

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230037-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichter lic. iur. Castrovilli
und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiber
MLaw Andres

Urteil vom 15. Dezember 2023

in Sachen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. Wiederkehr
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

betreffend **gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahl etc. und Wi-
derruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom
16. Mai 2022 (DG210017)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmattal / Albis vom 2. Dezember 2021 (Urk. 32) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und teilweise 3 Abs. 1 StGB,
 - des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB,
 - des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 20 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 558 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 13. Oktober 2020 bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 60.00 unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren wird nicht widerrufen.
5. Von einer obligatorischen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB wird abgesehen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 2. Dezember 2021 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von Fr. 540.00 wird eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
7. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 1 Schadenersatz von insgesamt Fr. 2'764.20 sowie Umtriebsentschädigung von insgesamt Fr. 400.00 zu bezahlen.

8. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 2 Schadenersatz von Fr. 278.00 und Genugtuung von Fr. 100.00 zu bezahlen.
9. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 3 Schadenersatz von Fr. 6'780.00 zu bezahlen.
10. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 16'060.20 (inkl. Fr. 1'147.30 Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
11. Es wird davon Vormerk genommen, dass der frühere amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____, bereits mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 14. Dezember 2020 mit Fr. 1'557.45 (inkl. Fr. 111.35 MwSt.) entschädigt wurde.
12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'200.00 Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 670.00 Auslagen der Polizei
Fr. 1'557.45 amtliche Verteidigung RA Dr. iur. X2._____
Fr. 16'060.20 amtliche Verteidigung RA lic. iur. X1._____

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis:

(Urk. 98 S. 1 f.)

1. Der Beschuldigte sei im Sinne der Anklage mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten zu bestrafen.
2. Die Freiheitsstrafe sei vollumfänglich zu vollziehen.
3. Der Beschuldigte sei für die Dauer von 8 Jahren des Landes zu verweisen.

b) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 97 S. 1)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 16. Mai 2022 sei betreffend die Ziffern 1, Spiegelstrich 1 und 2 sowie Ziffer 2 aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei von den Vorwürfen des gewerbsmässigen Diebstahls (Dossier 1, 2, 12 - 17) freizusprechen.
3. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten unter Anrechnung der entstandenen Haft zu bestrafen.
4. Der Beschuldigte sei für die entstandene Überhaft angemessen zu entschädigen.
5. Es sei festzustellen, dass das Beschleunigungsgebot verletzt ist.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene, mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 16. Mai 2022 meldete die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (nachfolgend Staatsanwaltschaft) und der Beschuldigte innert Frist Berufung an (Urk. 73 und 74). Die Berufungserklärungen gingen ebenfalls innert Frist ein (Urk. 79/1-2 sowie Urk. 81 und 82). Die Privatkläger liessen sich nicht vernehmen. Die Parteien wurden am 29. März 2023 zur Berufungsverhandlung auf den 10. November 2023 vorgeladen (Urk. 89/1-8). Der Beschuldigte blieb dem ersten Verhandlungstermin unentschuldigt fern. Es erschien einzig sein Verteidiger sowie die leitende Staatsanwältin (Prot. II S. 3). Die Verhandlung wurde entsprechend abgebrochen und eine neuerliche Vorladung in Aussicht gestellt. Noch gleichentags wurde erneut zur Berufungsverhandlung auf den 15. Dezember 2023 vorgeladen (Urk. 93/1-8). Mit Eingabe vom 16. November 2023 stellte die Verteidigung das Gesuch, die Vorladung für die Berufungsverhandlung abzunehmen und das schriftliche Verfahren anzuordnen. Eventualiter wurde beantragt, den Beschuldigten vom persönlichen Erscheinen an der Berufungsverhandlung zu dispensieren (Urk. 94). Mit Präsidialverfügung vom 20. November 2023 wurden beide Anträge abgewiesen (Urk. 95). Zum Verhandlungstermin vom 15. Dezember 2023 erschien der Beschuldigte erneut unentschuldigt nicht. Entsprechend wurde die Berufungsverhandlung in seiner Abwesenheit durchgeführt (Prot. II S. 8 ff.) und gleichentags das vorliegende Abwesenheitsurteil gefällt (Prot. II S. 12 ff.).

Der Beschuldigte war bereits am 16. Mai 2022 aus der Haft entlassen worden (Prot. I S. 33).

II. Prozessuales

1. Zunächst ist auf das Abwesenheitsverfahren einzugehen:

1.1. Die Säumnisfolgen im Berufungsverfahren unterscheiden sich von denjenigen im erstinstanzlichen Verfahren (Art. 366 ff. StPO). Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren findet im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 407 Abs. 2 StPO ein Abwesenheitsverfahren gemäss Art. 366 ff. StPO nur dann statt, wenn die Staatsanwalt-

schaft oder die Privatklägerschaft Berufung erhoben haben. In diesem Fall muss die Verhandlung ein erstes Mal verschoben werden, und es kann erst am zweiten Termin ein Abwesenheitsurteil gefällt werden, gegen welches unter den Voraussetzungen des Art. 368 StPO ein Gesuch um neue Beurteilung eingereicht werden kann. Hat hingegen die beschuldigte Person Berufung erhoben und bleibt sie der Berufungsverhandlung unentschuldigt fern und lässt sie sich (ausser in Fällen der amtlichen oder notwendigen Verteidigung) auch nicht vertreten, gilt die Berufung gemäss Art. 407 Abs. 1 lit. a StPO als zurückgezogen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1293/2018 vom 14. März 2019 E. 3.3.2).

1.2. Sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft haben eigenständig Berufung erhoben. Der Beschuldigte wurde sowohl zum ersten als auch zum zweiten Berufungsverhandlungstermin ordnungsgemäss vorgeladen (Vorladungen an den Beschuldigten samt Empfangsscheinen vgl. Urk. 93/2 und Urk. 89/2). Dennoch ist er an beiden Terminen unentschuldigt nicht erschienen. Bereits anlässlich des ersten Verhandlungstermins vom 10. November 2023 bestätigte sein amtlicher Verteidiger, zur Vertretung der Berufung vom Beschuldigten genügend instruiert zu sein (Prot. II S. 4). Im Rahmen der zweiten Berufungsverhandlung erklärte der amtliche Verteidiger zudem, dass er im Vorfeld der Verhandlung telefonischen Kontakt mit dem Beschuldigten gehabt habe und dieser entsprechend über den Verhandlungstermin informiert sei, jedoch nicht erscheinen werde (Prot. II S. 9). Anlässlich der Strafuntersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens hatte der Beschuldigte ausreichend Gelegenheit, sich zu den ihm vorgeworfenen Straftaten zu äussern (Urk. 7/1-4; Urk. 10/1-2; Prot. I S. 7 ff.). Entsprechend sind die Voraussetzungen für ein Abwesenheitsurteil erfüllt. Nachdem der Beschuldigte, wie dargelegt, selber Berufungskläger ist und sich trotz seiner Säumnis von seinem amtlichen Verteidiger vertreten liess, greift die Rückzugsfiktion gemäss Art. 407 Abs. 1 StPO hinsichtlich seiner Berufung nicht (Art. 407 Abs. 1 lit. a StPO e contrario).

2. Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen). Die Staatsanwaltschaft beantragt im Berufungsverfahren eine zu

vollziehende Freiheitsstrafe von 28 Monaten und die Anordnung einer Landesverweisung für die Dauer von 8 Jahren (Urk. 81; Urk. 98 S. 1). Die Verteidigung verlangt mit der Berufungserklärung die Aufhebung der Ziffer 1 "Spiegelstrich 1 und 2" und einen Freispruch vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls (Dossier 1, 2, 12-17; Urk. 82). Den gleichlautenden Antrag stellte die Verteidigung auch an der Berufungsverhandlung (Urk. 97 S. 1, Antragsziffer 1). Sowohl aus der Antragsziffer 2 als auch aus den Ausführungen der Verteidigung zur Berufungserklärung und im Plädoyer ergibt sich allerdings, dass neben dem Schuldspruch wegen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 3) auch der Schuldspruch des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB (Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 2) nicht beanstandet wird. Es geht der Verteidigung bei der Berufung ausdrücklich darum, dass der Beschuldigte in den genannten Dossiers vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls freizusprechen sei (Urk. 82 S. 3 Rz 3; Urk. 97 S. 2 f.). Weiter beantragt die amtliche Verteidigung eine mildere Strafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe und eine Entschädigung für die erstandene Überhaft (Urk. 82). Nicht angefochten sind demnach die Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch wegen gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage und Fahrens ohne Berechtigung), 4 (Verzicht Widerruf) sowie 6-13 (Einziehung, Zivilforderungen und Kosten- und Entschädigungsfolgen). Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

A. Sachverhalt

1. Ausgangslage

Die Anklage umfasst neben dem anerkannten Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung im Wesentlichen zwei Deliktsgruppen. Zum einen geht es um Diebstähle von Waren in B.____-Filialen am 11. März 2020, 18. März 2020, 16. Juni 2020 (Dossier 4-10) durch den Beschuldigten. Diese Diebstähle werden vom Beschuldigten anerkannt. Zum anderen geht es um Diebstähle von Portemonnaies aus Taschen/Einkaufstaschen mit Geld und Bankkarten etc. zwischen Juni bis Oktober

2020 von (älteren) Kunden in C._____- und K._____-Filialen bei denen der Beschuldigte im Anschluss daran mit den entwendeten Bankkarten an Bankomaten Geld abgehoben oder dies versucht habe (Dossier 2, 12-17). Hinsichtlich dieser letzteren Diebstähle – gemäss Anklage teilweise mit D._____ und unbekannter Täterschaft – bestreitet der Beschuldigte seine Täterschaft und macht geltend, nur mit den Karten Geld abgehoben oder diese versucht zu haben (vgl. Urk. 67 S. 4 unten). Hinzu kommt ein Diebstahl und ein Diebstahlversuch von einer Handtasche bzw. Portemonnaie von Kunden in einer C._____-Filiale am 5. November 2020 durch den Beschuldigten zusammen mit D._____ und E._____ (Dossier 19, Anklageschrift S. 11), welcher zur Verhaftung des Beschuldigten führte. Er bestreitet eine Beteiligung an diesem Diebstahl bzw. Diebstahlversuch. Die Vorinstanz erachtete den Anklagesachverhalt als erstellt und verurteilte den Beschuldigten hinsichtlich der Diebstähle wegen gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und teilweise Ziff. 3 Abs. 1 StGB. Hervorzuheben ist, dass die Diebstähle der Portemonnaies etc. zusammen mit den vom Beschuldigten alleine begangenen Diebstählen in den B._____-Filialen (Dossier 4-10) als gewerbsmässig qualifiziert wurden. Da er diese alleine begangen hat, erkannte die Vorinstanz nur teilweise auf bandenmässige Tatbegehung (Urk. 80 S. 13-20).

2. Beweisgrundsätze und Beweismittel

Die Vorinstanz hat sich mit den Grundlagen der Sachverhaltserstellung auseinandergesetzt. Dem ist nichts hinzuzufügen, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 80 S. 9 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die vom Beschuldigten bestrittenen Teile des angeklagten Sachverhalts sind demnach aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemeingültigen Beweisregeln zu würdigen. Weiter hat die Vorinstanz die relevanten Aussagen korrekt zusammengefasst (Urk. 80 S. 11 ff.). Darauf ist in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO zu verweisen.

3. Sachverhaltswürdigung

3.1. Die von der Vorinstanz sorgfältig vorgenommene Beweiswürdigung erweist sich als zutreffend, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 80

S. 13-20, Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen haben deshalb grundsätzlich ergänzenden Charakter und erfolgen im Wesentlichen im Sinne einer Rekapitulation der zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen, wobei einzelne Aspekte nochmals näher zu betrachten sind.

3.2. Der Beschuldigte hat anerkannt, die ihm in der Anklage zur Last gelegten Geldabhebungen bzw. versuchten Geldabhebungen mit den von Kunden in C._____- und K._____-Filialen gestohlenen Bankkarten zwischen Juni und Oktober 2020 begangen zu haben. Er hat dazu angegeben, dass er jeweils im Auto gewartet habe. Wenn "er" (gemeint die unbekannte Täterschaft oder D._____) Karten habe stehlen können, habe dieser ihm diese übergeben und er (der Beschuldigte) habe jeweils zum Bankomat gehen müssen. Sie, also er und die unbekannte Täterschaft, seien immer im Auto des Beschuldigten gefahren. Er kenne diese Person nicht so gut. Sie seien vom Bahnhof E._____ und später von ihm zu Hause aus zu den Verkaufsgeschäften gefahren. Sie seien immer nur zu zweit gewesen. Er habe vom abgehobenen Geld 10 bis 30 Prozent erhalten (Urk. 7/4 F/A 122-130). Entgegen der Ansicht des Beschuldigten liegt bei dieser Konstellation ohne Weiteres ein gemeinsamer Tatentschluss und gleichmassgebliches Zusammenwirken des Beschuldigten und der unbekanntes Täterschaft auch hinsichtlich der Diebstähle der Portemonnaies samt Inhalt vor. Es bestand eine vereinbarte Rollenverteilung zwischen ihnen und die Beute wurde auch geteilt. Die Bankomatbezüge wären ohne die vorangehenden Diebstähle nicht möglich gewesen. Zudem wurden bei den Diebstählen – offensichtlich nicht zufällig – ältere Leute zum Ziel gemacht (Jahrgänge 1945 [D1], 1943 [D2], 1948 [D12], 1934 [D13], 1950 [D14], 1953 [D15], 1949 [D16], 1946 [D17]), was unter anderem damit zu erklären sein dürfte, dass diese – aus altersbedingter Vergesslichkeit – häufiger die PIN-Codes ihrer Bankkarten im Portemonnaie aufbewahren. Somit konnte die Erfolgsquote für die jeweils vom Beschuldigten gleich im Anschluss an die Diebstähle vorgenommenen Bancomatbezüge gezielt gesteigert werden. Dieser Umstand ist als weiteres Indiz für das planmässige Zusammenwirken des Beschuldigten mit seinen Mittätern zu werten. Sein Mittäter D._____ sagte denn auch aus, wenn er (D._____) seine Fehler nicht begangen hätte, hätte der Beschuldigte seine nicht begehen können (Urk. 10/2 F/A 41). Der Beschuldigte hat ferner seinen Mittäter zu den Tatorten gefahren und im

Auto gewartet. Es liegt mithin, wie angeklagt, Mittäterschaft vor und der Beschuldigte muss sich auch die gemeinsam abgesprochenen Handlungen bzw. Diebstähle (Dossier 2 und 12-17) seines (unbekannten) Mittäters anrechnen lassen (vgl. dazu auch weiter unten zur Bandenmässigkeit).

3.3.1. Weiter wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am 5. November 2020 zusammen mit D._____ und E._____ um 09.50 Uhr der Geschädigten F._____ (Jahrgang 1945) in der C._____ -Filiale (C._____ 1) in G._____ ihr Portemonnaie mit Bargeld aus der Handtasche gestohlen zu haben. D._____ habe dies gemacht, der Beschuldigte habe aufgepasst, dass dieser nicht erwischt werde und E._____ habe Schmiere gestanden. D._____ habe dem Beschuldigten draussen das Bargeld (ca. Fr. 531.-) übergeben. Um ca. 10.30 Uhr hätten sie dann im C._____ H._____ [Ortschaft] (C._____ 2) versucht einer unbekanntem Geschädigten das Portemonnaie zu entwenden. Bei diesem Versuch habe der Beschuldigte draussen Schmiere gestanden (Dossier 1, Anklageschrift S. 11).

3.3.2. Der Beschuldigte bestreitet eine Beteiligung an diesen Vorgängen. Er sei zusammen mit D._____ nur deshalb im C._____ gewesen, um sich einen Café und ein Sandwich zu kaufen. Danach habe er sich dem C._____ gegenüber mit seiner Freundin getroffen, um von ihr Fr. 500.- auszuleihen. Anlässlich der Hafteinvernahme hat der Beschuldigte davon nichts gesagt, sondern lediglich, dass er im Auto und mit dem Telefon beschäftigt gewesen sei. Er habe vermutet, dass die beiden anderen klauen gehen (Urk. 10/1 F/A 25; Urk. 7/3 F/A 7; Prot. I S. 16). In der Konfrontationseinvernahme meinte D._____, er sei der einzige gewesen, der geklaut habe. Die anderen beiden hätten nichts damit zu tun gehabt (Urk. 10/1 F/A 24-42). Auf den Vorhalt, F._____ sei das Portemonnaie mit Fr. 531.- gestohlen worden, gab D._____ an, "Ich stehle. Ich weiss nicht genau, wie viel Geld es war.". Weiter bestätigte er, dass er und der Beschuldigte in den ersten C._____ gegangen seien. Er wisse nicht wie viel Geld die Frau im Portemonnaie gehabt habe. Als er verhaftet worden sei, habe er Fr. 2.- auf sich gehabt (Urk. 10/1 F/A 23-24 und 30). E._____ gab in der Hafteinvernahme zwar an, er sei beim ersten C._____ im Auto gewesen und D._____ sowie der Beschuldigte seien ohne Tasche oder so zurückgekommen. Der Beschuldigte habe in seiner Jackentasche einen Geldbeutel mit viel Münz gehabt, aber kein Portemonnaie. Er habe diesen geöffnet und das Geld in seine

Jackentasche geschüttet. Er sei ganz klar davon ausgegangen, dass sie den Geldbeutel im C._____ gestohlen hätten. Als sie aus dem C._____ gekommen seien, habe er D._____ gefragt, was sie gestohlen hätten, und dieser habe gesagt: "Geld" (Urk. 9/1 S. 3). Diese Aussagen bestätigte er allerdings in der Konfrontationseinvernahme nicht (Urk. 10/1). Anzuführen ist, dass die drei an diesem Tag in den C._____ -Filialen – in welchen es keine Videoüberwachung gibt – von der Polizei überwacht wurden. Gemäss Polizeirapport verhielten sich die drei konspirativ. D._____ und E._____ seien im C._____ ziellos umhergelaufen und hätten sich immerzu vergewissert, ob sie selbst beobachtet würden. Nach 45 Minuten seien sie wieder getrennt rausgegangen (Urk. 11/1-3). Bei seiner Verhaftung hatte der Beschuldigte einer Barschaft von Fr. 540.– in Noten auf sich (Urk. 18/1 S. 2).

3.3.3. Die Umschreibung des Anklagesachverhalts ist zwar knapp gehalten, jedoch steht auch kein besonders komplexes Tatgeschehen zur Debatte, und die notwendigen Elemente zur Umschreibung des dem Beschuldigten und seinen Mittätern vorgeworfenen, mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in der Anklageschrift enthalten sind. Auch die Rollenaufteilung – einer begeht den Taschendiebstahl, einer [der Beschuldigte] passt in unmittelbarer Nähe im Laden auf, einer steht draussen vor dem Laden Schmiere, schliesslich rasche Entledigung des Deliktsguts an einen Mittäter – ist durchaus ausreichend beschrieben. Der Beschuldigte wusste anhand dieses Tatvorwurfs, wogegen er sich zu verteidigen hat. Entgegen den Einwendungen der Verteidigung (Urk. 98 S. 4) ist keine Verletzung des Anklagegrundsatzes zu erkennen.

3.3.4. Mit Blick auf die Sachverhaltserstellung kann ferner mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass aufgrund der Aussagen von D._____, E._____ und des Beschuldigten erstellt ist, dass alle drei an diesem 5. November 2020 zuerst im C._____ 1 und anschliessend im C._____ 2 vor Ort waren. Weiter ist erstellt, dass der Beschuldigte und D._____ in den C._____ 1 gingen und längere Zeit dort waren. Schliesslich hat D._____ anerkannt, dort ein Portemonnaie entwendet zu haben, wobei er nicht wisse, wie viel Geld darin gewesen sei. Der Beschuldigte bestreitet im Übrigen auch nicht, dass es da zu einem Diebstahl gekommen ist (Urk. 10/2 F/A 57). Wie erwogen hat der Beschuldigte mit unbekannter Täterschaft, aber auch schon zusammen mit D._____ als Mittäter, zuletzt am 20. Oktober 2020

– also rund zwei Wochen vor diesem Vorfall –, Portemonnaies von älteren C._____ und K._____ Kundinnen gestohlen und anschliessend Geldabhebungen mit den darin enthaltenen, entwendeten Bankkarten getätigt bzw. dies versucht (vgl. Dossier 16 und 17). Es bestehen daher keine unüberwindbaren Zweifel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO daran, dass dies am 5. November 2020 ebenfalls der Plan der beiden war. Wie erwähnt stellt sich der Beschuldigte zu Unrecht auf den Standpunkt, mit den – den (versuchten) Bankomatbezügen mittels der mit den Portemonnaies entwendeten Bankkarten – vorausgehenden Portemonnaies-Diebstählen nichts zu tun zu haben, nur weil die eigentliche Wegnahme durch den Mittäter erfolgte. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Beschuldigte sonst zusammen mit seinen Mittätern an diesem 5. November 2020 von einem C._____ zum anderen fahren. Sein Vorbringen, er habe einen Café und ein Sandwich kaufen wollen, erscheint als offensichtliche Schutzbehauptung. Dafür muss er nicht zusammen mit zwei anderen Männern gemeinsam von C._____ zu C._____ fahren. Sodann kommt hinzu, dass er anlässlich der Verhaftung eine Barschaft von Fr. 540.– auf sich trug, hingegen D._____ lediglich Fr. 2.–, weshalb erstellt ist, dass zwischen ihnen eine Geldübergabe stattgefunden hat. Es ist denn auch gerichtsnotorisch, dass der die Wegnahme vollziehende Dieb bei solchen Vorgängen sich so schnell wie möglich der Beute entledigt und diese einem Mittäter übergibt. Die vom Beschuldigten vorgebrachte Version, das Geld kurz zuvor von seiner Freundin ausgeliehen zu haben, erscheint frei erfunden und als Schutzbehauptung. Auf Nachfrage hin meinte der Beschuldigte, er kenne ihren Familiennamen nicht und habe auch ihre Telefonnummer nicht notiert. Er habe sie zuvor am 4. November 2020 in einer Bar getroffen. Gleichzeitig brachte er aber vor, eine andere Frau gebeten zu haben, seine Freundin am 4. November 2020 anzurufen, da seine Freundin eine verheiratete Frau sei. Die Freundin arbeite in einer Bar. Er wolle den Namen seiner Freundin nicht nennen, weil sie verheiratet sei und er ihr keine Probleme bereiten möchte (Urk. 10/1 F/A 28/29). Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie es dazu gekommen sein soll, dass er am 5. November 2020 noch schnell zu seiner Freundin gegangen sei und sie ihm Fr. 500.– ausgeliehen haben soll. Anzuführen ist, dass der Beschuldigte auch die Bar nicht näher beschreiben konnte und ausdrücklich angab, die Freundin erstmals am 4. November 2020 gesehen zu haben und dass diese in einer Bar in der I._____ -strasse als Prostituierte arbeite (Urk. 10/1 F/A 39/40). All

dies erscheint äusserst suspekt. Es erhellt auch nicht, dass er von einer Frau, die er seit einem Tag kennt und als Prostituierte arbeitet, von seiner "Freundin" reden kann und diese ihm einfach so Fr. 500.– ausleihen sollte. Viel naheliegender erscheint, dass die auf ihm gefundene Barschaft (zumindest teilweise) aus dem Diebstahl gegenüber der Geschädigten F._____ stammt, zumal dieser ca. Fr. 531.– entwendet wurden und D._____ kein Geld auf sich hatte. Der Beschuldigte war demnach bei diesen Diebstählen offensichtlich dabei, um Bankkarten oder Beute zu übernehmen. Auch dieser Sachverhalt ist demnach ohne relevante Zweifel erstellt.

3.4. Nicht erstellt ist hingegen der ebenfalls in Dossier 1 angeklagte versuchte Diebstahl im C._____ 2 bzw. H._____ gegenüber einer unbekanntem Geschädigten (Anklageschrift S. 11 Dossier 1 zweiter Teil). Hierfür fehlen genügende Anhaltspunkte bzw. Belastungen. Der Beschuldigte ist demnach in diesem Punkt (Dossier 1, versuchter Diebstahl im C._____ H._____) freizusprechen.

B. Rechtliche Würdigung

1. Vorbemerkung

Die Schuldsprüche wegen gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB und Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b StGB sind – wie erwähnt – unangefochten geblieben. Zu prüfen bleibt, ob beim Diebstahl bandenmässiges und gewerbsmässiges Handeln vorliegt, was von der Verteidigung bezweifelt wurde (vgl. Urk. 67 S. 6 f.).

2. Rechtliche Grundlagen und Würdigung

2.1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen des Diebstahls sowie der Banden- und Gewerbsmässigkeit zutreffend unter Hinweis auf Rechtsprechung und Lehre erörtert, worauf verwiesen werden kann (Urk. 80 S. 15-18). Anzufügen bleibt einzig, dass die Ziffer 2 von Art. 139 StGB mit der Teilrevision des Strafgesetzbuches zur Harmonisierung der Strafrahmen per 1. Juli 2023 aufgehoben wurde (BBl 2018 2827 ff., insb. S. 2862 f.). Die Gewerbsmässigkeit bei Diebstahl wurde dabei

in die Ziffer 3 des Artikels integriert (neu Art. 139 Ziff. 3 lit. a StGB; Bandenmässigkeit neu Ziff. 3 lit. b) und damit unter dem strengeren Strafrahmen von 6 Monaten bis 10 Jahren Freiheitsstrafe eingegliedert. Eine Geldstrafe für bandenmässigen Diebstahl ist mithin unter geltendem Recht nicht mehr vorgesehen (Strafrahmen bisher: Nicht unter 90 Tagessätze Geldstrafe bis 10 Jahre Freiheitsstrafe). Entsprechend ist das neue Recht für den Beschuldigten von vornherein nicht milder (Art. 2 Abs. 2 StGB), und es ist hinsichtlich der Gewerbsmässigkeit der zum Tatzeitpunkt geltende aArt. 139 Ziff. 2 StGB zu prüfen bzw. anzuwenden.

2.2. Der Beschuldigte handelte bei den Diebstählen in acht Fällen zusammen mit einem zweiten Täter, entweder mit D._____ oder mit D._____ und E._____ oder mit dem jeweils gleichen unbekanntem Mittäter. Von Bandenmässigkeit ist auszugehen, wenn sich "zwei oder mehrere Täter mit dem ausdrücklich oder konkludent geäußerten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken" (vgl. BGE 124 IV 88 m.H.). Diese Voraussetzung ist hier demnach gegeben. Der Beschuldigte war jeweils vor Ort oder stand Schmiere und übernahm von seinem Mittäter jeweils unmittelbar die gestohlenen Bankkarten oder Geld. Zudem hat er seinen Mittäter jeweils zum Tatort gefahren. Er wirkte somit mit und war Teil des Plans. Die Vorinstanz hat dabei zutreffend erwogen, dass es genügt, dass der Diebstahl durch ein Mitglied der Bande ausgeführt wird. Weiter war es ein eingeschlifenes Vorgehen, dass der Beschuldigte jeweils sofort nach dem Diebstahl die Bankkarte übernahm. Sein Mittäter D._____ sagte denn auch aus, wenn er (D._____) seine Fehler nicht begangen hätte, hätte der Beschuldigte die Taten nicht begehen können (Urk. 10/2 F/A 41). Es lag somit ein gewisser Mindestansatz einer Organisation im Sinne einer Rollen- bzw. Arbeitsteilung vor und es kann von einem bis zu einem gewissen Grade verbundenen Team gesprochen werden. Die Beute wurde denn auch – nach einem bestimmten Schlüssel zwischen dem Beschuldigten und seinen Mittätern geteilt. Eine explizite Vereinbarung oder Planung der Tat war dabei nicht vor jedem Portemonnaie-Diebstahl erforderlich. Ein stillschweigendes Einverständnis, welches hier zumindest anzunehmen ist, genügt. Der Beschuldigte wollte diese Portemonnaie-Diebstähle zumindest schon deshalb, um so an die Bankkarten zu kommen. Er musste dabei wissen, dass in den Portemonnaies noch weitere

Wertsachen waren und war damit einverstanden. Dieser Wille, zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken, hat sich durch die mehreren Taten denn auch zumindest konkludent manifestiert. Dass der Beschuldigte sich und seine Mittäter nicht als Bande sah und seiner Ansicht nach erst etwa die Hells Angels oder die Tamil-Tigers eine Bande seien (Urk. 10/2 F/A 89), ändert daran nichts. Die Bandenmässigkeit im Sinne von aArt. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB ist demnach mit der Vorinstanz zu bejahen.

2.3. Auch die Qualifikation des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von aArt. 139 Ziff. 2 StGB hat der Beschuldigte ebenfalls erfüllt. Wie erwähnt, sind im Zusammenhang mit der Prüfung der Gewerbsmässigkeit auch die durch den Beschuldigten alleine im März und Juni 2020 begangenen Diebstähle miteinzubeziehen. Er hat demnach zwischen März und November 2020 insgesamt eine Vielzahl von Diebstählen begangen. Er hat gemäss eigenen Angaben in diesem Zeitraum wegen Corona angeblich nicht mehr arbeiten und auch keine Arbeitslosengelder beziehen können und sei deswegen in finanzielle Schwierigkeiten geraten (Urk. 7/4 F/A 218, Urk. 10/2 F/A 68 sowie 89). Sodann gab er selber an, dass er das Diebesgut verkauft habe, um seine Miete und Rechnungen zu bezahlen. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass der Beschuldigte demnach einen Teil seines Lebensunterhalts während rund acht Monaten regelmässig durch Verübung von Delikten finanzierte. An den Bankomaten hat er rund Fr. 16'500.– abgehoben. Geht man gemäss seinen eigenen Angaben von einem Beuteanteil von 10 bis 30 % aus (vgl. Urk. 7/4 F/A 47, 127; Prot. I S. 15), hat er daraus rund Fr. 4'000.– erhalten. Hinzu kommt der Verkauf der gestohlenen Ware im Wert von Fr. 3'475.–. Gemäss eigenen Angaben erzielte der Beschuldigte beim Weiterverkauf pro Parfüm ca. 20 bis 25 Franken (Urk. 7/4 S. 6). Bei den 59 gestohlenen Parfüms (Dossiers 4-10) ergibt sich entsprechend einen Betrag von deutlich über eintausend Franken. Hinzu kommt noch ein Anteil am gestohlenen Bargeld. Er hat somit während acht Monaten pro Monat deutlich über Fr. 500.– aus deliktischer Tätigkeit erzielt, wovon auch die Verteidigung ausgeht (Urk. 98 S. 5). Ohnehin ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Blick auf die Frage der Gewerbsmässigkeit vom Wert der gestohlenen Waren und nicht vom Gebrauchswert für die Diebe oder dem von ihnen erzielten "Verwertungserlös" auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_745/2017

vom 12. März 2018 E. 2.6 mit Hinweisen). Seine Beteiligung an den Taten ist jedenfalls mindestens als quasi nebenberufliche deliktische Tätigkeit einzustufen (vgl. dazu etwa BGE 119 IV 132 f.; 123 IV 116). Für den Beschuldigten bzw. für die Bestreitung seines Lebensunterhalts war die Bedeutung des deliktischen Erlöses sodann alleine schon deshalb gross, weil er in dieser Zeit gar keine legale Einkommensquelle hatte. Die Gewerbsmässigkeit ist demnach zu bejahen.

3. Fazit

Der Beschuldigte ist somit des gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahls im Sinne von aArt. 139 Ziff. 1, 2 und 3 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

IV. Strafe

A. Ausgangslage

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten zu einer Strafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 80 S. 25-32). Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung, wie bereits vor Vorinstanz, die Ausfällung einer unbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten (Urk. 81; Urk. 98 S. 1 f.). Die amtliche Verteidigung erachtete vor Vorinstanz noch eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten als angemessen. Mit ihrer Berufung beantragt sie die eine Bestrafung des Beschuldigten mit 12 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 67 S. 1; Urk. 82 S. 2; Urk. 97 S. 1).

B. Grundsätze der Strafzumessung

1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB und die an sie gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 144 IV 313 E. 1; 144 IV 217 E. 2.3 ff.; 142 IV 265 E. 2.3 ff.). Darauf und auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 80 S. 21-25) kann verwiesen werden. Hervorzuheben bleibt, dass zwischen der Tat- und Täterkomponente sowie der objektiven und subjektiven Tatschwere zu unterscheiden ist. Im Übrigen kann sich die Berufungsinstanz auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; 141 III 28 E. 3.2.4; je m.w.H.).

2. Der Strafraumen erstreckt sich bei bandenmässigem Diebstahl von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren (aArt. 139 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen und ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen (BGE 136 IV 55 E. 5.8.). Entgegen dem Vorgehen der Vorinstanz erscheint es angebracht, zunächst eine hypothetische Einsatzstrafe für die gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstähle festzusetzen und diese für die Taten des Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage zu erhöhen.

B. Konkrete Strafzumessung

1. Einsatzstrafe für gewerbsmässigen und teilweise bandenmässigen Diebstahl

1.1. Bei der objektiven Tatschwere fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte in der Zeit zwischen März und November 2020, also während rund acht Monaten, an verschiedenen Orten (Sursee, Buchs, Arbon, Flums, Mels, Landquart, Reinach, Steinach, Agno und im Bezirk Horgen, vgl. Urk. 97 S. 5 und Urk. 32) verteilt über nicht weniger als sieben verschiedene Kantone zahlreiche Diebstähle beging. Bei den drei Warendiebstählen von in den B.____-Filialen, bei denen er selbständig agierte, hat er Waren im Wert von fast Fr. 3'500.– behündigt. Bei den weiteren acht Diebstählen zusammen mit jeweils mindestens einem Mittäter ging es der Bande neben dem Erbeuten von Bargeld etc. um das Erlangen von Bankkarten. Dabei wirkt sich verschuldenserhöhend aus, dass die Bande als Opfer gezielt ältere Leute ausgewählt hat, die sich wohl auf ihren Einkauf konzentriert haben. Neben dem materiellen Schaden (Bargeld, Portemonnaie) fügte die Bande den Opfern natürlich auch noch weiteren Unbill zu (wie Sperrungen von Bankkarten, Umtriebe beim Erlangen neuer Karten, Ausweise etc.). Der Beschuldigte hat sich durch diese Diebstähle – und den damit zusammenhängenden, späteren Bankomatbezügen – einen nicht unbeachtlichen Beitrag an seinen Lebensunterhalt ergaunert, was dem qualifizierten Tatbestand indessen bereits immanent ist. Von Bedeutung ist, dass der Beschuldigte und seine Mittäter durchaus organisiert zusammenwirkten und sich das bandenmässige Vorgehen so auswirkte. Schliesslich ist zu beachten, dass der Be-

schuldigte seinem deliktischen Tun nicht von sich aus ein Ende setzte, sondern in flagranti verhaftet wurde. Insgesamt ist die objektive Tatschwere innerhalb des weiten Strafrahmens und dem breiten Spektrum der denkbaren bandenmässigen und gewerbsmässigen Vorgehen bei Diebstahl noch von einem als leicht einzustufen.

1.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz, aus finanziellen Gründen und demnach egoistischen Motiven handelte, was sich allerdings neutral auswirkt bzw. bereits mit der Tatbestandsmässigkeit des gewerbsmässigen Diebstahls (unrechtmässige Bereicherungsabsicht; massgeblicher Beitrag zum eigenen Lebensunterhalt) einhergeht. Dass er wegen Corona angeblich seine Arbeitsstelle verloren habe, vermag sein Vorgehen in keiner Weise zu entschuldigen oder rechtfertigen und führt nicht zu einer Verschuldensminderung. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere nicht zu relativieren, erhöht diese aber auch nicht. Angesichts des noch leichten Verschuldens erscheint für die gewerbsmässigen und teilweise bandenmässigen Diebstähle eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten angemessen.

2. Strafe bzw. Straferhöhung wegen gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage

Bei der objektiven Tatschwere wirkt sich gewichtig aus, dass der Beschuldigte während rund fünf Monaten (Juni bis November 2020) in acht Vorfällen auf diese Weise deliktisch tätig war und dabei einen Erlös von rund Fr. 16'500.– erbeutete, wovon er gemäss seiner Angabe zwischen 10 bis 30 Prozent für sich habe behalten dürfen. Hinzu kommt, dass es nur deshalb nicht zu einem höheren Erlös kam, weil mehrere Versuche erfolglos blieben. Seinem Treiben wurde sodann erst durch die Verhaftung ein Ende gesetzt. Dass er gewerbsmässig handelte, wird bereits von der Qualifikation des Tatbestandes erfasst und ist nicht noch einmal verschuldenserhöhend zu werten. Es kommt aber hinzu, dass er den Opfern durch diese Bezüge weitere unangenehme Umtriebe verursachte. Die objektive Tatschwere ist – wiederum im weiten Strafrahmen von 90 Tagessätzen bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe – noch als leicht einzustufen. Bei der subjektiven Tatschwere ist – wie bereits zuvor beim qualifizierten Diebstahl – das direkt vorsätzliche Handeln zu nennen und dass der Beschuldigte aus finanziellen, mithin egoistischen Motiven handelte.

Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere entsprechend auch hier nicht zu relativieren oder zu erhöhen. Eine separate Geldstrafe für diese eng mit den Diebstählen zusammenhängenden Taten erscheint nicht schuldadäquat. Isoliert betrachtet wäre eine Freiheitsstrafe im Bereich von 10 Monaten festzusetzen. Aufgrund des engen Zusammenhangs mit den Diebstählen erscheint es in Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB angemessen, die Einsatzstrafe um 6 Monate auf 24 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

3. Strafe für Fahren ohne Berechtigung

Der Beschuldigte hat weiter ein Motorfahrzeug geführt, obwohl ihm der Führerausweis entzogen wurde. Dabei fällt bei der objektiven Tatschwere ins Gewicht, dass er dies nur rund einen Monat nach dem Entzug des Ausweises tat. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass es sich gemäss Feststellung der Vorinstanz (Urk. 80 S. 20) um eine kurze Strecke von rund 500 Metern handelte. Bei der subjektiven Tatschwere ist das direktvorsätzliche Handeln zu erwähnen. Insgesamt liegt ein sehr leichtes Verschulden vor. Das Bundesgericht bekräftigt auch in seiner neueren Rechtsprechung den Vorrang der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe im Strafbereich von bis sechs Monaten und die Ungleichartigkeit von Freiheitsstrafe und Geldstrafe (BGE 144 IV 217 E. 3.3.3 und 3.6). Aufgrund des Verschuldens und der Tatschwere ist es nicht erforderlich, eine weitere (straferhöhende) Freiheitsstrafe auszufällen. Es erscheint schuldadäquat, den Beschuldigten für das Fahren ohne Berechtigung mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu bestrafen.

4. Täterkomponente

4.1. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 80 S. 29, Urk. 7/4 S. 29 f., Urk. 10/2 F/A 91-96, Prot. I S. 8-14): Der heute 44-jährige Beschuldigte ist in Rumänien geboren und dort aufgewachsen. Er kam im Oktober 2018 in die Schweiz und arbeitete hier gemäss seinen Angaben bis Mitte 2020 bzw. dem Ausbruch von Corona. Er habe hier in der Schweiz die Aufenthaltsbewilligung B erhalten und temporär sowie während rund acht Monaten in einer Festanstellung bei J. _____ als Montagemeister gearbeitet. 2020 habe er temporär bei der Post gearbeitet. Er gab an, ein Einkommen zwischen Fr. 3'000.– und Fr. 4'000.– erzielt zu haben. Arbeits-

losengeld habe er nicht beziehen können, weil ihm genau ein Tag gefehlt habe. Er habe kein Ersparnisse, aber Schulden in der Höhe von Fr. 30'000.–. Der Beschuldigte ist sodann Eigentümer eines BMW, der sich in Rumänien befindet und gemäss seinen Angaben einen Wert von rund Fr. 8'000.– aufweist. Der Beschuldigte ist sodann geschieden und hat keine Kinder. Seine Mutter und sein Bruder leben in Rumänien. In der Schweiz hat er keine Verwandte. Der Beschuldigte hat gemäss seinen Angaben regelmässig Geld nach Rumänien geschickt, um die Familie finanziell zu unterstützen. Diese Verhältnisse wirken sich strafzumessungsneutral aus.

4.2. Der Beschuldigte weist eine Vorstrafe auf (Urk. 88). Er wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 13. Oktober 2020 wegen Führens eines Motorfahrzeuges in fahrunfähigem Zustand mit qualifizierter Atemalkohol- oder Blutalkoholkonzentration zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 60.– und einer Busse von Fr. 400.– verurteilt (vgl. auch beigezogene Akten Staatsanwaltschaft Solothurn). Dieser Strafbefehl wurde dem Beschuldigten gemäss Strafregisterauszug am 22. Oktober 2020 eröffnet. Danach verübte er am 5. November 2020 noch einen Diebstahl (Dossier 1). Die nicht einschlägige Vorstrafe wirkt sich von daher mit der Vorinstanz schon deshalb nicht spürbar auf das Strafmass aus, da der Beschuldigte praktisch sämtliche Diebstähle vor Erlass und Eröffnung des Strafbefehls verübt hat. Hingegen handelt es sich hinsichtlich des am 5. November 2020 begangenen Strassenverkehrsdeliktes (Fahren trotz Entzug des Ausweises) um eine einschlägige Vorstrafe, welche sich diesbezüglich merklich strafe erhöhend auswirkt.

5. Nachtatverhalten

Der Beschuldigte war erst aufgrund der erdrückenden Beweislage (teilweise) geständig. Dennoch hat er das Verfahren mit seinem Geständnis etwas erleichtert. Es erscheint daher, wie von der Vorinstanz erwogen, angemessen, das Geständnis nur leicht strafmindernd zu gewichten.

6. Zwischenfazit Täterkomponente/Nachtatverhalten

Die Freiheitsstrafe ist im Ergebnis aufgrund des teilweisen Geständnisses um 2 Monate auf 22 Monaten Freiheitsstrafe zu reduzieren. Hingegen ist die Geldstrafe

aufgrund der einschlägigen Vorstrafe um 5 Tage auf 25 Tage Geldstrafe zu erhöhen.

7. Beschleunigungsgebot

7.1. Der Beschuldigte beantragt wie bereits vor Vorinstanz, es sei festzustellen, dass das Beschleunigungsgebot verletzt sei (Urk. 82). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er dazu aus, die Verletzung des Beschleunigungsgebots habe sich durch das ganze Strafverfahren gezogen. So habe bereits die Staatsanwaltschaft in der Untersuchung nicht vorwärts gemacht. Danach habe sich das Bezirksgericht Horgen sehr lange – rund 5 Monate – Zeit gelassen, bis am 16. Mai 2022 die Hauptverhandlung durchgeführt wurde, nur um dann für die Urteilsbegründung weitere Monate bis Anfang Januar 2023 verstreichen zu lassen. Und schliesslich habe auch das Berufungsverfahren in Anbetracht der bereits im Januar 2023 eingegangenen Berufungserklärungen und der erst im November 2023 angesetzten Hauptverhandlung zu lange gedauert (Urk. 98 S. 6 f.).

7.2. Es kann vollumfänglich auf die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 80 S. 31 f.). Zwischen der letzten polizeilichen Befragung vom 22. Februar 2021 und der Konfrontationseinvernahme und der nächsten staatsanwaltlichen Konfrontationseinvernahme vom 26. Oktober 2021 liegen zwar rund 8 Monate. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend anmerkte, musste zwischenzeitlich im April/Juni 2021 zunächst der Gerichtsstand mit verschiedenen Kantonen geklärt werden (vgl. Urk. 20/1-9). Dies aufgrund der vielfältigen deliktischen Tätigkeit des Beschuldigten in sieben verschiedenen Kantonen. Es kann daher entgegen der Verteidigung nicht festgestellt werden, dass das Verfahren über längere Zeit hin stillgestanden sei und keine wesentlichen Verfahrensschritte unternommen worden seien. Weiter ist zu beachten, dass es sich um eine doch schon beträchtliche Anzahl von verschiedenen Vorfällen und Tatvorwürfen und insbesondere auch mehrere Beschuldigte handelt, was das Verfahren nicht vereinfachte. Mit Blick auf das erstinstanzliche Gerichtsverfahren ist zu beachten, dass die vom Beschuldigten gerügte Zeit zum Verfassen der schriftlichen Begründung zwar lange, aber dennoch noch nicht übermässig lange dauerte. Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte am Tag der Hauptverhandlung aus der Haft

entlassen wurde. Letzteres ist nicht zuletzt auch für das Berufungsverfahren von Relevanz. Auf den Eingang der Berufungserklärungen (12. Januar 2023; Urk. 82) folgte die Fristansetzung zur Erhebung allfälliger Anschlussberufungen (Urk. 86), wobei die Fristen bis 20. Februar 2023 liefen (Urk. 87/1-5), und am 29. März 2023 die Vorladungen zur Berufungsverhandlung erfolgten (Urk. 89/1-8), die Anfang November 2023 stattfand. Stossend lange Unterbrüche sind auch hier nicht zu erkennen. Dass sich das Rechtsmittelverfahren in der Folge noch weiter verzögerte, ist zudem der mangelnden Mitwirkung des Beschuldigten (unentschuldigtes Nichterscheinen; neuerliche Vorladung; Abwesenheitsverfahren) geschuldet. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes ist daher zu verneinen.

8. Höhe Tagessatz

Die Höhe des Tagessatzes bestimmt sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB, BGE 134 IV 60 E. 5.4 und E. 6.1). Angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten, der überdies hoch verschuldet ist, erscheint es angemessen, die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 30.– festzusetzen.

9. Fazit

In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Bestrafung des Beschuldigten mit 22 Monaten Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 30.– als den Taten und dem Täter angemessen. Die im Urteilszeitpunkt erstandene Haft von 558 Tagen ist dem Beschuldigten im Sinne von Art. 51 StGB an die Freiheitsstrafe anzurechnen, unabhängig davon, ob diese bedingt oder unbedingt auszusprechen ist (BGE 135 IV 126).

V. Vollzug

1. Freiheitsstrafe

Die Vorinstanz hat die theoretischen rechtlichen Grundlagen zum Vollzug zutreffend dargetan (Urk. 80 S. 33 f.). Dem Beschuldigten ist unter Hinweis auf die zu-

treffenden Erwägungen der Vorinstanz für die Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug zu gewähren. In objektiver Hinsicht ist die Ausfällung einer vollumfänglich bedingten Freiheitsstrafe möglich. Der Beschuldigte weist hinsichtlich den zu beurteilenden Vermögensdelikten, die zu einer Freiheitsstrafe führten, keine einschlägigen Vorstrafen auf. Der Strafbefehl wegen SVG-Delikten wurde wie erwogen weitestgehend erst nach den begangenen Diebstählen sowie dem betrügerischen Missbräuchen einer Datenverarbeitungsanlage ausgefällt bzw. zugestellt. Der Beschuldigte ist insoweit wie ein Ersttäter zu betrachten und weist in diesem Sinne keine Vorstrafen auf, womit eine günstige Prognose zu vermuten ist. Weiter ist zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er zunächst in der Schweiz arbeitsfähig war. Zudem dürfte ihn das vorliegende Strafverfahren und insbesondere die sehr lange Haftdauer genügend beeindruckt haben, um sich in Zukunft zu bewähren. Es bestehen indessen schon gewisse Bedenken, dass er sich aufgrund der geltend gemachten Arbeitslosigkeit derart schnell zu solchen Delikten hinreissen liess. Die von der Vorinstanz festgesetzte Probezeit von 3 Jahren ist daher zu bestätigen.

2. Geldstrafe

Der Beschuldigte wurde am 13. Oktober 2020 wegen Strassenverkehrsdelikten zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 60.– verurteilt (Urk. 88). Wie erwähnt wurde ihm dieser Strafbefehl gemäss Strafregisterauszug am 22. Oktober 2020 eröffnet (Urk. 88). Nur wenige Tage später hat er sich dennoch am 5. November 2020 erneut zu einem Strassenverkehrsdelikt hinreissen lassen und trotz Entzug des Führerausweises ein Auto gelenkt. Dies zeigt deutlich, dass er sich durch die Ausfällung einer bedingten Geldstrafe nicht davon abhalten lässt, erneut gegen die Strassenverkehrsregeln zu verstossen. Seine Delinquenz während laufender Probezeit zeigt, dass ihm die Einsicht fehlt, sich im Strassenverkehr korrekt zu verhalten und ihm insoweit eine eigentliche Schlechtprognose zu stellen ist. Die Geldstrafe ist daher zu vollziehen.

VI. Landesverweisung

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz hat von der Anordnung einer Landesverweisung abgesehen. Sie gelangte in Anwendung des FZA zum Schluss, es könne nicht von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden, dass der Beschuldigte zukünftig die öffentliche Ordnung und Sicherheit stören werde (Urk. 80 S. 36-43).

1.2. Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung, wie bereits vor Vorinstanz, die Anordnung einer Landesverweisung für die Dauer von 8 Jahren. Sie hat vor Vorinstanz und vor Berufungsgericht vor allem geltend gemacht, dass kein schwerer persönlicher Härtefall vorliege, nachdem der Beschuldigte keine enge Beziehung zur Schweiz aufweise und nach nur relativ kurzer Verweildauer auch kaum integriert sei. Sodann würden die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiegen (Urk. 66 S. 4; Urk. 97 S. 7 ff.).

1.3. Die amtliche Verteidigung hat vor Vorinstanz und im Rahmen der Berufung vor allem darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte nicht in die Schweiz gekommen sei, um hier zu delinquieren. Vielmehr sei er mit der Motivation gekommen, zu arbeiten, was er auch getan habe, bis die Corona-Pandemie ihm einen Strich durch die Rechnung gemacht habe. Der Beschuldigte habe vor seiner Verhaftung jedoch bereits wieder eine fixe Stelle bei einer Baufirma in Aussicht gehabt. Ihm könne keine schlechte Prognose gestellt werden, und es liege auch keine rechtsmissbräuchliche Berufung auf das FZA vor. In Anwendung des FZA sei auch zu sehen, dass der Beschuldigte mit seinen Taten, die nicht zu verharmlosen seien, die öffentliche Sicherheit weniger gefährdet habe. Den öffentlichen Interessen sei durch die auszusprechende Strafe Genüge getan. Vom Beschuldigten gehe keine tatsächliche und hinreichende sowie anhaltende schwere Gefährdung aus, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre (Urk. 67 S. 11 f., Urk. 98 S. 9 f.).

2. Rechtliche Grundlagen

2.1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen für die Anordnung und Dauer einer Landesverweisung zutreffend aufgeführt, worauf vorab zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 80 S. 36 ff.). Sie hat sich zutreffend zum Ausländerstatus des Beschuldigten als rumänischen Staatsangehörigen und zur Verwirklichung einer Katalogtat geäußert und das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen zu Recht bejaht. Weiter hat sie zutreffend erwogen, dass kein schwerer persönlicher Härtefall im rechtlichen Sinne vorliege, was vom Beschuldigten auch nicht geltend gemacht werde (Urk. 80 S. 38).

2.2. Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Beschuldigten einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz gegenüber den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen. Die Vorinstanz hat die Kriterien für die Prüfung der sogenannten Härtefallklausel ausführlich und zutreffend dargelegt (Urk. 80 S. 36 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Rekapitulierend und zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Härtefallklausel nur ausnahmsweise zum Zuge kommt und restriktiv anzuwenden ist (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1; Urteile des Bundesgerichts 6B_75/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.2; 6B_1474/2019 vom 23. März 2020 E. 1.2). Dabei ist anhand der gängigen Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.2 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, ist ebenso der Rückfallgefahr und einer allfälligen wiederholten Delinquenz Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesgerichts 6B_166/2021 vom 8. September 2021 E. 3.3.2 m.w.H.). Insofern dient die Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a StGB der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2 m.w.H.).

3. Härtefallprüfung

Der Beschuldigte ist in Rumänien geboren und aufgewachsen. Er hielt sich vor seiner Verhaftung seit erst rund zwei Jahren in der Schweiz auf. Davon hat er vor seiner Verhaftung in sieben verschiedenen Kantonen rund acht Monate lang Vermögensdelikte verübt. Der rund 44-jährige Beschuldigte ist somit weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen und auch noch nicht lange Zeit in der Schweiz, weshalb unter dem Gesichtspunkt der Aufenthaltsdauer grundsätzlich keine Umstände vorliegen, welche gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB von vornherein besonders ins Gewicht fallen würden. Seit Beginn des Berufungsverfahrens verfügt der Beschuldigte denn auch über keinen festen Wohnsitz mehr in der Schweiz. Nachdem er auf erste Vorladung hin unentschuldigt nicht erschienen ist und seine Verteidigung in jenem Zeitpunkt keinen Kontakt mehr zu ihm herstellen konnte, gab der Beschuldigte gegenüber seinem Verteidiger mit Blick auf den neu angesetzten Verhandlungstermin schliesslich an, dass er sich in seiner Heimat Rumänien aufhalte (Prot. II S. 4 f., S. 9). Weiter liegen auch keine Anhaltspunkte für eine besonders intensive, über die normale Integration hinausgehende private Beziehung gesellschaftlicher Natur vor, wie dies als Härtefall begründende Tatsache erforderlich wären (BGE 144 II 1), und wurden auch anlässlich der Berufungsverhandlung keine geltend gemacht. Der Beschuldigte ist ledig bzw. geschieden hat keine Kinder und lebt auch nicht in einer festen Beziehung mit jemandem, der in der Schweiz wohnhaft ist. Auch kann nicht davon gesprochen werden, dass er in der Schweiz beruflich und wirtschaftlich integriert ist, auch wenn er gemäss eigenen Angaben offenbar für einige Monate eine Festanstellung bei J._____ gehabt habe. Gemäss seinen eigenen Angaben hat er – offenbar in der kurzen Zeit seines Aufenthaltes von zwei Jahren – zudem einen Schuldenberg von Fr. 30'000.– angehäuft. Weiter ist festzuhalten, dass ihm die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in seinem Heimatland gerade im Baubereich durchaus möglich ist. Selbst wenn die Wirtschaftslage in Rumänien schwieriger ist, als jene in der Schweiz, vermag dies allein praxisgemäss eine Landesverweisung noch nicht zu hindern (Urteil des Bundesgerichts 6B_1214/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.11). Der Beschuldigte hat sodann in der Schweiz keinerlei familiäre Bindungen, hingegen weiterhin engste Bezugspersonen (Mutter, Bruder etc.) in Rumänien, mit denen er in Kontakt steht und welchen er

jeweils von der Schweiz aus auch Geld überwiesen hat. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte neben den vorliegend zu beurteilenden Taten, am 13. Oktober 2020 zudem wegen Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand verurteilt werden musste, was zur Beurteilung des Sozialverhaltens gemäss Bundesgericht zu berücksichtigen ist. Diese Strafe fällt jedoch nicht erheblich ins Gewicht. Bei diesen zu beurteilenden Verhältnissen kann insgesamt jedenfalls nicht die Rede davon sein, dass eine Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu als stossend erachtet werden müsste. Eine gefestigte, soziale Integration des Beschuldigten in der Schweiz war und ist nicht gegeben. Dass eine Rückkehr in sein Heimatland Rumänien nicht unzumutbar ist, erweist sich als offensichtlich, nachdem der Beschuldigte nach der Haftentlassung selber wieder in sein Heimatland zurückgekehrt zu sein scheint. Das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalles ist demnach in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen klar zu verneinen.

4. Vereinbarkeit mit dem FZA

4.1. Auch zum Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) und ob dieses ein Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet, hat die Vorinstanz die rechtlichen Grundlagen dargetan, worauf vorab zu verweisen ist (vgl. Urk. 80 S. 38-40).

4.2. Zum Einfluss des Freizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der Europäischen Union (FZA) auf die Härtefallprüfung bei Angehörigen eines EU-Staates hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt wird (BGE 130 II 176 E. 3.4.1). Das Bundesgericht verfolgt eine ausserordentlich restriktive Interpretation beim Aufenthaltsrecht bzw. der Ausnahmeklausel nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Wesentliches Kriterium für einen Verzicht auf eine Landesverweisung nach FZA ist die Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Eine solche schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung kann auch gegeben sein, wenn der bedingte Strafvollzug mangels Vorliegen einer ungünstigen Prognose gewährt wird. Mit dem Er-

fordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist gerade nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten wären oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 ff. und E. 4.4).

4.3. Vorab ist hervorzuheben, dass nach Ansicht des Gesetzgebers Katalogtaten gemäss Art. 66a StGB vornehmlich schwere Widerhandlungen gegen bestimmte Rechtsgüter und damit grundsätzlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen (vgl. Botschaft S. 5997 f.). Wie von der Vorinstanz zutreffend dargelegt, kann gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch eine Verurteilung allein wegen Vermögensdelikten und der daraus resultierenden Gefährdung der öffentlichen Interessen einem freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs entgegenstehen (vgl. BGE 134 II 25, E. 4.3.1; Urteile des Bundesgerichts 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 3.1; 2C_993/2015 vom 17. März 2016 E. 5.3.3). Es besteht ein grundsätzliches öffentliches Interesse daran, Diebstähle zu verhindern. Der Beschuldigte hat, kaum habe er keine Arbeit (temporäre Einsätze) mehr gehabt, mit den Diebstählen angefangen. Dabei hat er aus finanziellen Gründen gehandelt und nur aufgrund seiner Verhaftung mit diesem Handel aufgehört. Dieses Verhalten lässt sich auch mit dem "Ausbruch von Corona" nicht entschuldigen, zumal das hiesige Sozialversicherungssystem funktioniert und bei ernsthaften finanziellen Engpässen Sozialhilfe in Anspruch genommen werden kann. Wie erwogen ist dem Beschuldigten als "quasi Ersttäter" für die ausgefallte Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Es ist aber festzuhalten, dass er nur aufgrund der erdrückenden Beweislage teilweise geständig war und jedenfalls nicht wirklich Einsicht und Reue gezeigt hat. Auch ist in diesem Zusammenhang zu gewichten, dass die erstandene Haft von rund 18 Monaten wohl einen nachhaltigen Eindruck beim Beschuldigten hinterlassen hat. Es ist aber grundsätzlich zu betonen, dass aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht sich im ausländerrechtlichen Bereich für die Legalprognose ein strengerer Beurteilungsmassstab ergibt (BGE 137 III 233 E. 5.2.2, 145 IV 364 E. 3.5.2 ff. und E. 4.4).

Bei den zu beurteilenden Vermögensdelikten wirkt sich bei der Prüfung der Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung aus, dass der Beschuldigte bei den Diebstählen und dem betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsan-

lage gewerbsmässig und zudem teilweise auch bandenmässig handelte. Ein solches Vorgehen, insbesondere der bandenmässige Diebstahl, birgt – entgegen der Auffassung der Vorderrichter – eine weitaus grössere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit als einfache Diebstähle, die von Einzeltätern verübt werden. Hinzu kommt, dass sich die Diebstähle gezielt gegen ältere (vermehrt 1940er-Jahrgänge) richtete, die durchaus schutzbedürftiger sind als jüngere Personen. Wie erwogen ist dem Beschuldigten zwar der bedingte Strafvollzug zu gewähren und kann insofern eine günstige Prognose gestellt werden. Es lässt indessen aufhorchen, dass der Beschuldigte nach - gemäss seinen Angaben – kurzer Zeit der Arbeitslosigkeit bzw. gerade eingetretener Arbeitslosigkeit dazu schritt, gewerbsmässige und bandenmässige Vermögensdelikte zu begehen. Auch war er nicht wirklich kooperativ und einsichtig. Auch wenn ihm der bedingte Strafvollzug mangels Vorliegen einer ungünstigen Prognose gewährt wird, ist bei dieser Konstellation eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung gegeben. Es ist im ausländerrechtlichen Bereich für die Legalprognose ein strengerer Beurteilungsmassstab anzuwenden und es ist in diesem Sinne durchaus ernsthaft zu befürchten, dass der Beschuldigte bei einem erneuten Aufenthalt in der Schweiz und allfälligen erneuten beruflichen Schwierigkeiten wieder solche Vermögensdelikte begehen würde. Wie erwogen, müssen solche nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können. Es ist aber auch nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten wären.

4.4. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang nochmals daran zu erinnern, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben einen grossen Schuldenberg von Fr. 30'000.– aufgehäuft, er mithin weiterhin finanzielle Probleme hat. Es ist ohnehin nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte hier in der Schweiz überhaupt eine Arbeit erhalten und weiterhin eine Aufenthaltsbewilligung erhalten würde. Er hat auch nie näher dargetan, bei wem er denn eine Stelle in Aussicht gehabt habe, und es erscheint merkwürdig, dass er seine Arbeitsstelle per 1. November 2020 nicht habe antreten können, weil der Vater des Chefs gestorben sei (Urk. 7/4 F/A 219). Es kann nicht einfach auf seine Behauptungen abgestellt werden. Inzwischen hat sich überdies gezeigt, dass sich die Vermutungen und positiven Aussichten, welche die Verteidigung angefügt hat (vorstehend E. VI.1.3.), beim Beschuldigten nicht verwirklicht haben (Prot. II S. 9).

4.5. Ohnehin ist – worauf die Staatsanwaltschaft zu Recht hinweist (Urk. 97 S. 8) – schon grundsätzlich fraglich, ob der Beschuldigte sich überhaupt auf den Schutz bzw. die Garantien des FZA berufen kann, nachdem er sich nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung per Datum der Haftentlassung am 16. Mai 2022 an seinem letzten Wohnsitz in der Schweiz nach unbekannt abgemeldet und gemäss Migrationsamt per diesem Datum als ausgereist gilt (vgl. Urk. 85 und Urk. 92). Die vereinzelten Kontakte des Verteidigers mit dem Beschuldigten im Vorfeld der Berufungsverhandlung deuten ebenfalls darauf hin, dass er sich seit längerem allenfalls wieder in Rumänien aufhält (Prot. II S. 4 f., S. 9 sowie Urk. 94 S. 1). Selbst für die Berufungsverhandlung wollte er nicht mehr in die Schweiz einreisen. Insofern ist nicht ersichtlich und wird von der Verteidigung auch nicht geltend gemacht, basierend auf welchem Grund (selbständige Erwerbstätigkeit oder selbständige Dienstleistungserbringung, Arbeitssuche, Familienangehörigkeit zu aufenthaltsberechtigten Personen) dem Beschuldigten ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz gemäss den spezifischen Vertragsvereinbarungen des FZA zukommen sollte. Entsprechend vermöchte das Freizügigkeitsabkommen bzw. Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA – ungeachtet der vorstehenden Erwägungen – der Anordnung der obligatorischen Landesverweisung von vornherein nicht entgegenzustehen.

5. Fazit

Zusammenfassend ist eine Verletzung der Garantien gemäss FZA – selbst wenn der Beschuldigte diese überhaupt für sich beanspruchen könnte – angesichts der hinreichend erstellten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht zu erkennen. Der Beschuldigte stellt unter Berücksichtigung seiner dargelegten Vorgehensweise eine durchaus schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dar. Das Aussprechen einer Landesverweisung ist folglich mit dem FZA vereinbar.

6. Dauer der Landesverweisung

Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen. Die Dauer der Landesverweisung hat dabei verhältnismässig zu sein (vgl. DE WECK, in Migrationsrecht [Kommentar], 4. Auflage 2015, N 30 zu Art. 66a StGB). Das Verschulden des Beschuldigten wurde als leicht qualifiziert und die auszuspre-

chende Freiheitsstrafe von 22 Monaten bewegt sich zwar im unteren Bereich des ordentlichen Strafrahmens. Dem sich daraus ergebenden öffentlichen Interesse an der Landesverweisung stehen allerdings keine nennenswerten privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz entgegen. Folglich erscheint es mit der Staatsanwaltschaft als angemessen, die Landesverweisung für die Dauer von 8 Jahren auszusprechen. Der Beschuldigte ist rumänischer Staatsangehöriger und damit EU-Bürger, so dass eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem ausser Betracht fällt.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1344/2019 vom 11. März 2020 E. 2.2. m.w.H.). Wird der Entscheid im Rechtsmittelverfahren nur unwesentlich abgeändert, können die Kosten nach dem Verursacherprinzip auferlegt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_318/2016 vom 13. Oktober 2016 E. 4.1. m.w.H.). Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren weitestgehend. Die Staatsanwaltschaft unterliegt einzig geringfügig hinsichtlich der Strafhöhe. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind daher zu 7/8 dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen (1/8) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückforderung im Umfang vom 7/8 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 424 Abs. 1 StPO i. V. m. §§ 16, 2 Abs. 1 lit. b, c und d sowie 14 GebV OG unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands des Gerichts für dieses Verfahren auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

3. Der amtliche Verteidiger ist durch die Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 135 StPO i.V.m. Art. 426 StPO). Er machte mit Kostennote vom 14. Dezember 2023 für das obergerichtliche Verfahren einen Zeitaufwand von gesamthaft 20.7 Stunden geltend (Urk. 96A). Dieser Aufwand erscheint grundsätzlich ange-

messen, einzig die antizipierte Dauer der Berufungsverhandlung wurde mit 4 Stunden deutlich zu hoch geschätzt (effektive Dauer: knapp 1 Stunde), was entsprechend zu bereinigen ist. Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ ist demnach mit gerundet Fr. 4'325.– (inkl. MwSt. und Auslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen, unter Hinweis auf den hiervor bereits erwogenen Rückforderungsvorbehalt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 16. Mai 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldanspruch wegen gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage und Fahrens ohne Berechtigung), 4 (Verzicht auf Widerruf), 6 (Einziehung), 7 - 9 (Zivilforderungen) und 10 - 13 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A.**_____ ist ferner schuldig des gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahls im Sinne von aArt. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 und teilweise 3 Abs. 1 StGB.
2. Vom Vorwurf des versuchten Diebstahls vom 5. November 2020 in der C._____ Filiale H._____ (Dossier 1) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 558 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind) und mit einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
5. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.

6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB für 8 Jahre des Landes verwiesen.
7. Es wird keine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'325.– amtliche Verteidigung.
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 7/8 auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang von 7/8 vorbehalten.
10. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Privatkläger

(Eine begründete Urteilsausfertigung gemäss 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

 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
 - die Privatkläger (falls verlangt)

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

 - die Vorinstanz

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (betr. Beschluss Ziff. 1 im Dispositiv)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und B.
11. Der Beschuldigte kann innert **10 Tagen** seit Erhalt des Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich oder mündlich eine **neue Beurteilung** des in seiner Abwesenheit ergangenen Urteils verlangen. Im Gesuch hat der Beschuldigte kurz zu begründen, weshalb er an der Berufungsverhandlung nicht teilnehmen konnte. Das Gericht lehnt das Gesuch ab, wenn der Beschuldigte ordnungsgemäss vorgeladen worden, aber der Berufungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist (Art. 368 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 379 StPO).
12. 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 I. 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, 15. Dezember 2023

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Andres

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.