geldstrafe von 270 Tagessätzen à Fr. 100.– zu bestrafen.
2. Die übrigen Ziffern des Dispositivs vom 31. Januar 2012 des Bezirksgerichts Pfäffikon seien zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates für das Berufungsverfahren.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 102 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 31. Januar 2012 wurde der Beschuldigte anklagegemäss des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und teilweise in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB, schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten bestraft, wovon 3 Tage durch Untersuchungshaft erstanden waren. Die Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 6 Monaten für vollziehbar erklärt und im Umfang der anderen 6 Monate bei einer Probezeit von 5 Jahren bedingt aufgeschoben. Gleichzeitig widerrief die Vorinstanz den bedingten Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Dezember 2008 ausgefallenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.–. Sodann wurde über verschiedene beschlagnahmten Gegenstände entschieden und von der Anerkennung zweier Schadenersatzforderungen durch den Beschuldigten Vormerk genommen, und wurden die weiteren Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen auf den Zivilweg verwiesen und die Verfahrenskosten dem Beschuldigten auferlegt. Davon ausgenommen waren die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen wurden (Urk. 96 S. 25 ff.).

1.2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 8. Februar 2012 rechtzeitig Berufung anmelden und nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 93/1) dem Obergericht am 9. Mai 2012 - ebenfalls fristgerecht - die Berufungserklärung einreichen (Urk. 97).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 15. Mai 2011 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO den Privatklägern und der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, verschiedene Auskünfte zu seinen finanziellen Verhältnissen

zu erteilen und zu belegen (Urk. 100). Am 23. Mai 2012 teilte die Staatsanwaltschaft mit, auf die Erhebung einer Anschlussberufung zu verzichten und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils zu beantragen (Urk. 102). Seitens der Privatkläger erfolgte keine Reaktion. Angaben oder Unterlagen zur finanziellen Situation des Beschuldigten gingen ebenfalls keine ein.

1.4. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte sowie sein amtlicher Verteidiger erschienen sind, waren weder Vorfragen zu entscheiden noch Beweise abzunehmen (Prot. II S. 3 ff.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 7 ff.).

2. Umfang der Berufung

Der Verteidiger beschränkt seine Berufung auf die Strafzumessung (Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils) und beantragt, es sei der Beschuldigte unter Anrechnung der erstandenen Haft und unter Einbezug der widerrufenen Vorstrafe mit einer Gesamtstrafe in Form einer Geldstrafe von 270 Tagessätzen à Fr. 100.– zu bestrafen (Urk. 97 S. 2; Urk. 108 S. 1). Die restlichen Punkte des vorinstanzlichen Urteils (Dispositivziffern 1 und 2 sowie 5 ff.) sind nicht angefochten (Prot. II S. 5 f.) und deshalb in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO). Das ist vorab vorzumerken.

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig dargestellt. Darauf kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 96 S. 8 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ebenso verwiesen werden kann auf die vom Bundesgericht in verschiedenen jüngeren Urteilen für die Strafzumessung vorgegeben Regeln (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen).

3.2. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf BGE 137 IV 57 ff. E. 4.3.1 erwogen, dass nicht möglich sei, unter Einbezug der widerrufenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.– eine Gesamtstrafe auszufällen, weil zusammen mit

der vorliegend auszusprechenden Freiheitsstrafe ungleichartige Strafen zur Diskussion stünden (Urk. 96 S. 21).

Das ist im Resultat richtig, in der Begründung aber falsch: Der angeführte Entscheid des Bundesgerichts bezieht sich auf die Zusatzstrafenproblematik im Falle der retrospektiven Konkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB. Für den Fall einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB (bei Nichtbewährung während einer Probezeit) hat das Bundesgericht nämlich gerade gegenteilig festgehalten, dass Voraussetzung für die Bildung einer solchen Gesamtstrafe das Vorliegen ungleichartiger Strafen sei (BGE 134 IV 241 E. 4.4). Das wäre - jedenfalls dann, wenn es bei der vorinstanzlich ausgefallten Freiheitsstrafe bliebe - vorliegend gegeben. In BGE 137 IV 249 E. 3.4.3 hat das Bundesgericht dann aber weiter entschieden, dass dieses Gesamtstrafenverfahren keine Anwendung finden könne, wenn so eine Vorstrafe zulasten des Beschuldigten in eine schwerere Sanktion umgewandelt würde. Das wäre namentlich etwa dann der Fall, wenn - wie vorliegend - eine frühere Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe geändert würde, um eine Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden.

Unabhängig davon, ob der Beschuldigte nun mit einer Freiheits- oder einer Geldstrafe zu bestrafen ist, ist demnach die Bildung einer Gesamtstrafe unter Einbeziehung der widerrufenen früheren Geldstrafe nicht möglich: Für den Fall einer Freiheitsstrafe darum nicht, weil so die frühere Geldstrafe entgegen BGE 137 IV 249 in eine schwerere Sanktion (Freiheitsstrafe) umgewandelt werden müsste, und für den Fall einer Geldstrafe - entgegen dem Antrag der Verteidigung (Urk. 97 S. 2; Urk. 84 S. 1, 17; Urk. 108 S. 1) - deshalb nicht, weil dann zwei gleichartige Strafen vorlägen, was der Anwendung von Art. 46 Abs. 1 StGB entgegensteht (BGE 134 IV 241).

Im Folgenden ist deshalb alleine für den hier zur Anklage gebrachten gewerbmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage die angemessene Strafe festzusetzen.

3.3. Es kann vorweggenommen werden, dass die vorinstanzlich festgelegte Strafhöhe von 360 Strafeinheiten (d.h. 12 Monate Freiheitsstrafe von 360 Ta-

gessätze Geldstrafe) keinesfalls zu hoch ausgefallen ist. Es kann daher vorab einmal auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 96 S. 11 ff.). Auf gewerbsmässigem betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage steht eine Strafe von nicht unter 90 Tagessätzen Geldstrafe bis hin zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 147 Abs. 2 StGB). Die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe liegt damit im untersten Bereich dieses Strafrahmens.

3.3.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere führte die Verteidigung aus, die Vorinstanz habe in ihrem Urteil erwogen, dass die Art und Weise des Vorgehens des Beschuldigten auf eine erhebliche kriminelle Energie hindeuten würde. Gemäss der Vorinstanz hätte der Beschuldigte die Datensätze nicht nur erworben, sondern die erhaltenen Daten mit diversen Programmen, die er ebenfalls über das Internet erhältlich gemacht habe, entziffert, um schliesslich aus den vielen Daten die jeweiligen Kreditkarteninhaber und -nummern etc. entnehmen zu können. Dies treffe aber so nicht zu. Vielmehr habe es sich so verhalten, dass der Beschuldigte fertige Datensätze erhalten habe, welche er nicht mehr habe entziffern müssen. Vor diesem Hintergrund sei die erhebliche kriminelle Energie des Beschuldigten zu relativieren (Urk. 108 S. 3).

Den Ausführungen der Verteidigung kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zurecht das intensive deliktische Verhalten des Beschuldigten hervorgehoben. Innerhalb von knapp 10 Monaten hat der Beschuldigte mit fremden Kreditkartendaten im Internet unberechtigterweise Waren und Dienstleistungen im Gegenwert von gut Fr. 40'000.– bezogen (vgl. dazu Urk. 3 S. 19; Urk. 59 S. 2 ff. und insb. S. 60; Urk. 83 S. 2) und dies im Umfang von weiteren rund Fr. 50'000.– zu tun versucht. Durch seine an bis zu 12 Tagen pro Monat und typischerweise mehrfach täglich vorgenommenen Bestellaktionen summierte sich so die beeindruckende Anzahl von gegen 400 Einzelaktionen (vgl. Urk. 3 S. 19). Insbesondere zusammen mit dem zielgerichteten, wohlstudierten Vorgehen zur Beschaffung der Daten (vgl. dazu Urk. 96 S. 11 m.Hw.) sowie den Machenschaften zum Erhalt der bestellten Waren (Beschriften leerstehenden Briefkästen mit seinem Namen) dokumentiert dies eine ganz erhebliche kriminelle Energie. Schliesslich erklärte der Beschuldigte - entgegen den Ausführungen der Verteidigung - selber, es sei

das erste Mal eine relativ grosse Datenmenge gewesen. Er habe geprüft, welche Kreditkarten funktionieren würden und habe die nicht Funktionierenden aussortiert. Später habe er noch einmal eine grössere Anzahl von Datensätzen gekauft. Mit diversen Programmen, die er aus dem Internet heruntergeladen habe, habe man diese Datensätze dann entziffern können. Er habe in den Internetforen gelesen, man könne auf diese Weise testen, ob die Angaben funktionieren würden oder nicht (Urk. 82 S. 3 f.). Zwar mag - im Sinne des entsprechenden Einwands der Verteidigung (Urk. 84 S. 15; Urk. 108 S. 3) - die Anonymität des Internets dem Beschuldigten sein Handeln erleichtert haben. Dass sich der Beschuldigte "zu wenig Gedanken gemacht" habe, "dass es bei einem Internetdelikt am Ende wohl auch immer jemanden gibt, der zahlen muss und damit geschädigt wird" bzw. der Beschuldigten einzig daran gedacht habe, "dass die Kreditkarteninhaber ja nicht geschädigt werden, da die jeweiligen Belastungen auf Einsprache hin ja rückgängig gemacht werden", kann aber kaum ernsthaft vertreten werden. Dem - einschlägig vorbestraften (Urk. 99; Beizugsakten A) - Beschuldigten musste offensichtlich schon damals bekannt sein, dass er durch sein Vorgehen erheblichen Schaden anrichtete - was er denn auch immerhin an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung anerkannte (Urk. 82 S. 13).

3.3.2. In Bezug auf die subjektive Tatschwere führte die Verteidigung - zusammengefasst - aus, dass die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz zwar in theoretischer Hinsicht zutreffen mögen, sie seien aber nicht realistisch. Der Beschuldigte habe zum Zeitpunkt der Delikte bereits zwei Jahre nicht mehr im kaufmännischen Bereich gearbeitet, weil er in der Gastronomie habe Fuss fassen wollen. Bereits nachdem er lediglich ein Jahr von seinem angestammten Arbeitsbereich weg gewesen sei, habe er keine Stelle mehr im kaufmännischen Bereich finden können. Er habe damals rund 50 Bewerbungsschreiben versandt, woraus zwei Vorstellungsgespräche resultiert hätten, welche dann aber auch nicht zu einer Anstellung geführt hätten. Der Beschuldigte sei zu dieser Zeit verzweifelt gewesen, da er trotz intensiver Suche einfach keine Stelle gefunden habe. Es sei auch frustrierend gewesen, dass er bei den wenigen Stellen, wo er auf Probe habe arbeiten können, ausgenützt worden sei. Die Beantragung von Arbeitslosengeldern sei nicht möglich gewesen, weil der Beschuldigte schon zu lange

keine Anstellung mehr gehabt habe. Sozialhilfegelder hätte er sicherlich beantragen sollen, er habe sich aber damals geschämt, als Sozialfall angesehen zu werden. Der Beschuldigte sei während des besagten Zeitraums - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, wonach er keinerlei Unterstützungspflichten oder Abzahlungsgeschäften habe nachkommen müssen - verschuldet gewesen. Er habe weder Krankenkasse noch die Telefonrechnung oder die Billag bezahlen können und es hätten sich auch ansonsten Schulden angehäuft, welche er heute noch am abbezahlen sei. Diese finanzielle Not sei auch der Hintergrund für die hier zu beurteilenden Taten (Urk. 108 S. 3 f.).

Mit der Verteidigung kann sicher davon ausgegangen werden, dass der Tatentschluss des Beschuldigten von seiner damaligen schlechten finanziellen Lage mitbeeinflusst gewesen ist. So führte der Beschuldigte bereits im Untersuchungsverfahren sowie vor Vorinstanz aus, er sei zum grossen Teil arbeitslos gewesen, habe sich mit verschiedenen Jobs durchzuschlagen versucht, sei ausgenutzt worden und habe auf stundenweiser Basis monatlich lediglich gegen Fr. 1'000.- verdient. Das aus dem Verkauf der mit fremden Kreditkartendaten erhältlich gemachten Waren gelöste Geld habe er für den Lebensunterhalt gebraucht (Urk. 59 S. 58, 61; Urk. 82 S. 7; Urk. 83 S. 15/16; Prot. I S. 7). Allerdings vermögen ihn diese Umstände nicht zu entlasten; es versteht sich von selbst, dass eine prekäre finanzielle Situation delinquentes Verhalten nicht zu entschuldigen vermag, zumal der Beschuldigte grundsätzlich in der Lage gewesen wäre, ein geregelttes Erwerbseinkommen zu erzielen, die Lebenshaltungskosten mit seiner damaligen - zur fraglichen Zeit zu 100 % erwerbstätigen (Urk. 6 S. 1) - Freundin teilen konnte und überdies auch schon einmal während zweier Monate Sozialhilfe bezogen hatte (Urk. 96 S. 12/13). Der Beschuldigte sieht dies - im Nachhinein - denn auch ein; er habe in seiner Verzweiflung einen "Scheissdreck", eine "unwahrscheinlich grosse Dummheit" begangen (Urk. 59 S. 61; Urk. 82 S. 7; Prot. I S. 7), es sei "Verzweiflung und Dummheit" gewesen (Urk. 107 S. 4). Immerhin können die subjektiven Umstände insoweit zugunsten des Beschuldigten gewichtet werden, als sie nicht zu einer Erhöhung des objektiven Tatverschuldens führen.

Wenn die Vorinstanz sodann für das gesamthafte Tatverschulden eine hypothetische Einsatzstrafe "im unteren bis mittleren Bereich des ordentlichen Strafrahmens" sieht (Urk. 96 S. 13), so ist das einerseits zu vage und andererseits auch zu hoch gegriffen - zumindest was den "mittleren Bereich" betrifft, der beim gegebenen Strafrahmen von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe ja bei 5 Jahren Freiheitsstrafe liegen müsste. Wie aber die weiteren Erwägungen der Vorinstanz zeigen, ging diese jedoch dann in der Folge von einer offensichtlich erheblich tieferen Einsatzstrafe aus (ansonsten die schliesslich ausgesprochenen 12 Monate Freiheitsstrafe nicht nachvollziehbar wären). Als hypothetische Einsatzstrafe für das Tatverschulden erscheint deshalb eine Freiheitsstrafe von gegen 18 Monaten als angemessen.

3.3.3. In täterbezogener Hinsicht hat die Vorinstanz dem Beschuldigten zurecht strafehöhend angelastet, dass er einschlägig vorbestraft und während laufender Probezeit rückfällig geworden ist (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Dezember 2008: Schuldspruch wegen mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, mehrfachen Betrugs, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfachen geringfügigen Diebstahls, mehrfacher Verletzung des Schriftgeheimnisses; Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.-, bedingt auf 2 Jahre aufgeschoben, und Busse von Fr. 1'000.-; Urk. 99; Bezugsakten A Urk. 16). Dass er auch während der in vorliegendem Verfahren laufenden Untersuchung delinquent habe (so die Vorinstanz in Urk. 96 S. 13) stimmt zwar als Solches, kann dem Beschuldigten aber nicht entgegen gehalten werden, da er - wie die Verteidigung zurecht ausführte (Urk. 108 S. 5) - von der mit Verfügung vom 12. Mai 2009 eröffneten Strafuntersuchung zunächst nicht in Kenntnis gesetzt worden war (Urk. 16: die Mitteilung an den Beschuldigten erfolgte zur Sicherstellung der unbeeinflussten Beweissicherung damals lediglich ad acta). Erstmals mit den vorliegend zur Diskussion stehenden Vorwürfen konfrontiert wurde der Beschuldigte vielmehr erst nach seiner Verhaftung am 6. August 2009 (Urk. 15/3 S. 1). Nachher - und damit in Kenntnis der gegen ihn laufenden Untersuchung - ist er nicht mehr straffällig geworden.

Allerdings - und das hat die Vorinstanz übersehen - hat der Beschuldigte ab Mitte Oktober 2008 bereits zu einem Zeitpunkt wieder zu delinquieren begonnen, in welchem die Untersuchung noch lief, welche dann zum vorgenannten Strafbefehl vom 10. Dezember 2008 geführt hat: So wurde dem Beschuldigten in jenem Verfahren am 27. Februar 2008 erstmals der Vorwurf vorgehalten, die Kreditkartendaten seiner Freundin missbräuchlich verwendet zu haben (Beizugsakten A ND 1 Urk. 8), und am 13. April 2008 dann zusätzlich, auch die Kreditkarte einer Nachbarin entwendet und unrechtmässig zu seinen Gunsten eingesetzt zu haben (a.a.O. ND 1 Urk. 9). Das Verfahren fand hernach mit einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme am 12. November 2008 seinen Fortgang (a.a.O. Urk. 6) und mit dem Strafbefehl vom 10. Dezember 2008 seinen Abschluss. Dem Beschuldigten zugestellt werden konnte der Strafbefehl dann am 23. Februar 2009 (a.a.O. Urk. 16). Dass der Beschuldigte nun während dieses Verfahrens am 13. Oktober 2008 begonnen hat, wiederum mit fremden Kreditkartendaten unberechtigterweise Waren und Leistungen zu beziehen (und zwar intensiv: vom 13. Oktober 2008 bis zum 23. Februar 2009 gegen 100 Einsätze von unbefugt erhältlich gemachten Kartendaten, Anklageschrift S. 2, 3-13), fällt ganz erheblich straf erhöhend ins Gewicht.

Insgesamt muss sich demnach in deutlichem Masse straf erhöhend auswirken, dass der Beschuldigte sowohl während des seinerzeitigen Verfahrens als auch nach Erhalt des Strafbefehls vom 10. Dezember 2008 ungeachtet der laufenden Probezeit wieder einschlägig zu delinquieren begonnen hat.

Zutreffend ist sodann, wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten sein umfassendes Geständnis, sein kooperatives Verhalten in der Strafuntersuchung sowie seine Einsicht und Reue strafmindernd zugute hält (Urk. 96 S. 13). Immerhin sind seine Einsichts- und Reuebekundungen aber dahingehend mit einem Vorbehalt zu versehen, als er schon im mit Strafbefehl vom 10. Dezember 2008 abgeschlossenen Verfahren geäussert hatte, er habe einen "Riesenscheiss gebaut" (Beizugsakten A ND 1 Urk. 10 S. 11) bzw. "die Dummheit seines Lebens" begangen (a.a.O. Urk. 6 S. 6) - letzteres notabene in der Einvernahme vom 12. November 2008 zu einem Zeitpunkt, in welchem er bereits wieder die ersten der vorliegend zur

Anklage gebrachten missbräuchlichen Karteneinsätze vorgenommen hatte (Anklageschrift S. 3/4).

Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen in den Täterkomponenten insgesamt die hypothetische Einsatzstrafe strafreduzierende Elemente erblickt (Urk. 96 S. 13), ist dies allzu wohlwollend. Das vom früheren Verfahren und dem damit verbundenen Strafbefehl völlig unbeeindruckte Weiterdelinquieren hat sicher einen ebenso stark strafferhöhende Konsequenz wie das Geständnis, die Kooperation und die - zurückhaltend zu würdigende - Einsicht und Reue eine Strafminderung zur Folge hat.

Schliesslich bleiben die aktuellen persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen. So führte er anlässlich der Berufungsverhandlung aus, dass er bei der G._____ im ... arbeite, wo er derzeit zu 100% angestellt sei. Er verdiene monatlich 4'200.- netto, einschliesslich Trinkgelder, Ferienanteil und Anteil am 13. Monatslohn. Er wohne noch mit einer anderen Person zusammen, er werde die Wohnung aber in einem bis zwei Monaten alleine übernehmen. Er sei ledig und derzeit nicht in einer Beziehung. Angesprochen auf seine Zukunft meinte der Beschuldigte, er möchte gerne nur arbeiten, seine Schulden begleichen und ein normales Leben führen (Urk. 107 S. 2 f.; vgl. auch Urk. 108 S. 5). Die aktuellen persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wirken sich bei der Strafzumessung neutral aus.

3.3.4. Aus alledem folgt, dass - wie bereits eingangs angetönt - die vorinstanzlich ausgefallte Freiheitsstrafe von 12 Monaten (bzw. 360 Strafeinheiten) eher als zu tief angesetzt erscheint. Eine Erhöhung der Strafe fällt aber angesichts der prozessualen Ausgangslage im vorliegenden Berufungsverfahren ausser Betracht (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3.3.5. Es bleibt damit zu beantworten, ob der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten oder - was in dieser Höhe gerade noch möglich wäre - einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB) zu bestrafen ist.

3.3.5.1. Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage richtig zusammengefasst (Urk. 96 S. 14; Art. 82 Abs. 4 StPO). Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips steht im Bereich zwischen 6 und 12 Monaten Freiheitsstrafe bzw. 180 und 360 Tagessätzen Geldstrafe die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe weniger eingriffsintensive Sanktion im Vordergrund. Bei der Wahl der Sanktionsart ist aber als wichtiges Kriterium auch die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 85 E. 4.1 m.w.H.; BGE 134 IV 101 E. 4.2.2.). Dabei steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu.

3.3.5.2. Es ist festzustellen, dass dem Beschuldigten sowohl der Umstand, dass er im Jahre 2008 in einer Strafuntersuchung stand, als auch die anschliessend mit Strafbefehl vom 10. Dezember 2008 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen sowie die Busse von Fr. 1'000.– offensichtlich nicht den geringsten Eindruck gemacht haben. Nur so kann erklärt werden, dass er ungeachtet der Strafuntersuchung und des Strafbefehls einfach wieder in der gleichen Weise - und dieses Mal im grossen Stil - Kreditkartendaten zu missbrauchen begann, mit dem einzigen Unterschied, dass er diese nun aus dem Internet beschaffte, währenddem er sie bei der ersten Deliktsserie physisch abschrieb bzw. die entsprechende Karte stahl. Nachdem eine bedingte Geldstrafe und eine (unbedingte) Busse erheblicher Höhe - welche der Beschuldigte bis heute nicht bezahlt hat gemäss seiner Verteidigung aber aktuell in monatlichen Raten abzahle (Urk. 108 S. 6) - also augenscheinlich null spezialpräventiven Effekt gezeigt haben, kann nun heute nichts anderes als die Ausfällung einer Freiheitsstrafe in Frage kommen. Zwar wäre denkbar, im Regelfall bei rückfälligen Tätern von einer Stufenfolge "bedingte Geldstrafe - unbedingte/teilbedingte Geldstrafe - Freiheitsstrafe" auszugehen. Wenn sich aber ein Täter von einem früheren Strafverfahren und einer dort ausgesprochenen bedingten Geldstrafe sowie einer damit verbundenen Busse so komplett unbeeindruckt zeigt, dass er wie der Beschuldigte noch während des früheren Verfahrens wieder einschlägig zu delinquieren beginnt und damit auch nach Erhalt eines ersten verurteilenden Erkenntnisses nicht aufhört, so darf - entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 108

S. 6) - füglich davon ausgegangen werden, dass auch eine teil- oder unbedingte Geldstrafe ihn nicht von weiterem Delinquieren abzuhalten vermöchte. Dass die Verbüßung einer Freiheitsstrafe für den Beschuldigten mit gewissen Unannehmlichkeiten verbunden sein wird, ist notwendige Folge seiner Delinquenz und der damit erwirkten Strafe. Die von der Vorinstanz angestellten Überlegungen zur Halbgefängenschaft (Urk. 96 S. 15) sind daher nur am Rande relevant, ganz davon abgesehen, dass ohnehin die Vollzugsbehörde beim Strafantritt darüber zu entscheiden hat, ob ein Verurteilter die Voraussetzungen für die Verbüßung einer Strafe in Halbgefängenschaft erfüllt. Dass der Beschuldigte seine derzeitige Festanstellung in der "G._____" verlieren würde, wenn er eine Freiheitsstrafe zu verbüßen hätte (so der Verteidiger in Urk. 84 S. 17), ist - mit der Vorinstanz (Urk. 96 S. 15) - nicht entscheidend, indessen auch nicht belegt. Aus dem selben Grund sind auch die entsprechenden Ausführungen der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung, wonach die Ausfällung einer Freiheitsstrafe kontraproduktiv sei, da der Beschuldigte es nun endlich geschafft habe, beruflich Fuss zu fassen und seit Sommer 2011 eine Festanstellung habe (Urk. 108 S. 6), bezüglich der Sanktionsart nicht entscheidend.

3.3.5.3. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ist damit der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu bestrafen. Darauf anzurechnen sind die durch Haft bereits erstandenen 3 Tage (Art. 51 StGB).

3.3.5.4. Ergänzt sei schliesslich, dass bei der gegebenen Konstellation zwar ein Fall retrospektiver Konkurrenz im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB vorliegt (Vorstrafe vom 10. Dezember 2008, heute zu beurteilende Delinquenz ab 13. Oktober 2008). Unter Verweis auf den bereits genannten BGE 137 IV 57 ff. ist aber die Ausfällung einer Zusatzstrafe darum nicht möglich, weil vorliegend mit einer Freiheitsstrafe im Verhältnis zum Strafbefehl vom 10. Dezember 2008 keine gleichartige Strafe ausgesprochen wird.

4. Strafvollzug

4.1. Die Vorinstanz hat ausführlich begründet, dass hinsichtlich der Legalbewährung des Beschuldigten erhebliche Bedenken bestünden und ihm eine günstige

Prognose nur gestellt werden könne, wenn 6 Monate der ausgefallenen Freiheitsstrafe vollzogen werden und hinsichtlich der aufgeschobenen anderen 6 Monate eine Probezeit von 5 Jahren angesetzt werde (Urk. 96 S. 16-20).

4.2. Diese Überlegungen sind sehr wohlwollend. Es hätte ohne Weiteres auch begründet werden können, dass dem Beschuldigten eine schlechte Legalprognose zu stellen sei, welche den Vollzug der gesamten Strafe notwendig mache. Wie bereits mehrfach erwähnt, hat bekanntlich das frühere Strafverfahren und der dort ausgestellte Strafbefehl dem Beschuldigten überhaupt keinen Eindruck gemacht, hat er doch völlig unbekümmert sowohl während jenen Untersuchungsverfahrens als auch nach Erhalt des Strafbefehls weiter einschlägig delinquent. Seine Beteuerungen, er könne sich "mit bestem Wissen nicht vorstellen, erneut eine solche grosse Dummheit zu begehen" (Prot. I S. 7/8), muss daher mit grosser Skepsis begegnet werden. Immerhin hat er nämlich auch schon im früheren Verfahren in der Einvernahme vom 12. November 2008 dem jene Untersuchung führenden Staatsanwalt - vermeintlich einsichtig - gesagt, er habe "die Dummheit seines Lebens" begangen (Beizugsakten A Urk. 6) - eine heuchlerische Unverfrorenheit angesichts dessen, dass er bis zu jenem Zeitpunkt im Oktober und anfangs November bereits schon wieder mehrfach unbefugt erhältlich gemachte fremde Kreditkartendaten missbraucht hatte (vgl. Anklageschrift S. 3/4).

4.3. Nachdem eine Abänderung des vorinstanzlichen Urteils zulasten des Beschuldigten nicht möglich ist (Art. 391 Abs. 2 StPO), hat es aber beim Entscheid zu bleiben, dass von der 12-monatigen Freiheitsstrafe 6 Monate zu vollziehen und 6 Monate bei einer Probezeit von 5 Jahren bedingt aufzuschieben sind.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss hat der Beschuldigte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung, vom 31. Januar 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 - "1. Der Beschuldigte ist schuldig des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Geringfügigkeit nach Art. 172ter Abs. 1 StGB.
 2. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Dezember 2008 ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.– wird widerrufen.
 3. (...)
 4. (...)
 5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. August 2009 beschlagnahmte Paket mit der Track-Nr. ..., adressiert an B.____, ... [Adresse], wird definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
 6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 13. August 2009 beschlagnahmten Gegenstände (1 Apple iPhone 3G IMEI ...inkl. Verpackung und Lieferschein [Paket adressiert an C.____]; 1 Notebook schwarz MSI U100, inkl. Verpackung; 1 Notebook weiss MSI U100; Philips Fernsehgerät Serial No: ... inkl. Fernbedienung; 1 Modem Swisscom, 1 Memory-Stick, 1 Kopfhörer Netzadapter [iPod-Kopfhörer und iPod USB Power Adapter]; 3 Unterlagen ...; diverse Rechnungen "... etc.; Verpackung iPhone 3G IMEI ...; Verpackung Motorola Natel IMEI ... inkl. USB-Kabel und SD-Karte; 2 Geschenkkarten [Z.____ und ...]; 1 Post-Abholschein auf "B.____" vom 29.07.09; Karten [2 Simkartons Swisscom, 1 Geschenkkarte Z.____]; 1 Post-Abholschein ... vom 13.07.09; 1 Z.____ Paket "D.____"; 2 Verpackungen MacBook [Model NO: A1297, Serial No. ... und ...]; Verpackung zu MSI U100 black, inkl. Schutzhülle zu MSI Wind Netbook; Verpackungsteil zu MacBook Serial No. ...; Verpackungsteil zu TV Philips Serial No. ...) werden definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 13. August 2009 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von total Fr. 2'300.– (15 x Fr. 100.–, 6 x Fr. 100.–, 1 x Fr. 200.–) wird eingezogen und zur Verfahrenkostendeckung verwendet.
 8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 28. August 2009 beschlagnahmten Gegenstände (1 Apple iPhone 8 GB, IMEI ...; 1 PC Xp-Case Creative) werden definitiv eingezogen und der Gerichtskasse soweit möglich zur Verwertung, im Übrigen zur Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
 9. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte die Zivilansprüche der E._____ AG in der Höhe von Fr. 968.98 sowie die Zivilansprüche der F._____ in der Höhe von Fr. 2'405.70 anerkennt.
 10. Im Übrigen werden die Privatkläger mit ihren Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
 11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'530.– Kosten der Kantonspolizei Zürich,
Fr. 4'000.– Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung
Fr. 6'334.10 Kosten für amtliche Verteidigung im Vorverfahren

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten; über diese wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
 12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe die Kosten für die amtliche Verteidigung wird mit separatem Beschluss entschieden.
 13. (Mitteilungen)
 14. (Rechtsmittelbelehrung)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 3 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 6 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. Im Übrigen wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
6. 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
I. Strafkammer

Zürich, 22. August 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Volken

lic. iur. M. Hauser