

ZH_OBERGERICHT SB120089 vom 8. Juni 2012

ZH Obergericht, 2012-06-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120089

FR: ZH_OBERGERICHT SB120089 du 8 juin 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120089 del 8 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

Der Beschuldigte A. _____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 25. Oktober 2011 des gewerbsmässigen und teilweise ban- denmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, 2 und 3 StGB sowie des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB schuldig gesprochen und mit 24 Mona- ten Freiheitsstrafe bestraft, wovon die Vorinstanz 203 Tage als durch Untersu- chungshaft und vorzeitigen Strafantritt erstanden erklärte, wobei die Vorinstanz den Vollzug der Strafe nicht aufschob (Urk. HD 45 S. 17). Ferner trat die Vo- rinstanz auf den Antrag, es sei der mit Entscheid der Staatsanwaltschaft Bi- schofszell vom 22. März 2011 gewährte bedingte Vollzug der Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu widerrufen, nicht ein (Urk. HD 45 S. 17). Die Vo- rinstanz zog darüber hinaus zwei Mobiltelefone, eines davon mit Ersatzakku, so- wie zwei SIM-Karten ein und überliess sie der Gerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung (Urk. HD 45 S. 17). Schliesslich wurde der Beschuldigte von der Vo- rinstanz verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, wider- rechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 3'000.– sowie der Privatklägerin B. _____ Schadenersatz in Höhe von Fr. 4'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen (Urk. HD 45 S. 17).

E. 1.1

Die Delinquenz des Beschuldigten, hinsichtlich der der Schuldspruch der Vo- rinstanz in Rechtskraft erwachsen ist, ist in die vorliegende Strafzumessung mit einzubeziehen.

E. 1.2

Der Beschuldigte wurde mit in Rechtskraft erwachsenem (Urk. HD 54) Straf- befehl der Staatsanwaltschaft Bischofszell vom 22. März 2011 wegen unrecht- mässiger Aneignung im Sinne von Art. 137 Ziff. 2 StGB mit einer Geldstrafe von

E. 2

Gegen das mündlich eröffnete Urteil meldete der Verteidiger des Beschuldigten mit Eingabe vom 3. November 2011 (Eingang: 4. November 2011; Urk. HD 40)

- 5 - innert Frist Berufung an. Das vollständig begründete Urteil wurde von ihm am 25. Januar 2012 entgegengenommen (Urk. HD 44/1), und seine schriftliche Beru- fungserklärung wurde von ihm mit Eingabe vom 13. Februar 2012 (Eingang: 15. Februar 2012) fristgerecht eingereicht (Urk. HD 46).

E. 2.1

Bei der Bemessung der Strafe ist vom gesetzlichen Strafraumen auszuge- hen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Freiheitsstrafen erfüllt, sei es durch Wiederholung derselben strafbaren Handlung, sei es

durch Begehung verschiedener strafbarer Handlungen, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

E. 2.2

Die schwerste vom Beschuldigten begangene Straftat ist vorliegend, wie von der Vorinstanz korrekt dargelegt (Urk. HD 45 S. 8), der bandenmässige Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 3 StGB. Dieser wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder mit Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft. Strafschärfend ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB die Deliktsmehrheit zu berücksichtigen. Dass der Diebstahl vom 5. April 2011 im Versuchsstadium stecken blieb, hat die Vorinstanz zu Recht nicht strafmildernd berücksichtigt (Urk. HD 45 S. 8), weil der Beschuldig-

- 13 - te und sein Komplize die Tathandlungen nicht von sich aus abbrechen, sondern das Delikt nicht vollendet wurde, weil C._____ bei den Griffen ins Portemonnaie des Opfers lediglich eine Krankenversicherungskarte erwischt und die beiden Täter überdies auf frischer Tat ertappt und verhaftet wurden (Urk. HD 26 S. 9). Der Strafrahmen erstreckt sich daher von 181 Tagessätzen Geldstrafe bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe. Dieser erweiterte Strafrahmen ist aber nur in Ausnahmefällen anwendbar; in der Regel sind Strafschärfungsgründe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens, dies dann aber zwingend, strafehöhend zu berücksichtigen (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, Zürich 2007, S. 74; BGE 136 IV 55 E. 5.8.). 3. Strafzumessung

E. 3

Die Anklagebehörde hatte ihre Argumentation, der betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage sei gewerbsmässig erfolgt, nicht erst anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebracht (Prot. I S. 9). Im Ingress der Anklageschrift vom 18. Juli 2011 findet sich jedenfalls die ausdrückliche Behauptung, der Beschuldigte habe auch mehrfach auf eine Datenverarbeitungsanlage eingewirkt, "wobei er gewerbsmässig handelte" (Urk. HD 26 S. 2). Demgegenüber findet sich am Schluss dieser Anklage lediglich ein Verweis auf Art. 147 Abs. 1 StGB (Urk. HD 26 S. 9). Insofern bestand Klärungsbedarf. Eine entsprechende Klarstellung ist indessen, wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, nach Art. 337 Abs. 2 StPO zulässig, sofern die Qualifikation von der Anklage gedeckt wird. So- dann ist sogar die Änderung einer Anklage möglich, wenn der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen anderen Straftatbestand erfüllen könnte, die Anklage aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht (Art. 333 Abs. 1 StPO). Zudem ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass das Gericht gemäss Art. 350 Abs. 1 StPO nur an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht jedoch an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde gebunden ist. Da die rechtliche Würdigung als gewerbsmässig von der Anklage gedeckt ist (Urk. HD 26 S. 2, S. 6 f. und S. 9; so auch die Vorinstanz: Urk. HD 45 S. 5) und der Beschuldigte zur Wahrung des rechtlichen Gehörs anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Gelegenheit erhielt, zur Frage der Gewerbsmässigkeit Stellung zu nehmen (Prot. I S. 12 und 14), ist das Vorgehen der Vorinstanz insoweit nicht zu beanstanden.

E. 3.1

Strafzumessungsregeln Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Le-

ben des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechts- guts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs, die Wil- lensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe zu be- achten. Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfrei- heit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens bedeut- sam. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat oder im Strafverfahren, allenfalls Reue und

- 14 - Einsicht sowie die Strafempfindlichkeit (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Zürich 2006, S. 117 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 90; BSK StGB I- Wiprächtiger, Art. 47 N 65). Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Urteile des Bundesgerichts 6S.174/2001 vom 3. April 2001 E. 2a, 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. Auflage, Bern 2006, § 6 N 13). Das Gericht hat in seinem Urteil die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in den Grundzügen darzustellen. Dabei muss es in der Re- gel die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Insgesamt müssen seine Erwägungen die ausgefallte Strafe rechtfertigen, d.h. das Strafmass muss als plausibel erscheinen (BGE 127 IV 101 E. 2.; Urteil des Bundesgerichts 6S.83/2006 vom 5. Februar 2007, E. 3.1.).

E. 3.2

Tatkomponente

E. 3.2.1

Objektive Tatschwere Zum Tatvorgehen ist festzuhalten, dass der Beschuldigte und sein Komplize in der Regel (ND 1, ND 2, ND 3, ND 4, HD) gezielt betagte resp. hochbetagte, in zwei Fällen (ND 1, ND 2) darüber hinaus offensichtlich gehbehinderte Opfer aus- suchten, von denen anzunehmen war, dass diese im Falle einer Entdeckung ei- nerseits wenig Widerstand leisten würden und andererseits keine Verfolgung würden aufnehmen können. Dass die Vorinstanz dieses Tatvorgehen als beson- ders skrupellos bezeichnete, ist entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 46 S. 2) nicht zu beanstanden. Zudem lässt sich nur schon angesichts der Aus- wahl der Opfer nichts daraus ableiten, dass der Beschuldigte und sein Komplize nicht noch Gewalt gegen diese anwendeten: Da sich ihre Delinquenz in der Regel gegen Opfer richtete, die ihnen körperlich stark unterlegen waren, musste gar keine Gewalt eingesetzt werden, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Hätten

- 15 - der Beschuldigte oder sein Komplize dies getan, wäre zudem, wie die Vorinstanz zu Recht angemerkt hat (Urk. HD 45 S. 9), die Bestrafung wegen Raubes im Raum gestanden. Ferner hat die Vorinstanz zu Recht auf die hohe Deliktssumme von fast Fr. 20'000.–

hingewiesen, die innerhalb nicht einmal eines halben Monats im Januar 2011 sowie eines knappen Monats im März/April 2011 erbeutet wurde und ein Mehrfaches eines durchschnittlichen schweizerischen Monatslohns resp. eines durchschnittlichen rumänischen Jahresgehaltes beträgt (Urk. HD 45 S. 9 f.). Das objektive Verschulden des Beschuldigten ist unter den gegebenen Umständen als erheblich zu bezeichnen.

E. 3.2.2

Subjektive Tatschwere Dass der Beschuldigte die Taten mit direktem Vorsatz beging, findet darin seinen Niederschlag, dass er wegen gewerbsmässiger Tatbegehung zu verurteilen ist. Soweit die Verteidigung mit ihrer anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebrachten Argumentation, der Beschuldigte habe der Versuchung nicht widerstehen können, da die Opfer aus dessen Sicht unvorstellbar hohe Geldbeträge auf sich getragen hätten (Urk. HD 36 S. 3), geltend machen will, dieser sei erst dadurch zu den Diebstählen verleitet worden, ist dies als unbehelflich zu qualifizieren. Der Beschuldigte reiste eigens zum Zwecke der Delinquenz, für die die Strafe zuzumessen ist, in die Schweiz ein (Urk. HD 6/4 S. 5). Zudem wurden die Opfer vor den Diebstählen gezielt ausspioniert und hatten der Beschuldigte und sein Komplize erst dadurch überhaupt Kenntnis davon, dass diese grössere Bargeldbeträge auf sich trugen. Die Verteidigung bemängelt, dass die Ausführungen der Vorinstanz, die von rein monetären Motiven resp. von Geldgier ausgegangen sei, nicht nachvollziehbar seien (Urk. HD 46 S. 2; Urk. HD 57 S. 3 f.). Dem ist zu entgegnen, dass vorsätzlich begangenen Vermögensdelikten praktisch immer finanzielle Motive zugrunde liegen. Dass der Beschuldigte, wie die Vorinstanz festhielt, aus reiner Geldgier gehandelt habe (Urk. HD 45 S. 10), ist zwar überzeichnet. Betrachtet man die innerhalb der beiden kurzen Zeitspannen im Januar sowie im März/April 2011 erbeutete Deliktssumme, die nicht zu den schweizerischen, sondern zu den Lebenshaltungskosten in Z. _____ [europäischer Staat] in Relati-

- 16 - on zu setzen ist (siehe dazu die korrekten Erwägungen der Vorinstanz: Urk. HD 45 S. 10), und bezieht man zudem mit ein, dass der Beschuldigte gemäss seinen Zugaben mit einem Teil der Beute ein Fahrzeug erwarb (Urk. HD 6/4 S. 13), ist aber darauf zu schliessen, dass der Beschuldigte mit seinen Diebstählen, auch wenn in einigen Fällen eine Teilung der Beute erfolgte, wesentlich mehr Einnahmen erzielte, als zur Deckung des Lebensunterhalts erforderlich gewesen wäre. Es mag zwar sein, dass das Fahrzeug gekauft wurde, um es in der Heimat teurer wiederzuverkaufen, wie der Beschuldigt anlässlich der Berufungsverhandlung angab (Urk. HD 56 S. 3). Dies ändert aber nichts daran, dass der Beschuldigte über die entsprechenden Barmittel verfügte, um das Fahrzeug, einen BMW, finanzieren zu können. Der Beschuldigte hat mithin nicht aus einer finanziellen Notlage heraus gehandelt. Die Angabe, er habe die Diebstähle begangen, um seine Familie zu ernähren (Urk. HD 6/5 S. 10 f.), wurde von der Vorinstanz nur schon angesichts des Umstandes, dass sich damit der Umfang der an den Tag gelegten Delinquenz nicht erklären lässt, zu Recht als stereotype Schutzbehauptung qualifiziert. Die Vorgehensweise des Beschuldigten zeugt, wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat (Urk. HD 45 S. 9), von erheblicher krimineller Energie. Auch subjektiv ist von einem erheblichen Verschulden des Beschuldigten auszugehen.

E. 3.3

Täterkomponente

E. 3.3.1

Persönliche Verhältnisse und Vorleben Die Vorinstanz hat den Lebenslauf des Beschuldigten ausführlich wiedergegeben (Urk. HD 45 S. 10 f.); diese Ausführungen sind an dieser Stelle nicht zu wiederholen. Sie hat die Biographie des Beschuldigten, die gemäss dessen Angaben von Armut und Gewalt geprägt waren, leicht strafmindernd berücksichtigt. Dies ist entgegen der Ansicht der Verteidigung, die davon ausgeht, dass dem mit einer stärkeren Strafminderung Rechnung zu tragen sei (Urk. HD 46 S. 2; Urk. HD 57 S. 3 f.), nicht zu beanstanden. Eine schwierige Kindheit stellt keinen Freipass für Delinquenz dar; auch Personen, die in widrigen Verhältnissen aufwuchsen, haben sich an die Rechtsordnung zu halten und tun dies in aller Regel auch. Dass die Vorinstanz ferner auf eine erhöhte Strafempfindlichkeit des Beschuldigten

- 17 - schloss, weil dieser während der Zeit seiner Inhaftierung von seiner Familie mit zwei Kleinkindern getrennt ist, ist als wohlwollend zu bezeichnen. Eine solche Trennung, mit der eine Vielzahl inhaftierter Personen konfrontiert ist, wird ohne Vorliegen besonderer Umstände in der Regel nicht strafmindernd berücksichtigt. Sodann ist der Argumentation der Verteidigung, die vorinstanzlichen Ausführungen zur angeblich guten finanziellen Versorgung des Beschuldigten in Z._____ seien nicht erstellt, entgegen zu halten, dass die Vorinstanz diesbezüglich auf die eigenen Ausführungen des Beschuldigten abgestellt (vgl. Urk. HD 45 S. 10 f.) und diese in Relation gesetzt hat zum durchschnittlichen Einkommen in Z._____, das auf der Homepage des Auswärtigen Amtes von W._____ [europäischer Staat] aufgeführt wird und von dem nicht geltend gemacht wird, es sei falsch. Ferner ist der Verteidigung zu widersprechen wenn sie geltend macht, die Vorinstanz habe die finanzielle Versorgung des Beschuldigten als "gut" bezeichnet.

E. 3.3.2

Vorstrafen Der Beschuldigte weist aus den Jahren 2004 bis 2011 ohne die Strafe gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bischofszell vom 22. März 2011 insgesamt sieben einschlägige Vorstrafen auf (Urk. HD 18/3; Urk. HD 18/5-8). Diese wirken sich, wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat (Urk. HD 45 S. 11), massiv straf- erhöhend aus. Zudem ist strafehöhend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine Delinquenz nur wenige Tage nach seiner Verhaftung resp. der gleichentags erfolgten Entlassung vom 15. März 2011 im Zusammenhang mit der mit Strafbefehl vom 22. März 2011 geahndeten unrechtmässigen Aneignung vom 9. Februar 2011 in ... (vgl. Beizugsakten; Urk. HD 27/A) unbeirrt fortsetzte.

- 18 -

E. 3.3.3

Nachtatverhalten Das Geständnis des Beschuldigten ist leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Es ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass der Beschuldigte seine Aussagen häufig an den Stand der Ermittlungen anpasste und sich in der Regel erst dann geständig zeigte, wenn ihm aufgrund der Beweislage wenig anderes übrig blieb (vgl. Urk. HD 6/2 S. 4 ff.; Urk. HD 6/3 S. 5 ff.; Urk. HD 6/4 S. 5 und S. 7 ff.; Urk. HD 6/6 S. 5). Der Beschuldigte machte jedoch auch von sich aus Angaben zum Anlagengeschehen, beispielsweise in Bezug auf die Herkunft der Gelder für die von ihm getätigten Überweisungen (Urk. HD 6/5 S. 9). Seiner späteren Kooperation lag jedoch nicht etwa Einsicht zugrunde, sondern die Erkenntnis, dass das Verfahren so schneller voranschreiten würde (Urk. HD 6/4 S. 2). Gleich zu werten ist die Kooperation des Beschuldigten im Rahmen des Auslieferungsverfahrens nach W._____ (Urk. HD 57 S. 4 f.), gab der

Beschuldigte doch anlässlich der Berufungsverhandlung an, es sei ihm gesagt worden, dass er auf diese Weise schneller nach ausgeliefert werde, was seinem Wunsch entspricht (Urk. HD 56 S. 5 und 8 f.). Unter dem Aspekt des Nachtatverhaltens ist positiv zu werten, dass der Beschuldigte der Verwertung des von ihm mit einem Teil der Beute erworbenen Fahrzeugs zustimmte und die Geschädigte E._____ so einen Teil des Schadens erstattet erhielt (Urk. HD 6/4 S. 13; Urk. HD 6/5 S. 5 f.), wie dies auch die Vorinstanz getan hat (Urk. HD 45 S. 11). Es ist dieser aber ausdrücklich darin zuzustimmen, dass von Reue beim Beschuldigten kaum die Rede sein kann und seine in diesem Zusammenhang gemachten Beteuerungen unglaublich wirken (vgl. Urk. HD 45 S. 11 f.).

E. 3.4

Hypothetische Einsatzstrafe In Würdigung der obgenannten Kriterien wäre die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten angemessen.

- 19 -

E. 3.5

Gesamtstrafe Hinsichtlich des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage kann für das objektive und subjektive Verschulden auf die obigen Erwägungen verwiesen werden, die mutatis mutandis auch hier gelten. Ferner ist die Vorinstanz hier ebenfalls zu Recht davon ausgegangen, dass der Umstand, dass die Tathandlungen teilweise nicht über das Versuchsstadium hinausgingen, nicht strafmildernd berücksichtigt werden kann (Urk. HD 45 S. 8). Auch bei diesen Tathandlungen nahmen der Beschuldigte und sein Komplize nicht von sich aus von der Deliktsausübung Abstand, sondern wurde diese durch äussere Umstände unterbrochen: Im einen Fall war der PIN-Code nicht richtig erspäht worden und im anderen Fall wurden der Beschuldigte und sein Komplize auf frischer Tat ertappt und verhaftet (Urk. HD 26 S. 6 und S. 9). Für das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten sowie für die Vorstrafen und das Nachtatverhalten ist auf die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen. Unter Berücksichtigung aller relevanten Strafzumessungsfaktoren und unter Anwendung des Asperationsprinzips ist die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten angemessen, weshalb das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen ist. Anzurechnen sind insgesamt 430 Tage, die durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute anzurechnen sind (Art. 51 StGB). VI. Vollzug 1. Die Voraussetzungen, unter denen das Gericht den Vollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe aufschieben kann, wurden von der Vorinstanz korrekt dargelegt, weshalb sie an dieser Stelle nicht zu wiederholen sind (Urk. HD 45 S. 12 f.). 2. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass aufgrund der Freiheitsstrafe von acht Monaten, zu welcher der Beschuldigte im Jahre 2007 verurteilt

- 20 - wurde (Urk. HD 18/8; Urk. HD 34 S. 4), besonders günstige Umstände erforderlich wären, die angesichts der – inkl. derjenigen gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Bischofszell vom 22. März 2011 – insgesamt acht Vorstrafen des Beschuldigten sowie angesichts dessen, dass selbst die in der Vergangenheit unbedingt ausgesprochenen und verbüsst Freiheitsstrafen keinerlei Wirkungen zeigten, nicht vorliegen. Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4

Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung geht für die Umschreibung der Gewerbmässigkeit vom Begriff des berufsmässigen Handelns aus. Wie schon die Vorinstanz dargelegt hat (Urk. HD 45 S. 6), handelt der Täter berufsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwen-

- 8 - det, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums so- wie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt (BSK Niggli/Riedo, Art. 139 N 83 mit Hinweisen). Gewerbmässigkeit liegt vor, wenn der Täter mehrfach in der Absicht delinquent, ein Erwerbseinkommen zu erzielen und er die Bereitschaft zur Ver- übung einer Vielzahl von Delikten der fraglichen Art aufweist (BGE 123 IV 116; BGE 116 IV 329). Die Vorinstanz argumentierte, für die Beurteilung der Gewerbmässigkeit seien die beiden Deliktsarten aus einem einheitlichen Winkel zu betrachten, da die Wahl der Deliktsart jeweils lediglich von der für den Beschuldigten und seinen Kompliz- en im Voraus jeweils nicht erkennbaren Beute abhängig gewesen sei (Urk. HD 45 S. 7). Das Vorgehen der Vorinstanz wird von der Verteidigung kritisiert. Sie ist der An- sicht, dass die Beurteilung der Gewerbmässigkeit für jede der Deliktsarten ge- sondert zu erfolgen hat (Urk. HD 46 S. 1; Urk. HD 57 S. 2). Diese Frage kann vorliegend offen bleiben. Auch wenn man die Delikte nicht in ih- rer Gesamtheit betrachtet, sondern die Prüfung der Frage der Gewerbmässigkeit für jede der beiden Deliktsarten gesondert vornimmt, liegt mit Bezug auf den be- trügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage Gewerbmässigkeit vor. Diese wird bereits bei einer relativ geringen Anzahl tatsächlich verübter Delikte bejaht, wenn anzunehmen ist, der Täter sei zu einer Vielzahl solcher Straftaten bereit gewesen (BSK StGB I-Niggli/Riedo, Art. 139 N 79). Dies ist vorliegend mit Bezug auf den betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage ohne Weiteres der Fall. Am 17. März 2011 versuchte der Beschuldigte erstmals, mit ei- ner gestohlenen Bankkundenkarte, deren vermeintlicher PIN-Code sein Komplize C._____ erspäht hatte, bei Bancomaten Bargeld abzuheben (ND 2), wobei es bei dieser Tat beim dreifachen Versuch blieb, weil der von C._____ erspähte PIN- Code falsch war und die Karte nach dreimaliger Eingabe eines falschen PIN- Codes eingezogen wurde (Urk. HD 26 S. 5 f.). Ganz ähnlich gingen der Beschul- digte und C._____ bereits vier Tage später, am 21. März 2011, vor, als es C._____ gelang, einer Geschädigten die Kontokarte samt PIN-Code zu entwen-

- 9 - den und der Beschuldigte in der Folge mit dieser Kontokarte und dem PIN-Code insgesamt Fr. 4'000.- vom Bankkonto der Geschädigten abhob (ND 3; Urk. HD 26 S. 7). Am 5. April 2011 beobachtete der Beschuldigte eine weitere Geldent- nahme an einem Bancomaten und versuchte in der Folge zusammen mit C._____, an die Bankkarte zu kommen, was jedoch misslang, weil lediglich die einer Bankkarte zum Verwechseln ähnliche Krankenversicherungskarte behändigt wurde und der Beschuldigte sowie sein Komplize überdies auf frischer Tat ertappt und unmittelbar nach der Entwendung der Krankenversicherungskarte verhaftet wurden. Innerhalb eines Zeitraums von gut zweieinhalb Wochen wurden somit von drei verschiedenen Opfern Karten behändigt, um damit an Bancomaten Geld zu beziehen. Dass nur in einem Fall tatsächlich Geld bezogen wurde, während die übrigen Taten im Versuchsstadium stecken blieben, kann entgegen der An- sicht der Verteidigung (Prot. I S. 14) keine Rolle spielen; wie die Vorinstanz kor- rekt darlegte, ist nicht erforderlich, dass der Gewinn tatsächlich realisiert wird, sondern genügt die entsprechende Absicht (BSK StGB I-Niggli/Riedo, Art. 139 N 93; vgl. Urk. HD 45 S. 6). Der Beschuldigte und sein Komplize brachen die Aus- führung der im Versuchsstadium

stecken gebliebenen Delikte nicht von sich aus ab, sondern machten ihrerseits alles, um sie erfolgreich zu Ende zu führen. Dass ihnen dies nicht gelang, war einzig auf äussere Faktoren zurückzuführen. Wie bereits dargelegt ist von Gewerbsmässigkeit auszugehen, wenn aufgrund der gesamten Umstände darauf geschlossen werden muss, dass der Täter die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt. Nicht massgebend ist dagegen, ob der Täter dabei raffiniert vorgeht. Dass die Vorgehensweise des Beschuldigten nicht besonders ausgeklügelt war, wie die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung geltend machte (Urk. HD 57 S. 2), spielt für die rechtliche Qualifikation daher keine Rolle. Im Übrigen kann dem Vorgehen des Beschuldigten eine gewisse Raffinesse auch nicht abgesprochen werden, wurden die Opfer vorgängig doch gezielt ausspioniert. Aus den zahlreiche Vermögensdelikte betreffenden Vorstrafen und dem Verhalten des Beschuldigten kann ferner ohne Weiteres geschlossen werden, dass er nur durch seine Verhaftung daran gehindert wurde, weiter auf diese Weise an Geld zur Bestreitung des Lebensunterhaltes zu kommen. Die Vorinstanz hat zudem zu

- 10 - Recht darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte innerhalb des kurzen Deliktszeitraums wiederholt zum Zwecke der Delinquenz in die Schweiz einreiste (Urk. HD 45 S. 7 mit Verweis auf Urk. HD 6/4 S. 5) und dass die Vorgehensweise jeweils ähnlich war, was für ein systematisches Vorgehen und die Verübung nach der Art eines Berufes spricht (Urk. HD 45 S. 7). Sodann hat die Vorinstanz den Beschuldigten zu Recht auf seiner Zugabe behaftet, er habe sich auch durch die Diebstähle finanziert resp. er und seine Kinder hätten vom Geld, das er gestohlen habe, gelebt (Urk. HD 45 S. 7 mit Verweis auf Urk. HD 6/5 S. 13 und Urk. HD 34 S. 3). In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Aussagen des Beschuldigten anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 17. Juni 2011 zu verweisen, als er angab: "Wenn ich stehle, dann stehle ich Portemonnaies oder Bank-/Kreditkarten. In manchen Portemonnaies befanden sich Bankkarten, in manchen keine" (Urk. HD 6/4 S. 4) resp. "Wir pflegten nur das Geld und die Bankkarten zu nehmen. Wir behielten die Bankkarten nur dann, wenn wir im Portemonnaie den PIN-Code vorfanden. Sonst hatten wir auch die Bankkarten weggeworfen" (Urk. HD 6/4 S. 6). Dass der Beschuldigte anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 28. Juni 2011 auf die Frage, von was er lebe, erklärte, er erhalte in D. _____ monatlich ca. Fr. 120.- Sozialhilfe und werde von seinen Eltern unterstützt, manchmal verkaufe er ein Auto und ansonsten finanziere er sich durch Diebstähle (Urk. HD 6/5 S. 13), steht der Qualifikation der betrügerischen Verwendung einer Datenverarbeitungsanlage als gewerbsmässig entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 57 S. 2 f.) nicht entgegen. Auch die Bank- resp. Kreditkarten mussten zuerst dem Inhaber gestohlen werden, weshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Aussage des Beschuldigten diese Art der Delinquenz mitumfasste. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beute der Tat vom 21. März 2011 (ND 3) angesichts ihrer Höhe einen bedeutenden Teil der Einnahmen des Beschuldigten bildete und dass die Beute aus der Verwendung gestohlener Karten einen noch grösseren Teil gebildet hätte, wenn der Beschuldigte die Taten vom 17. März (ND 2) und 5. April 2011 (HD), die im Versuchsstadium stecken blieben, seiner Vorstellung gemäss erfolgreich hätte abschliessen können. Auch wenn die beiden Deliktsarten Diebstahl einerseits und betrügerische Verwendung einer Datenverarbeitungsanlage andererseits je für

- 11 - sich getrennt auf die Frage der Gewerbsmässigkeit geprüft werden, ist das Fazit der Vorinstanz somit korrekt.

E. 5

Demzufolge ist der Beschuldigte ferner schuldig des gewerbsmässigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 und 2 StGB. V. Strafzumessung 1. Vorbemerkungen

E. 10

Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 400.– bestraft, wobei die Probezeit für die Geldstrafe auf zwei Jahre und die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse auf 14 Tage festgesetzt wurde (Urk. HD 27A). Die Delikte vom 21. und 31. Januar 2011 sowie vom 10., 11., 17. und 21. März 2011 beging der Beschuldigte vor dem Erlass des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Bischofszell. Es ist daher zu prüfen, ob gestützt auf Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe zu derjenigen gemäss dem genannten Strafbefehl auszufällen ist. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden; bei ungleichartigen Strafen ist die Bildung einer Gesamtstrafe nicht möglich (BGE 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011, E. 4.3.1).

- 12 - In einem ersten Schritt erfolgt die Bildung einer hypothetischen Gesamtstrafe für alle zeitlich vor dem früheren Urteil begangenen Straftaten, und zwar allein aus der Sicht des Zweitrichters (BSK StGB I-Ackermann, Art. 49 N 68). Es ist zu prüfen, ob bei einer gleichzeitigen Bestrafung des bereits abgeurteilten Delikts und der neu zu beurteilenden Delikte aus dem Zeitraum vor dem ersten Urteil bei der hypothetischen Gesamtstrafe wiederum die gleiche oder eine andere Strafarm resultieren würde. Erst dann kann entschieden werden, ob eine Zusatzstrafe unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit überhaupt in Frage kommt oder ob eine eigenständige Strafe zu bilden ist. Da indes, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, vorliegend nur eine Freiheitsstrafe als hypothetische Gesamtstrafe in Betracht käme, erübrigen sich weitere Erwägungen zu diesem Thema und ist eine eigenständige Strafe zu bilden. 2. Strafrahmen

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