

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.69 vom 5. November 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2021.69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2021.69)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.69 du 5 novembre 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.69 del 5 novembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung bzw. Abänderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erklärung der Berufung legitimiert ist. Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten.

### **E. 1.2**

1.2.1 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann beschränkt werden. Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 4 StPO verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 sowie Art. 401 Abs. 1 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft.

1.2.2 Mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen sind vorliegend die Schuldsprüche wegen gewerbmässigen Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 2 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) sowie mehrfachen Verweisungsbruchs gemäss Art. 291 Abs. 1 StGB. Unangefochten in Rechtskraft erwachsen sind sodann die Anordnung der Landesverweisung und die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren. Der Berufungskläger ficht gemäss Berufungserklärung vom 16. Juni 2021 demgegenüber den Schuldspruch wegen gewerbmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, die Strafzumessung bzw. die Strafhöhe und die Höhe der Landesverweisung an.

Vom 15. Oktober 2020 bis zum 4. November 2020 hatte sich der arbeits- und nahezu mittellose sowie aus Rumänien stammende und sich illegal in der Schweiz aufhaltende Berufungskläger in der Art eines berufsmässigen Handelns darauf ausgerichtet, bei jeder sich bietenden Gelegenheit zum Nachteil einer zuvor noch nicht umrissenen Anzahl von Geschädigten Vermögensdelikte zu begehen und dadurch relativ regelmässige Einnahmen zu generieren, die einen namhaften Beitrag an die Finanzierung seiner Lebenshaltungskosten darstellten. Auch der objektive Sachverhalt ist weitgehend

unbestritten (vgl. zum Sachverhalt eingehend Urteil des Strafdreiergerichts SG.2021.30 vom 14. April 2021).

## **E. 2**

2.1 Der Berufungskläger verlangt einen Freispruch betreffend den gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage. Er lässt im Wesentlichen ausführen, dass er mit dem Diebstahl jeweils auf die schnelle und leichte Erbeutung von Geld aus gewesen sei. Er habe nicht damit rechnen müssen, dass sich im gestohlenen Portemonnaie zusätzlich zum Bargeld eine Bankkarte mit passendem Code befinden würde. Das entscheidende Verhalten des Beschuldigten liege in der Aneignung des fremden Eigentums und nicht in der Manipulation eines Bankautomaten, weshalb dieser Tatbestand im Sinne einer mitbestraften Nachtat hinter jenen des Diebstahls zurücktrete.

Die Vorinstanz hat demgegenüber erwogen, dass die zwei Tatbestände zwar dasselbe Rechtsgut (Eigentum) betreffen würden, aber durch die Erlangung des Zugriffs auf das Konto ein neues Angriffsziel zur Verfügung gestanden habe. Die Eigentumsverletzung sei demnach ausgedehnt bzw. erhöht. Zudem gehe der Schaden durch den Zugriff auf das Konto weiter. Es liege ein neuerer, eigenständiger Schaden vor, welcher nicht derselbe wie bei der Entwendung des Portemonnaies sei. Es handle sich um einen anderen Angriff auf das Rechtsgut. Es sei nochmals eine erhebliche Steigerung der kriminellen Energie vonnöten, um diese Nachtat zu verüben. Ein neuer Vorsatz also, um weitere Beträge zu erlangen, weshalb echte Konkurrenz vorliege und beide Tatbestände nebeneinander anzuwenden seien.

2.2 Gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, durch unrichtige, unvollständige oder unbefugte Verwendung von Daten oder in vergleichbarer Weise auf einen elektronischen oder vergleichbaren Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang einwirkt und dadurch eine Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern herbeiführt oder eine Vermögensverschiebung unmittelbar darnach verdeckt. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft (Art. 147 Abs. 2 StGB).

Gemäss überwiegender Lehre wird zwischen Art. 139 StGB und Art. 147 StGB echte Gesetzeskonkurrenz angenommen (vgl. Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität: Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1994, § 7 N 150 S. 264, mit Hinweisen; hierzu GR SB0429 vom 22. September 2004 E. 3a, in: PKG 2004, 75 ff., Nr. 12; zur Konkurrenzfrage die relativierende Auffassung bei Fiolka, Basler Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 147 StGB N 45). Dass zwischen den Tatbeständen echte Konkurrenz besteht ist überzeugend, wenn man sich den Sinn und Zweck der Norm von Art. 147 StGB vor Augen führt. Art. 147 StGB wurde geschaffen, um den sogenannten Computerbetrug unter Strafe zu stellen, der u.a. mangels Täuschung eines Menschen nicht unter den klassischen Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) fällt. An die Stelle der arglistigen Täuschung und der Irrtumserweckung oder -bestärkung beim Geschädigten tritt die Manipulation der Datenverarbeitung und das Erzielen eines unzutreffenden Ergebnisses der Datenverarbeitung. An die Stelle der Vermögensdisposition des Betrugsopfers tritt die von der Datenverarbeitungsanlage (Computer) vorgenommene Vermögensverschiebung zum Schaden eines andern. Die Vermögensverschiebung muss wie beim Betrug einen Schaden

bewirken (vgl. Art. 146 Abs. 1 und 147 Abs. 1 StGB; BGE 129 IV 315 E. 2.1; BGer 6B\_936/2017 vom 9. Februar 2018 E. 2.3). Die Vermögensverschiebung durch den Computer bzw. den Bankomat entspricht der Vermögensdisposition beim Betrug. Daraus erhellt, dass die Tatbestände des Betrugs und des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage denselben Sinn und Zweck verfolgen (vgl. KGer GR SB0429 vom 22. September 2004 E. 3b, in: PKG 2004, 75 ff., Nr. 12).

Aufgrund der Ähnlichkeit dieser beiden Bestimmungen ist es angebracht, zur Klärung der Konkurrenzfrage zwischen Diebstahl und Computerbetrug auch die Lehre und Praxis über das Konkurrenzverhältnis von Diebstahl und dem klassischen Betrug heranzuziehen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Konkurrenzform der mitbestraften Vor- bzw. Nachtat nur zurückhaltend anwendet (BGE 122 IV 211 E. 4, 119 IV 154 E. 4a/aa). Anwendung soll sie nur finden, sofern aus dem Gesetz deutlich zu entnehmen sei, dass die für die Haupttat ausgefallte Strafe auch die Vor- bzw. Nachtat abgelten soll (BGE 129 IV 53 E. 3.1, 119 IV 154 E. 4a/aa). Im von der Vorinstanz erwähnten BGE 119 IV 154 wurde die Theorie der mitbestraften Nachtat weitgehend abgelehnt, also echte Konkurrenz angenommen. In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem klassischen Betrug und dem Diebstahl wurde beispielweise in BGE 72 IV 119 entschieden, dass der Diebstahl eines Sparheftes mit nachfolgendem Geldbezug am Bankschalter, letzterer als Betrug zu qualifizieren sei, weshalb Diebstahl und Betrug erfüllt seien. Auch im Schrifttum wird überwiegend echte Konkurrenz angenommen, wenn der Täter die durch Wegnahme erlangte Sache zu einem späteren Zeitpunkt unter Verschweigen der deliktischen Herkunft an einen Dritten verkauft (sog. «Verwertungsbetrug»; vgl. Schlegel, in: Wohlers et al. [Hrsg.], StGB Handkommentar, 4. Auflage 2020, Bern 2020, Art. 146 N 17; Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar, 4. Auflage, Art. 139 N 230; jeweils mit Hinweisen). Die genannten Konstellationen sind zweifellos vergleichbar mit dem Diebstahl einer Karte bzw. eines Portemonnaies mit nachfolgendem Geldbezug bzw. Einsatz an einem Geldautomaten (vgl. zum Ganzen KGer GR SB0429 vom 22. September 2004 E. 3d, in: PKG 2004, 75 ff., Nr. 12).

In sachverhaltlicher Hinsicht ist erwiesen, dass der Berufungskläger in mindestens vier Fällen wissentlich und willentlich jeweils ein Portemonnaie der Geschädigten in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht an sich genommen hat. Als er per Zufall in zwei Fällen auch Bankkarten mit angeheftetem PIN-Code vorfand, fasste er jeweils den neuen Vorsatz, durch Bargeldbezug weitere Beträge zu erlangen. Dies spricht entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nachgerade für die Annahme der echten Konkurrenz zwischen Diebstahl und dem betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage. Nicht zuletzt zeigte der Berufungskläger seine Bereitschaft, eine Vielzahl weiterer Delikte zu begehen, egal wo er sich aufhielt. Unter den geschilderten Umständen ist die Qualifikation der Gewerbmässigkeit der Vermögensdelikte folglich offensichtlich, was denn auch unbestritten ist (vgl. zum Sachverhalt eingehend Urteil des Strafdreiergerichts SG.2021.30 vom 14. April 2021).

2.3 Mit dem Gesagten ist der Berufungskläger in Bestätigung des angefochtenen Urteils des gewerbmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen.

### **E. 3**

3.1 Der Berufungskläger moniert des Weiteren die Strafzumessung und verlangt eine Reduktion der Gesamtfreiheitsstrafe von 36 Monaten auf 24 Monate.

3.2 In Bezug auf die Sanktionsart ist festzuhalten, dass das Verschulden des Berufungsklägers hinsichtlich aller Punkte der Anklageschrift zu einem Strafmass von mehr als 180 Tagessätzen führt. Es kann folglich nicht mehr mit einer Geldstrafe abgegolten werden. Hinzu kommt, dass der Berufungskläger über kein reguläres Einkommen verfügt, verdiente er sich seinen Lebensunterhalt doch gerade durch die Taten, deren er für schuldig befunden wurde. Eine Geldstrafe wäre demnach überhaupt nicht vollziehbar (Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB) und es drängt sich unter dem Aspekt der Zweckmässigkeit eine Freiheitsstrafe auf. Des Weiteren ist zu beachten, dass der Berufungskläger bisher immer relativ milde bestraft wurde. So wurde er in Deutschland in den Jahren 2018 und 2019 insgesamt 6 Mal verurteilt, wobei 5 dieser Strafen lediglich Geldstrafen darstellten und selbst die Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 3 Monaten bedingt ausgesprochen wurde (Strafregisterauszug Deutschland, Akten S. 34 f.). Auch das Urteil des Tribunal de police Genève war mit der Festlegung des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe von insgesamt 24 Monaten auf das gesetzliche Minimum von 6 Monaten eher mild (Akten S. 9). Eine erneute Freiheitsstrafe dürfte sich auch unter dem Aspekt der Spezialprävention wirksamer als eine Geldstrafe erweisen. Einerseits vermochten die unzähligen Geldstrafen den Berufungskläger nicht von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten. Andererseits hatte der Berufungskläger zumindest in letzter Zeit kaum Freiheitsstrafen zu verbüssen. Nach dem Gesagten ist mit den treffenden Erwägungen der Vorinstanz eine (unbedingte) Freiheitsstrafe zu verhängen, was vom Berufungskläger denn auch zu Recht nicht in Frage gestellt wird.

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Festlegung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist in einem ersten Schritt eine für das schwerste Delikt schuldangemessene Strafe, eine sogenannte Einsatzstrafe, zu bilden. Bei der Festsetzung dieser Einsatzstrafe sind zunächst alle (objektiven und subjektiven) verschuldensrelevanten Umstände zu beachten. In einem weiteren Schritt sind die übrigen Delikte zu beurteilen und ist in Anwendung des Asperationsprinzips aufzuzeigen, in welchem Ausmass die Einsatzstrafe zu erhöhen ist (vgl. BGer 6B\_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4, 6B\_218/2010 vom 8. Juni 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Wie erwähnt, sind die Tatbestände des gewerbsmässigen Diebstahls und des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage in echter Konkurrenz anzuwenden. Dass die Vorinstanz die Vermögensdelikte bei der Strafzumessung zu Gunsten des Berufungsklägers gleichwohl einer Gesamtwürdigung unterzogen hat, ist nicht zu beanstanden. Zu Recht wird erwogen, dass die beiden qualifizierten Tatbestände von Art. 139 Abs. 2 und Art. 147 Abs. 2 StGB den gleichen Strafrahmen ■ Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen ■ und die jeweiligen Taten einen sehr nahen Bezug zueinander aufweisen.

Soweit der Berufungskläger ohne nähere Begründung geltend machen lässt, die Vorinstanz habe die Vorgehensweise zu Unrecht stark schulderhöhend gewertet, kann ihm nicht gefolgt werden. Seine Vorgehensweise lässt ihn gerade nicht «als harmlosen gewöhnlichen Dieb» erscheinen. Vielmehr ging der Berufungskläger nach einem modus operandi vor. Er tarnte sich als regulären Kunden, indem er einen Warenkorb behändigte und teilweise gar

Waren darin deponierte. Er suchte seine Opfer nach einem gewissen Schema minutiös auf. So fokussierte er sich in erster Linie auf ältere Personen, beobachtete diese jeweils im Laden und spekulierte auf deren reduzierte Aufmerksamkeit. Ausserdem ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei betagteren Personen die Wahrscheinlichkeit, einen aufgeschriebenen PIN-Code im Portemonnaie zu entdecken, um ein vielfaches grösser. Seine Opfer verfolgte er hartnäckig und er liess auch nach einem allfälligen Fehlgriff nicht von ihnen ab. Das Vorgehen des Berufungsklägers und die dabei an den Tag gelegte absolute Selbstverständlichkeit, Diebstähle zu begehen, zeugen von einer besonders krassen Missachtung fremden Eigentums, was mit der Vorinstanz stark schulderhöhend zu werten ist. Die offenbare Unvorsichtigkeit einiger Diebstahlsopfer, ihre Portemonnaies teilweise kurzzeitig aus den Augen zu lassen und in einigen Fällen gar den PIN-Code für die Bankkarten im Portemonnaie aufzubewahren, ist dem Berufungskläger nicht zugute zu halten. Ebenfalls leicht verschuldenserhöhend zu werten ist der Umstand, dass sich der Berufungskläger eigens zur Begehung von Eigentumsdelikten in der Schweiz aufhielt. Er zeigte mit seinem Verhalten eine besonders starke kriminelle Energie. Dass er bei seinem Handeln keine physische Gewalt angewandt und keine Einbruchdiebstähle, bei denen das Sicherheitsgefühl der betroffenen Personen erheblich gestört werden kann, verübt hat, kann ihm entgegen der vorinstanzlichen Einschätzung nicht zu Gute gehalten werden. Es liegt denn hier auch kein Raub im Streit. Der Berufungskläger hat ■ wie erwähnt ■ die möglicherweise altersbedingte Unvorsichtigkeit seiner Opfer bewusst ausgenutzt, was entgegen der Annahme seines Verteidigers einer besonderen Raffinesse bedarf. Bezüglich der Tathandlungen des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage stechen insbesondere jene vom 31. Oktober 2020 heraus. Auch hier legte der Berufungskläger eine absolute Selbstverständlichkeit für sein Verhalten an den Tag, was sich stark verschuldenserhöhend auswirkt. Um die Privatsphäre der Opfer verletzend in eine Handtasche hineinzugreifen, muss eine Hemmschwelle überwunden werden, was eine gewisse Dreistigkeit voraussetzt. Verschuldensmindernde subjektive Umstände sind hingegen nicht gegeben. Insbesondere ist die schwierige wirtschaftliche Lage des Berufungsklägers neutral zu werten. Dies mit der Begründung, dass sich viele Leute in einer solchen Situation befinden und doch nicht straffällig werden. Der Vorsatz des Berufungsklägers richtete sich jeweils darauf aus, möglichst viel Bargeld zu erbeuten. Auch nicht strafmildernd zu berücksichtigen ist, dass es sich bei der Deliktssumme um geringfügige Beträge gehandelt habe. Die vorinstanzliche Qualifikation des Verschuldens bezüglich der Eigentumsdelikte als mittelschwer erweist sich entgegen der Auffassung des Berufungsklägers daher als zutreffend. Die Tatmehrheit und insbesondere die der gewerbsmässigen Begehung von Vermögensdelikten inhärente besondere Sozialschädlichkeit sind strafscharfend zu berücksichtigen. Für die gewerbsmässig begangenen Eigentumsdelikte wird eine Einsatzstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe als dem Verschulden des Berufungsklägers angemessen betrachtet.

Auch, dass die Vorinstanz das Verschulden in Bezug auf den Verweisungsbruch als schwer eingestuft hat, ist nicht zu beanstanden. Das Tribunal de police Genève auferlegte dem Berufungskläger mit Urteil vom 23. April 2020 eine Landesverweisung von 8 Jahren, die mit der Ausschaffung per 1. Juli 2020 wirksam wurde. Nach gerade einmal 3 ½ Monaten war der Berufungskläger bereits wieder in der Schweiz anwesend. Ausserdem kam er einzig mit dem Ziel in die Schweiz, wieder Diebstähle zu verüben, mithin genau dieselben Delikte, wegen derer er des Landes verwiesen worden war. Weiter ist strafscharfend zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger mehrfach gegen den Landesverweis verstossen

hat. Dem Verschulden des Berufungsklägers entsprechend erscheinen unter diesen Anklagepunkten 8 Monate Freiheitsstrafe als angemessen. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers kann das Motiv des Verweisungsbruchs bezogen auf den Verweisungsbruch nochmals strafscharfend berücksichtigt werden und geht nicht einfach «auf im Verschulden hinsichtlich der Eigentumsdelikte». Dabei ist dem Berufungskläger insbesondere auch entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz die Einsatzstrafe unter Anwendung des Asperationsprinzips lediglich um 6 Monate auf 16 Monate Freiheitsstrafe erhöht hat, was im Einklang mit Art. 49 StGB steht und zu bestätigen ist.

Beim Berufungskläger handelt es sich um einen sogenannten Kriminaltouristen sowie um einen Berufskriminellen. Er wurde in den letzten knapp 20 Jahren neben der Schweiz in weiteren 7 europäischen Ländern, insbesondere wegen Vermögensdelikten verurteilt. Bei der Täterkomponente ist die offenbare absolute Unbelehrbarkeit des Berufungsklägers zu berücksichtigen. Er ist einschlägig vorbestraft (Strafregisterauszüge Schweiz, Österreich bzw. Deutschland, Akten S. 9 f., 25 ff. bzw. 32 ff.). Dieser Umstand führt zu einer weiteren Erhöhung der Strafe um 4 Monate auf 20 Monate Freiheitsstrafe.

Soweit er bei der Täterkomponente geltend macht, ausschliesslich «aus einer Notlage heraus» gehandelt und «keine andere Möglichkeit» gesehen zu haben, um sich Geld für den Drogenkonsum zu beschaffen respektive die bereits entstandenen Drogenschulden gegenüber seinen Dealern zu begleichen», kann ihm nicht gefolgt werden. Eine massgebende Notlage steht im Widerspruch zu seiner Aussage in der Berufungsverhandlung, wonach seine Mutter ■ zu welcher er einen engen Kontakt pflege und welche sich um seine vier Kinder kümmere ■ in seinem Heimatland Rumänien eine Farm besitze, ihm ein Stück Land geben und er sich dort daher eine neue Existenz aufbauen könne. Auch hatte ein allfälliger Suchtmittel- oder Alkoholkonsum keinen derartigen Einfluss auf die Motivation seiner Vermögensdelikte, wie der Berufungskläger insinuiert. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, welche auf eine typische Beschaffungskriminalität und eine schwere Drogenabhängigkeit hindeuten würden. Das strategische und besonnene Vorgehen des Berufungsklägers in Bezug auf seine Diebstähle lassen nicht auf einen typischen Drogenkriminellen schliessen. Zudem hatte der Berufungskläger bei seiner Festnahme keine entsprechenden Utensilien ■ beispielsweise eine Crackpfeife ■ dabei und konnte auch kein Alkoholkonsum festgestellt werden. Seine Behauptung, er habe bei seinen Dealern Schulden gehabt und sei unter Druck gestanden, erscheinen wenig glaubhaft und konstruiert. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist es unwahrscheinlich, dass ein Dealer einem ihm unbekanntem Konsumenten Drogen aushändigt, ohne die entsprechende Gegenleistung hierfür Zug um Zug erhalten zu haben. Unglaubhaft und diffus insgesamt sind auch die biografischen und ungenauen Schilderungen zu seiner Sucht in der Berufungsverhandlung, wonach er 10 Jahre Heroin, Kokain und insbesondere Crack konsumiert und 5 bis 6 Monate Entzugserscheinungen («Schmerzen in den Knochen») gehabt habe. Entzugserscheinungen dauern bei einem Crack-Konsumenten bekanntlich viel kürzer und charakterisieren sich in erster Linie durch psychische Beeinträchtigungen (vgl. Haasenet al., Körperliche und psychische Folgen des Kokain- und Crackkonsums, in: Suchttherapie 2002, S. 2 ff., 5). Dass der Berufungskläger bei der Tatbegehung unter Suchtdruck stand, erscheint auch vor dem Hintergrund, dass er gemäss den Akten offenbar nach der Tat nicht umgehend Crack beschafft hat, unglaubwürdig. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, dass der Berufungskläger in der Haft engmaschig beaufsichtigt wurde, wie dies bei Suchtmittelabhängigkeit gewöhnlicherweise

der Fall ist. Immerhin ist dem Berufungskläger zugute zu halten, dass er betreffend die ihm angelasteten Taten ein umfassendes Geständnis abgelegt hat. Allerdings gilt es zu beachten, dass der Sachverhalt in den meisten Anklagepunkten durch objektive Beweismittel bereits erstellt werden konnte. Das Geständnis fällt daher nicht mehr besonders stark ins Gewicht und wird denn auch nur im Umfang von 1 Monat angerechnet, sodass eine Einsatzstrafe von 19 Monaten resultiert. Eine weitere Anrechnung seines Geständnisses, wie der Berufungskläger beliebt macht, fällt angesichts der geringen Bedeutung für die Tataufklärung ausser Betracht.

Mit Urteil des Tribunal de police Genève vom 23. April 2020 wurde der Berufungskläger wegen gewerbsmässigen Diebstahls, gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage sowie mehrfacher rechtswidriger Einreise zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt, wobei 18 Monate bedingt, bei einer Probezeit von 5 Jahren, ausgesprochen wurden (Akten S. 9). Der Berufungskläger wurde innert kürzester Zeit, und damit innerhalb der Probezeit, erneut einschlägig straffällig. Er hat die ihm mit dem Aussprechen einer teilbedingten Strafe gewährte Chance offensichtlich nicht genutzt und sich dementsprechend nicht bewährt. Auch seine unzähligen Vorstrafen in Deutschland und Österreich (Akten S. 25 ff.) zeichnen ein Bild absoluter Unbelehrbarkeit. Dem Berufungskläger ist entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen eine schlechte Legalprognose zu stellen. Der bedingt ausgesprochene Teil der Vorstrafe ist somit zu widerrufen und es ist in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Ein teilweiser Widerruf, soweit ihn der Berufungskläger im Zusammenhang mit der Strafzumessung vor dem Berufungsgericht überhaupt noch beantragt, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausgeschlossen (BGer 6B\_802/2016 vom 24. August 2017 E. 2). Dass dem Probezeitäter durch die Anwendung des Asperationsprinzips eine gewisse Privilegierung zu gewähren und die Kumulation der Strafen ausgeschlossen ist, wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch den Hinweis «in sinngemässer Anwendung» wiederum relativiert. Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es dem Gericht kaum möglich sein wird, die in Rechtskraft erwachsene, bedingte Geld- oder (teil-)bedingte Freiheitsstrafe nachträglich neu festzusetzen und dabei gleichwohl eine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 47, Art. 49 und Art. 50 StGB genügende Strafzumessung vorzunehmen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.1). Dies scheint der Berufungskläger mit seinem verkürzten Hinweis auf die Rechtsprechung auszuklammern. Bilden die «Einsatzstrafe» für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen. Der Berufungskläger verletzte die Probezeit in besonders krasser Weise. Daher rechtfertigt es sich, das Asperationsprinzip zurückhaltend anzuwenden und die Vorstrafe im Umfang von 17 Monaten anzurechnen, was im Einklang mit dem neuen Sanktionsregime steht. Es resultiert folglich eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Höhe von 36 Monaten Freiheitsstrafe. Eine teilweise bedingte Ausfällung dieser Strafe gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB fällt offensichtlich ausser Betracht. Der bisher ausgestandene Freiheitsentzug (Untersuchungshaft bzw. vorzeitiger Strafvollzug) seit dem 4. November 2020 ist gemäss Art. 51 StGB auf diese Freiheitsstrafe anzurechnen.

3.3 Somit ist der Berufungskläger in Bestätigung der vorinstanzlichen Strafzumessung unter Widerruf der offenen Vorstrafe zu einer seinem Verschulden angemessenen Gesamtstrafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe zu verurteilen.

#### **E. 4**

4.1 Schliesslich ficht der Berufungskläger die lebenslange Dauer der Landesverweisung an. Er beantragt, diese sei auf 20 Jahre zu beschränken.

4.2 Unbestritten ist, dass es sich sowohl beim gewerbsmässigen Diebstahl als auch beim gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage um Tatbestände handelt, welche gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB eine obligatorische Landesverweisung nach sich ziehen. Begeht jemand, nachdem gegen ihn eine Landesverweisung angeordnet worden ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine Landesverweisung nach Artikel 66a StGB erfüllt, so ist die neue Landesverweisung auf 20 Jahre auszusprechen (Art. 66b Abs. 1 StGB). Die Landesverweisung kann auf Lebenszeit ausgesprochen werden, wenn der Verurteilte die neue Tat begeht, solange die für die frühere Tat ausgesprochene Landesverweisung noch wirksam ist (Art. 66b Abs. 2 StGB). Art. 66b Abs. 2 StGB ermöglicht («kann») im Wiederholungsfall mithin eine lebenslange Landesverweisung. Art. 121 Abs. 5 Bundesverfassung (BV, SR 101) sieht eine solche Dauer für die Landesverweisung nicht vor. Das Bundesgericht musste die lebenslange Landesverweisung bisher noch nicht beurteilen. Die lebenslängliche Landesverweisung ist aber nach klarer Rechtsprechung zum früheren Einreiseverbot und nach herrschender Lehre aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und im Lichte der Anforderungen des Völkerrechts rechtswidrig, weil sie jede einzelfallbezogene Abwägung bezüglich der Dauer der Massnahme ausschliesst (vgl. BGE 139 II 121 E. 6; BVGE 2014/20 E. 6; Schlegel, a.a.O., Art. 66b N 3, Vetterli, in: Graf [Hrsg.], StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 66b/c N 2, mit Hinweisen, Zurbrügg/Hruschka, in: Basler Kommentar, 4. Auflage, Art. 66b N 6; jeweils mit Hinweisen).

4.3 Nach dem Gesagten ist in teilweiser Gutheissung der Berufung die Landesverweisung in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 66b Abs. 1 StGB auf 20 Jahre festzusetzen.

#### **E. 5**

5.1 Für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens kommt Art. 428 Abs. 1 StPO zum Tragen. 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 (BGer 6B\_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4; AGE SB.2019.76 vom 18. Mai 2021 E. 9.1).

5.2 Der Berufungskläger unterliegt im Hinblick auf den Antrag, er sei vom Vorwurf des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage freizusprechen. Er unterliegt auch in Bezug auf den Antrag auf Reduktion der Strafe von 36 auf 24 Monate. Er erreicht im Berufungsverfahren demgegenüber eine reduzierte Landesverweisung und obsiegt unter diesem Aspekt. Es rechtfertigt sich deshalb, ihm die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer um 1/6 reduzierten Urteilsgebühr von CHF 2'000.00 (inklusive Kanzleiauslagen, zuzüglich allfälliger übriger Auslagen) aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]).

5.3 Dem amtlichen Verteidiger, [...], Advokat, wird aus der Gerichtskasse eine Entschädigung gemäss seiner Aufstellung, zuzüglich 2 Stunden 45 Minuten für die heutige Berufungsverhandlung, ausgerichtet. Für den genauen Betrag wird auf das Urteilsdispositiv verwiesen. Da dem Berufungskläger eine um 1/6 reduzierte Urteilsgebühr auferlegt wird, umfasst die Rückerstattungspflicht bezüglich des Honorars seines amtlichen Verteidigers im Falle einer wirtschaftlichen Besserstellung 5/6 des zugesprochenen Honorars (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.