

ZH_OBERGERICHT SB180066 vom 14. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180066

FR: ZH_OBERGERICHT SB180066 du 14 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180066 del 14 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

Am 16. Februar 2016 erstattete die Geschäftsleitung des Unternehmens B._____ AG Anzeige gegen den Beschuldigten wegen angeblich zu Unrecht er- folgter Privatbezüge mit einer Firmenkreditkarte (Urk. D1/1/1 S. 3). Nach durchge- führter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft am 2. Mai 2017 (Datum Ein- gang) Anklage wegen Veruntreuung und Strassenverkehrsdelikten beim Bezirks- gericht Zürich (Urk. 13). Die vorinstanzliche Hauptverhandlung wurde am 30. Oktober 2017 durchgeführt, der Beschuldigte teilweise für schuldig befunden und mit 7 Monaten unbedingter Freiheitsstrafe bestraft. Gleichzeitig wurde der bedingte Vollzug einer früheren Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 100.– widerrufen (Prot. I S. 6 ff.). Das Urteil wurde gleichentags gefällt und – im Ein- verständnis mit den Parteien – nicht mündlich eröffnet, sondern im Dispositiv schriftlich zugestellt (Prot. I S. 35). Mit Eingabe vom 1. November 2017 meldete der amtliche Verteidiger Berufung an (Urk. 40).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung bereits dargelegt (Urk. 45 S. 21 f.). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf ver- wiesen werden. Eine Strafschärfung ist gemäss Gesetz nur bei gleichartigen Strafen möglich ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). Nach Bundesgerichtspraxis ist bei Straftatbeständen, welche alternativ Geld- oder Freiheitsstrafe vorsehen, die Wahl einer Freiheitsstrafe deshalb zu begründen, jedenfalls im Bereich von Strafen, bei denen aufgrund des Subsidiaritätsprinzips grundsätzlich eine Geldstrafe auszu- sprechen wäre (Urteil des Bundesgerichts 6B_523/2018 vom 23. August 2018 Erw. 1.2.2. und 1.2.3.; BGE 134 IV 97 Erw. 4.2.1). An dieser Stufenordnung der Sanktionen hat der Gesetzgeber auch im Rahmen der Revision des Sanktionen- rechts festgehalten (Urteil des Bundesgerichts 6B_483/2016 vom 30. April 2018 Erw. 3.3.3 mit Hinweisen auf die Literatur und die Gesetzgebungsmaterialien).

E. 1.2

Die Vorinstanz erachtete aus spezialpräventiven Gründen eine Freiheits- strafe als angemessen. Dem ist zuzustimmen. Der Beschuldigte ist mehrfach und teilweise einschlägig vorbestraft. Er delinquierte während der laufenden Straf- untersuchung, welche zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2016 führte (vgl. Urk. 76). Er ist zu einem grossen Teil nicht geständig, was auf man- gelnde Einsicht schliessen lässt. Vor diesem Hintergrund ist kaum zu erwarten, dass er sich durch eine weitere Geldstrafe wird beindrucken lassen, zumal damit lediglich eine gewisse Erhöhung seiner bisherigen Schulden von mittlerweile rund Fr. 220'000.-- resultieren würde, was aus rein finanzieller Sicht keinen grossen Unterschied macht (vgl. Urk. 60/1-3; Urk. 78 S. 3). Einer Geldstrafe würde es vor- liegend nach dem Gesagten sowohl an der Zweckmässigkeit wie auch an

präventiver Effizienz fehlen (vgl. BGE 138 IV 120 Erw. 5.2; BGE 134 IV 97 Erw. 4.2.2; BGE 134 IV 82 Erw. 4.1). Deshalb ist vorliegend eine Freiheitsstrafe auszufällen.

- 21 - 2. Einsatzstrafe (mehrfache Veruntreuung) Beim Tatverschulden fällt vor allem ins Gewicht, dass der Beschuldigte die Kreditkartenbezüge korrekt auf einem besonderen Konto verbuchte (Urk. D1/2/2/1 S. 9 und 10). Sodann ist dem Beschuldigten zuzubilligen, dass er bis zu einem gewissen Grade ersatzbereit war. Seine mangelhafte Zahlungsmoral und seine schlechten finanziellen Verhältnisse waren ihm aber ebenso bekannt wie sein Hang, mehr auszugeben als er verdienen konnte. Sein Betreibungsregisterauszug umfasst mehrere Seiten (Urk. D1/6/1). Insofern ändert es nichts am Umstand, dass er diese persönlichen Probleme einfach seinem Arbeitgeber überband, frei nach dem Motto 'schulde ich dir Geld, ist das nicht mein, sondern dein Problem'. In subjektiver Hinsicht hat der Beschuldigte zumindest in Kauf genommen, dass die inkriminierten Bezüge an den vier Daten nicht mit Einverständnis der Privatklägerin erfolgten und damit unrechtmässig waren. Die veruntreute Summe von rund Fr. 15'000.-- ist nicht gering, aber auch nicht sehr hoch. Letztlich hat sich der Beschuldigte mit Geld seiner Arbeitgeberin vier Partyabende resp. Nächte im Rotlichtmilieu vorfinanziert. Nicht beigeplichtet werden kann der Vorinstanz, wenn sie von einem gewissen Selbstverschulden der Privatklägerin ausging (Urk. 45 S. 23). Ein kleines Unternehmen kann sich aus Verhältnismässigkeitsgründen kein lückenloses Controlling leisten und muss ihrem Buchhalter gezwungenermassen gewisse Freiheiten und somit auch Verantwortung überlassen. Wenn es sich dann bei den unrechtmässigen Bezügen jedenfalls prima vista noch um solche üblicher Spesen handelt – so wurden die Auslagen für Rotlicht- resp. Bordellbesuche mit auf den ersten Blick unverdächtigem Namen verbucht, vgl. Urk. D1/2/1 – , müssen auch nicht sofort Alarmglocken läuten, wenn die Urhebererschaft der produzierten Spesen nicht sogleich erkannt wurde. Insgesamt erscheint eine Einsatzstrafe von 4 Monaten Freiheitsstrafe dem Tatverschulden angemessen (Urk. 45 S. 24 Erw. 3.1.4.). 3. Strafschärfung – Fahren trotz Entzug des Führerausweises Gegenstand der Anklage ist nur eine relativ kurze Fahrt über eine Strecke von rund 40 Kilometern. Wer sich trotz Entzug seines Führerausweises vorsätzlich

- 22 - hinter die Steuer setzt, stellt letztlich das gesamte Sanktionierungssystem im Strassenverkehr in Frage. Dass es sich dabei nicht um eine Bagatelle handelt, zeigt sich bereits darin, dass der Gesetzgeber einen Strafraum bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vorsieht. Bei der Strafzumessung ist auch eine gewisse Verhältnismässigkeit zu Übertretungen im Strassenverkehr einzuhalten. Deshalb erscheint vorliegend eine Strafschärfung im Bereich von 1 Monat als angemessen. 4. Zwischenfazit (Strafe für das Tatverschulden) Insgesamt ergibt sich für das Tatverschulden somit eine Strafe von 5 Monaten Freiheitsstrafe. 5. Täterkomponenten Was die Vorinstanz unter diesem Titel bereits ausgeführt hat, ist zutreffend (Urk. 45 S. 24 - 26 Erw. 4.). Die persönlichen Verhältnisse haben keinen Einfluss auf die Festsetzung der Strafhöhe. Der heute 37-jährige Beschuldigte ist in geordneten Verhältnissen aufgewachsen, verfügt über ein soziales Netz und eine Arbeitsstelle (vgl. zum Ganzen zuletzt Urk. 78 S. 1 ff.). Im Strafregister sind folgende Vorstrafen verzeichnet: - 26. Februar 2009, Bezirksgericht Dielsdorf, 8 Monate Freiheitsstrafe und Busse von Fr. 300.-- wegen falscher Anschuldigung, Fahren trotz Entzug des Führerausweises, Fahren ohne Fahrzeugausweis oder Kontrollschilder, Fahren in fahruntüchtigem Zustand (qualifizierte Blutalkoholkonzentration). Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben. - 22. Juni 2010, Bezirksgericht

Zürich, teilbedingte Geldstrafe von 90 Tages- sätzen zu Fr. 100.-- wegen Urkundenfälschung. - 21. Januar 2016, Bezirksgericht Zürich, bedingte Geldstrafe von 300 Tagessät- zen zu Fr. 100.-- und Busse von Fr. 500.-- wegen Betrug, Urkundenfälschung, Fälschung von Ausweisen, Vergehen gegen das Waffengesetz, Fahren in fahrunfähigem Zustand (qualifizierte Blutalkoholkonzentration), Fahren ohne

- 23 - Führerausweis, Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz im Sinne von dessen Art. 99 sowie wegen Betäubungsmittelkonsum. Das vorliegende zu beurteilende strafbare Verhalten des Beschuldigten ist somit ganz anders zu beurteilen, als wenn es ein einmaliger Fehltritt gewesen wäre. Die Strafe für das Tatverschulden ist spürbar zu erhöhen. Das teilweise Geständnis hinsichtlich der Widerhandlung gegen das SVG wirkt sich demgegenüber nicht strafmindernd aus. Angesichts der Radarmessung samt Fotos war ein Bestreiten der Geschwindigkeitsüberschreitung zwecklos. Abgese- hen davon würde sich ein diesbezügliches Geständnis nur hinsichtlich der Busse auswirken. Dass der Beschuldigte sodann sein Fahrzeug gelenkt hat, obwohl ihm der dafür erforderliche Ausweis entzogen worden war, stand auch ohne sein Geständnis fest. Entgegen der Vorinstanz kann auch nicht von einem strafmin- dernden Teilgeständnis des Beschuldigten hinsichtlich der Veruntreuung durch die Kreditkartenbezüge ausgegangen werden (Urk. 45 S. 25). Dass er die Bezüge nicht zu verheimlichen versuchte, fand bereits im Rahmen des Tatverschuldens seine Berücksichtigung. Ein Geständnis ist primär deshalb strafmindernd zu ver- anschlagen, weil bzw. wenn es von Einsicht und Reue zeugt. Demgegenüber fällt es in der Regel nicht ins Gewicht, wenn die Zugabe gewisser objektiver Sach- verhalte die Arbeit der Staatsanwaltschaft etwas erleichtert hat. Vorliegend hätte anhand der Buchhaltungsunterlagen ohnehin erwiesen werden können, welche Beträge keine geschäftlichen Aufwendungen waren. Viel massgebender ist vor- liegend, dass der Beschuldigte kein Unrechtsbewusstsein hat und seine Schuld durch eine Schutzbehauptung von sich weisen wollte. Auch heute liess er einen Freispruch beantragen. Seine fehlende Einsicht wirkt sich zwar nicht straferhö- hend, so aber doch auch nicht strafmindernd aus. Aufgrund der zum Teil einschlägigen Vorstrafen sowie der Delinquenz trotz lau- fender Strafuntersuchung ist deshalb eine Straferhöhung auf 7 Monate ange- messen.

- 24 -

E. 2

Nach Zustellung der schriftlich begründeten Fassung des Urteils am 29. Januar 2018 (Urk. 44/2) wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten rechtzeitig innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO und unter Berück- sichtigung des Fristenlaufs an Wochenenden gemäss Art. 90 Abs. 2 StPO am Montag, dem 19. Februar 2018 vom amtlichen Verteidiger der Post übergeben (Urk. 47). Nach Eingang der Akten wurde mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2018 eine Frist von 20 Tagen zur Erhebung einer Anschlussberufung angesetzt (Urk. 50). Die Privatklägerin verzichtete mit Schreiben vom 22. Februar 2018 auf An- schlussberufung (Urk. 52). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 26. Februar 2018 (Eingang 28. Februar 2018) Anschlussberufung (Urk. 54). Am

E. 2.1

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unter- liegt fast vollumfänglich mit Ausnahme des Freispruchs hinsichtlich der betrags- mässig geringfügigeren

Kreditkartenbezüge. Weil deshalb auch das sogenannte Probezeitdelikt weggefallen ist, war vorliegend auch nicht über den Widerruf des bedingten Vollzugs der Vorstrafe zu befinden. Auf der anderen Seite gilt auch die Staatsanwaltschaft als unterliegend, da sie die Anschlussberufung zurückgezogen hat (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO).

E. 2.2

Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 27 - 3. Kosten der amtlichen Verteidigung Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt eines Rückgriffs auf den Beschuldigten im Umfang von zwei Dritteln, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Es wird beschlossen: 1. Vom Rückzug der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wird Vormerk genommen. 2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Oktober 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

E. 2.3

Dem Beschuldigten ist aber in subjektiver Hinsicht klarerweise eine Schlechtprognose zu stellen. Die einschlägigen Vorstrafen und die fehlende Einsicht des Beschuldigten, welche sich auch in der Delinquenz während laufender Strafuntersuchung widerspiegelt, erwecken grosse Bedenken, wenn ihm keine spürbaren Konsequenzen aus dem vorliegenden Verfahren resultieren. Der Beschuldigte hat nach wie vor erhebliche Schulden und ist im Treuhandgeschäft tätig, wo er mutmasslich wiederum über gewisse finanzielle Kompetenzen und Freiheiten verfügen wird. Darüber hinaus ist auch nicht erkennbar, dass er seine Schwäche, über seine Verhältnisse zu leben, in irgendeiner wirksamen Weise begegnet. Die heute auszusprechende Strafe ist deshalb zu vollziehen.

- 26 - VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Verfahrens Der Beschuldigte bleibt wie auch im vorinstanzlichen Verfahren hinsichtlich der SVG-Delikte sowie der betragsmässig grossen Kreditkartenverwendungen schuldig (die Straftaten betreffen Bezüge in der Höhe von total rund Fr. 15'000 bei einem total der angeklagten Bezüge von rund Fr. 20'000.-). Dass der Beschuldigte hier hinsichtlich der betragsmässig kleineren von insgesamt 72 Kreditkartenbezügen vom Vorwurf der Veruntreuung freizusprechen ist, fällt im Hinblick auf die Kostenfolgen somit nicht ins Gewicht. Dementsprechend kann hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die zutreffenden und überzeugenden Ausführungen des vorinstanzlichen Urteils verwiesen werden (vgl. Urk. 45 S. 29 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte hat fünf Sechstel der Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen, währenddem ein Sechstel auf die Gerichtskasse zu nehmen ist. 2. Kosten des Berufungsverfahrens

E. 2.4

Plausibel und realitätsnah tönen auch die Ausführungen von G._____ zur Privatauslage für den Flug nach Neapel. Er gab zu Protokoll: "Und zwar erinnere ich mich zum Beispiel daran, dass der Beschuldigte einmal zu mir kam und sagte, er habe die Firmenkreditkarte einmal privat gebraucht. (..) Ich weiss nicht mehr genau, wann das genau gewesen ist. Es müsste September gewesen sein. Ich habe dem Beschuldigten gesagt, dass dafür die

Kreditkarte nicht da sei. Ich verlangte von ihm, dass er den Betrag mit seinem nächsten Lohn verrechne und so etwas nicht mehr tue" (Urk. D1/3/1/1 Antwort 29). Dann fuhr G._____ auf die Frage nach der Reaktion des Beschuldigten fort: "Ich glaube, der Beschuldigte war mir relativ dankbar für mein Lösungsangebot. Ich habe ihn nicht verwarnt, es gab keine Sanktion, aber es war damals klar ein Missbrauch" (Urk. D1/3/1/1 Antwort 30). Solche spontanen realitätsnahen Antworten erwecken nicht in geringster Weise den Eindruck, G._____ erfinde etwas und er beschuldige den Beschuldigten wahrheitswidrig einer Straftat. Umgekehrt erscheint die Darstellung des Beschuldigten im Lichte dieser Aussage von G._____ ganz typisch für jemanden, der eine Schutzbehauptung vorbringt. Nach den empirischen Erkenntnissen der Aussagenpsychologie erfindet nämlich ein Lügner häufig nicht eine völlig fiktive Geschichte, sondern er versucht vielmehr Unwahrheiten mit wahren Gegebenheiten

- 9 - zu verweben, beispielsweise indem er bloss die Reihenfolge von Geschehnissen verändert. Es ist nicht (ganz) falsch, wenn der Beschuldigte behauptet, G._____ habe ihm erlaubt, den privaten Flug über die Geschäftskreditkarte abzurechnen, wenn dies in der Buchhaltung klar ausgewiesen werde.

E. 2.5

Auch über den Grund, wann bzw. weshalb die Privatbuchungen entdeckt wurden, machte G._____ glaubhafte Aussagen. Er schilderte in seiner ersten polizeilichen Befragung, dass der Beschuldigte mehr als eine Woche krankheitsbedingt am Arbeitsplatz fern geblieben sei (Urk. D1/2/1/2 Antwort 14; so zuletzt auch Prot. II S. 10). Der Geschäftsführer I._____ habe deshalb die geschäftliche Post an den Beschuldigten durchgesehen und sei auf die Kreditkartenabrechnungen gestossen. Ihm seien sofort die speziellen Abbuchungen aufgefallen, weshalb sie dann die ganzen Abrechnungen der letzten Monate kontrolliert und das Ausmass der Privatbezüge festgestellt hätten. Eine solche Erklärung tönt viel nachvollziehbarer als die völlig unsubstantiierte Vermutung des amtlichen Verteidigers, man habe den Beschuldigten wegen seiner Krankheitsabsenz plötzlich los werden wollen, einen Vorwand zur Kündigung gesucht und mit der Kreditkartensache dann auch gefunden (Urk. 37 S. 20).

E. 2.6

Einseitig zu Lasten des Beschuldigten fällt auch eine Bewertung der Motivlage aus. Es ist einleuchtend, dass es nicht im Interesse der Privatklägerin sein kann, dass Angestellte ihre Privatausgaben teilweise vom Geschäft (vor-)finanzieren lassen. Schon gar nicht, wenn es sich wie vorliegend, teilweise um Kosten für Bar- und Bordellbesuche handelt. Nach glaubhafter Darstellung des Zeugen G._____ war dies – jedenfalls für derartige Auslagen – auch nicht im Geringsten üblich im Betrieb der Privatklägerin (Urk. D1/3/1/1 Antwort 29). Er führte aus, er glaube eine solche Ausnahmesituation habe es auch schon gegeben, aber er könne sich nicht mehr konkret daran erinnern (Urk. D1/3/1/1 Antworten 56 - 59; zu den weiter relativierenden Ausführungen von G._____ anlässlich der Berufungsverhandlung sogleich). Solche relativierenden Aussagen sind völlig untypisch für jemanden, der einen anderen wahrheitswidrig einer Straftat bezichtigen will. Gegenteiliges, das heisst, dass auch andere Mitarbeiter Privatbezüge getätigt hätten, machte auch der Beschuldigte nicht geltend. Immerhin gab es das Konto ...

- 10 - zuvor gar nicht in der Buchhaltung der Privatklägerin. Es wurde vom Beschuldigten nach seinen eigenen Angaben selbst und ausschliesslich zur Verbuchung seiner

Privatbezüge in der Buchhaltung eingerichtet.

E. 2.7

Das persönliche Verhältnis des Beschuldigten zur Geschäftsleitung, das heisst zu G._____ und zu I._____, war bis zu diesem Zeitpunkt ungetrübt (Urk. D1/3/1/1 Antwort 6). Bei der Privatklägerin handelt es sich um einen kleinen Betrieb und man war untereinander per Du. Kennzeichnend war auch das Schlusswort von G._____ in seiner staatsanwaltlichen Einvernahme auf die Frage, ob er noch etwas beifügen wolle. Er erklärte, dass der Beschuldigte von einer Personalvermittlung empfohlen worden sei, mit welcher sie bereits früher zusammengearbeitet hätten. Sie hätten dem Beschuldigten einen vertrauensvollen Job gegeben mit viel Freiheiten, die es allerdings auch brauche in einer Firma ihrer Grössenordnung. Sie seien extrem enttäuscht vom Beschuldigten gewesen, auch weil er sich im Nachgang nicht mehr gemeldet habe, sich nie persönlich entschuldigt oder Bedauern über das Vorgefallene geäussert habe (Urk. D1/3/1/1 Antwort 65). Wer skrupellos eine falsche Anschuldigung erhebt und ein Strafverfahren gegen einen Unschuldigen initiiert, macht typischerweise keine solchen Äusserungen über persönliches Empfinden.

E. 2.8

Dasselbe Bild wie G._____ vermittelte auch der Zeuge I._____. Er war zur besagten Zeit angestellter Geschäftsführer der Privatklägerin (Urk. D1/3/1/2 Antwort 7). Er bestätigte, dass er bei der Durchsicht der Post auf die Unregelmässigkeiten mit den Privatbezügen gestossen sei, weshalb er in der Folge den Verwaltungsrat G._____ informiert habe (Urk. D1/3/1/2 Antwort 11). Eine Vereinbarung, wonach Privatbezüge mittels Geschäftskreditkarte getätigt werden dürften, habe es mit keinem Mitarbeiter gegeben (Urk. D1/3/1/2 Antwort 17). Auch von einer entsprechenden bilateralen Vereinbarung zwischen dem Beschuldigten und G._____ habe er keine Kenntnis (Urk. D1/3/1/2 Antwort 19). Weiter schilderte er, dass es einmal ein Gespräch zwischen dem Beschuldigten, G._____ und ihm gegeben habe, weil der Beschuldigte eine Lohnbevorschussung gewollt habe. Das sei aber nicht möglich gewesen. "Weil ich ihm vertraute und er wichtig war für uns und die Firma, war ich bereit, ihm auf privater Basis das Darlehen zu gewähren,

- 11 - ohne besondere Sicherheiten und ebenfalls zinslos. Dies einfach als Illustration, wie das Vertrauensverhältnis zu ihm war. Ich kann zeitlich nicht mehr sagen, wann dieses Gespräch war. Aber ich meine, es war zeitnah zu den Ereignissen mit den Kreditkartenbezügen. Schlussendlich hat der Beschuldigte das Angebot nicht wahrgenommen" (Urk. D1/3/1/2 Antwort 21).

E. 2.9

Der Beschuldigte gab an, dass er im Zeitraum der Kreditkartenbezüge Schulden in der Höhe von Fr. 70'000.-- wegen des Privatkonkurses gehabt habe (Urk. D1/3/2/1 Antwort 11). Er bestätigte, dass er einmal einen Lohnvorschuss von der Privatklägerin beantragt habe, weil er eine Reise nach Südamerika machen wollte (Urk. D1/3/2/1 Antwort 17). Es sei auch richtig, dass ihm I._____ ein privates Darlehen angeboten habe, was er jedoch abgelehnt habe (Urk. D1/3/2/1 Antwort 20 - 22). Nachdem er zunächst noch geltend machte, er habe die privaten Bezüge mit der Geschäftskreditkarte gemacht, weil er finanziell knapp war, machte er dann später in der Untersuchung geltend, er sei einfach zu faul gewesen, zu Hause Geld zu holen (Urk. D1/3/2/1 Antwort 38). Eine solche Kehrtwendung hinsichtlich des Motivs tönt nicht glaubhaft, würde aber durchaus Sinn machen

bei einem Beschuldigten, der gewahr wird, dass er mit dem behaupteten Rückerstattungswillen wohl nicht überzeugen können, wenn gleichzeitig fest steht, dass für eine Rückerstattung gar nicht genügend Mittel zur Verfügung standen. Ebenso fragwürdig war die Antwort des Beschuldigten, weshalb dann die teilweise Rückerstattung über ratenweise Lohnabzüge erfolgt sei. Wenig überzeugend gab er an: "Ich hätte das privat zurückzahlen können, wenn ich das sofort hätte tun müssen" (Urk. D1/3/2/1 Antwort 48; ähnlich zuletzt auch Urk. 78 S. 11 und 13).

E. 2.10

Anlässlich der Berufungsverhandlung führte G._____ im Rahmen des Parteivortrags aus, er habe dem Beschuldigten "den Flug schliesslich erlaubt, weil er ohnehin schon gebucht" gewesen sei (Prot. II S. 8). In Übereinstimmung mit seinen bisherigen Aussagen und glaubhaft bestätigte G._____, dass weder er noch der Geschäftsführer Herr I._____ dem Beschuldigten eine generelle Erlaubnis, eine "Carte Blanche" zur Benutzung der Kreditkarte für private Zwecke ohne Limit erteilt hätten (Prot. II S. 8). Die Äusserungen von G._____ an der Berufungsver-

- 12 - handlung relativieren allerdings den bisher vermittelten Standpunkt, dass eine Kreditkartenbenützung zu privaten Zwecken dem Beschuldigten quasi in jedem Falle verboten gewesen sei: Es könne sein, dass man zwischendurch mal die Firmenkreditkarte privat nutze. Er streite in diesem Sinne nicht ab, dass er es zulasse, die Firmenkreditkarte privat zu nutzen, aber es müsse verhältnismässig sein (Prot. II S. 8). Verhältnismässigkeit liege nach seinem Empfinden dann vor, wenn jemand bspw. mit der Firmenkreditkarte beim Bäcker bezahle, weil er bspw. sein Portemonnaie zu Hause vergessen habe. Verhältnismässigkeit höre bei ihm aber schon auf bei einem Flug nach Neapel. Alles, was betragsmässig darüber hinausgehe, sei nicht mehr verhältnismässig. In einem "normalen Vertrauensverhältnis [bedeute] verhältnismässig für [ihn] Fr. 50 - 100 bei einem einmaligen Buchungereignis" (Prot. II S. 10 f.).

E. 2.11

Dieser vage abgesteckte Umfang des im Betrieb zulässigen oder zumindest tolerierten Gebrauchs der Firmenkreditkarte zu privaten Zwecken muss jedenfalls in strafrechtlicher Hinsicht als konturlos bezeichnet werden. Dies hat Auswirkungen auf die Beweiswürdigung in Bezug auf die Frage, ob für die Privatbezüge des Beschuldigten eine Einwilligung (oder nachträgliche Genehmigung) vorlag. Nach dem Grundsatz in dubio pro reo ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er sich im Sinne der Ausführungen von G._____ für gewisse seiner Bezüge auf firmeninterne Usanz, d.h. auf ein Einverständnis oder eine Genehmigung seiner Arbeitgeberin, berufen kann. Aufgrund der glaubhaften Zeugenaussagen von I._____ und G._____ ist allerdings klar und erstellt, dass jedenfalls für die substantiellen Bezüge des Beschuldigten für Party-Nächte und (Nacht-)Clubs keine Einwilligung resp. Genehmigung vorlag. Das betrifft die Bezüge vom Freitag, 6. November 2015, in der Höhe von Fr. 2'705.50 (vorab Club J._____, eine "Kontaktbar"), jene vom Sonntag, 22. November 2015, in der Höhe von Fr. 3'190.- (vorab K._____, eine "Kontaktbar"), vom Sonntag, 13. Dezember 2015 (vorab ... Appartements = L._____, ein Bordell) in der Höhe von Fr. 4'520.- und schliesslich jene vom Freitag, 15. Januar 2016, in der Höhe von Fr. 4'800.- (Club J._____). Die Höhe dieser unerlaubten Bezüge beläuft sich auf total Fr. 15'215.50.

E. 3

Rückerstattungswille Der Beschuldigte verbuchte seine Privatbezüge auf dem Transferkonto 1096 (Urk. 78 S. 12). Nach seinen Angaben erfolgte die Buchhaltung mit der Software M._____, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass Buchungen nicht mehr spurlos storniert werden konnten und die Privatbezüge insoweit transparent deklariert wurden. Ebenso wurde vom Zeugen G._____ bestätigt, dass er die Kreditkartenbelastung von Fr. 316.-- für den Flug nach Neapel aus eigener Initiative dem Verwaltungsrat meldete. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte Privatbezüge anlässlich seiner ersten Befragung auch nie in Abrede stellte. All dies sind Umstände, welche auf eine Ersatzbereitschaft des Beschuldigten hindeuten. Wer Geld unrechtmässig und auf Dauer aneignen will, würde gegenteilig handeln und versuchen, die Transaktionen zu verheimlichen. Allerdings ist auch aktenkundig, dass der Beschuldigte trotz unerlaubten Kartenbelastungen von rund Fr. 15'000.-- lediglich vier Abschlagszahlungen von monatlich Fr. 300.-- bis Fr. 500.-- leistete, und zwar durch Lohnabzüge (Urk. D1/2/1/1 S. 10). Wie er bei den sich laufend erhöhenden Privatbezügen jemals durch Lohnabzüge in diesem geringen Umfang zu einem ausgeglichenen Saldo hätte kommen können, steht jedenfalls in den Sternen. Die Zahlen belegen, dass er die Privatklägerin zumindest als "Bank" missbrauchte und sich über sie kostenlose Kredite verschaffte. Es mag zwar sein, dass der Beschuldigte ersatzbereit war, das Risiko, dass es tatsächlich zu einer vollständigen Rückzahlung gekommen wäre, mitsamt allen Aufwendungen bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten, trug jedoch alleine die Privatklägerin. Es war eine Ersatzbereitschaft ohne tatsächliche Ersatzfähigkeit. Daran ändert nichts, dass der Beschuldigte Erbvorbezüge von seinem Grossvater erhältlich machen können will (vgl. zuletzt Urk. 78 S. 14). Die blossе Aussicht, das für den Ersatz benötigte Geld von einem Dritten zu erhalten, reicht für die Annahme einer rechtlich erheblichen Ersatzbereitschaft nicht aus.

E. 3.1

Es wurde bereits dargelegt, dass entgegen der Darstellung des amtlichen Verteidigers eine pauschale resp. globale Einwilligung des Arbeitgebers des Beschuldigten zur Benützung der Geschäftskreditkarte für sämtliche private Zwecke, die auch die vorstehend beschriebenen Bezüge an den vier Daten im November 2015 bis Januar 2016 mitumfassen würde, ausgeschlossen werden muss. Es handelt sich um eine blossе Schutzbehauptung des Beschuldigten. Fehlen Anhaltspunkte für die Richtigkeit einer entlastenden Behauptungen, darf das Gericht in freier Beweiswürdigung zum Schluss kommen, dass die Vorbringen unglaubhaft sind. Darin liegt weder eine Verletzung des Aussageverweigerungsrechts eines Beschuldigten gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO bzw. Art. 6 EMRK noch eine verfassungswidrige Umkehr der Beweislast (Urteile des Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014 Erw. 4.4; 6B_453/2011 vom 20. Dezember 2011 Erw. 1.6, nicht publ. in BGE 138 IV 47; 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 Erw. 4.1 mit Hinweisen; 1P.641/2000 vom 24. April 2001, publ. in: Pra 90/2001 Nr. 110, Erw. 3; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, N 231, bei und in Fn. 391; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 733; Entscheid des EGMR vom 8. Februar 1996, Murray gegen Vereinigtes Königreich, in: EuGRZ 1996, S. 587, Nr. 47; Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, Baden-Baden/Basel, 3. Aufl., 2011, Art. 6 N 140 mit Hinweisen). Der Grundsatz "in dubio pro reo" zwingt nicht dazu, jede entlastende Angabe des Beschuldigten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit kein spezifischer Beweis vorhanden ist, als unwiderlegt zu betrachten. Nicht jede aus der Luft

gegriffene Schutzbehauptung braucht durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt zu werden (vgl. Urteil 6B_562/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 2.1; Beschlüsse des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2005, AC050005, S.10 f.; Pra 90 (2001) Nr. 110 S. 643, und vom 3. September 1991, 91/177S, S. 5 f.). Ein "Gegenbeweis" der Strafbehörden ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonstwie glaubhaft macht (vgl. OGer ZH, SB160176-O/U vom 20. September 2016, Erw. III/3.3; - 16 - Trechsel, SJZ 77 [1981] S. 320). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer absurden Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden.

E. 3.2

Die Tathandlung bei der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 StGB muss unrechtmässig sein, damit sie strafbar ist. Wenn der amtliche Verteidiger in seinen Ausführungen mehrfach geltend macht, der Beschuldigte habe nicht weisungswidrig gehandelt, so verkennt er, dass Weisungswidrigkeit kein Tatbestandselement von Art. 138 StGB ist (Urk. 37 S. 5). Wenn der Verteidiger zudem geltend macht, weder im Arbeitsvertrag oder in einem Reglement sei schriftlich festgehalten worden, dass die Geschäftskreditkarte nicht auch zu privaten Zwecken verwendet werden dürfe, so zeugt dies von einem merkwürdigen Rechtsverständnis (Urk. 37 S. 5 ff.; Urk. 79 S. 9): Alles was nicht explizit durch vertragliche Vereinbarung verboten sei, sei erlaubt. Ausgehend von einer solchen Auffassung könnte beispielsweise ein Angestellter seinen Arbeitgeber ungehemmt bestehlen und sich später darauf berufen, dass Diebstahl in seinem Arbeitsvertrag ja nirgends ausgeschlossen werde. Unser Rechtssystem beruht auf dem Grundsatz, dass eine Schadenszufügung ohne Rechtfertigungsgrund immer unrechtmässig ist. Das gilt auch in einem Arbeits- oder Angestelltenverhältnis, wo der Lohn dafür entrichtet wird, dass der Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers wahrt und für diesen handelt, nicht damit er dem Arbeitgeber Schaden zufügt. Dass der Arbeitgeber nicht automatisch ein Gratiskreditinstitut für den Arbeitnehmer ist, auch wenn dies im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich geregelt wird, leuchtet jedem durchschnittlichen Menschen ein. Der Beschuldigte war deshalb aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gehalten, im Interesse der Privatklägerin tätig zu werden und alles zu unterlassen, was diesen Interessen zuwiderläuft. Die Benützung der Geschäftskreditkarte für private Zwecke liegt offensichtlich nicht im Interesse der Arbeitgeberin und erfolgt deshalb grundsätzlich unrechtmässig, es sei denn, es liege eine (ausnahmsweise) Genehmigung resp. Einwilligung vor (dazu sogleich).

E. 3.3

Ins Leere zielen auch die Argumente des amtlichen Verteidigers bezüglich angeblich ungenügender Kontrolle der Privatklägerin resp. deren Buchhalter und dass der Beschuldigte die Privatbezüge ja nie verheimlicht habe (Urk. 37 S. 10 ff.;

- 17 - Urk. 79 S. 9 ff., 13 ff. und 18 ff.). Der Beschuldigte genoss als Buchhalter der Privatklägerin ein grosses Vertrauen. Auch kennt der Tatbestand des Art. 138 StGB – im Unterschied zum Betrugstatbestand – keine Opfermitverantwortung. Die Strafbarkeit einer Veruntreuung entfällt somit nicht deshalb, weil diese bei engmaschigerer Überwachung des Täters hätte schneller entdeckt werden können. Es mag bei einem kleinen Kind zutreffen, dass es Gebote oder Verbote erst dann als solche erfassen kann, wenn die Eltern

auf ein Handeln reagieren und dagegen einschreiten. Bei einem erwachsenen Menschen und pflichtbewussten Arbeitnehmer kann demgegenüber davon ausgegangen werden, dass er weiss, dass die Verwendung geschäftlicher Gelder zu rein privatem Nutzen auch dann unzulässig ist, wenn (noch) niemand von der Geschäftsleitung dagegen ausdrücklich protestiert hat. Von einer stillschweigenden oder konkludenten Einwilligung kann definitionsgemäss immer nur bzw. frühestens dann ausgegangen werden, wenn der Einwilligende auch Kenntnis davon erhält, wozu er eingewilligt haben soll. Wie erwähnt, kann eine solche Kenntnis von G._____ und I._____ aufgrund ihrer glaubhaften Aussagen und mangels schriftlicher Dokumente, welche die Behauptung des Beschuldigten belegen würden, ausgeschlossen werden. Daran ändert auch nichts, dass der Beschuldigte monatlich Buchhaltungsunterlagen übergeben haben will. Es liegt nicht in der Pflicht der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrats, jede einzelne der Bilanz zugrunde liegenden Buchung nachzuvollziehen und auch noch die entsprechenden Belege zu prüfen. Der Beschuldigte hat denn auch nicht speziell auf die getätigten Privatbezüge sowie deren Zweck hingewiesen, und die Kreditkartenbuchungen erscheinen von ihrer Bezeichnung auf den ersten Blick auch nicht als klar privat. Schon gar nicht war sofort ersichtlich, dass es sich bei den Bezügen an den vier Daten um solche für Partynächte samt Rotlichtmilieubesuchen handelte.

E. 4

Einwilligung

E. 4.1

Bezüglich der Flugbuchung im Betrag von Fr. 316.-- ist davon auszugehen, dass die Unrechtmässigkeit nicht (mehr) gegeben ist. Der Zeuge G._____ hat eingeräumt, dass er bei der Kenntnisnahme dieser Transaktion verlangt habe, dass sie in der Buchhaltung klar als Privatbezug ausgewiesen werde und der Be-

- 18 - schuldigte den Betrag umgehend ersetze (Urk. D1/3/1/1 Antwort 29). Eine Verwarnung oder andere arbeitsrechtliche Konsequenzen habe es nicht gegeben. Es ist somit von einer Genehmigung des Fehlverhaltens des Beschuldigten auszugehen, was gleichbedeutend mit einer erteilten Einwilligung ist. Auch wenn nachvollziehbar ist, dass G._____ dabei stillschweigend voraussetzte, dass es sich um einen einmaligen Vorfall handelte, so würde es doch gegen Treu und Glauben verstossen, zunächst auf eine weitere Verfolgung zu verzichten, dann aber trotzdem für das besagte Verhalten eine Bestrafung zu verlangen. Es bleibt zu bemerken, dass dieser Schaden zudem durch die Lohnabzüge des Beschuldigten bereits wieder gedeckt wurde.

E. 4.2

Gestützt auf die Ausführungen von G._____ an der Berufungsverhandlung muss aber zugunsten des Beschuldigten weiter davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte jedenfalls subjektiv für gewisse seiner Bezüge auf firmeninterne Usanz, d.h. auf ein Einverständnis der Arbeitgeberin berufen kann, indem jene die "verhältnismässige" Benutzung zu privaten Zwecken tolerierte. Damit entfällt die Unrechtmässigkeit dieser Bezüge. Entsprechend ist der Beschuldigte für diese Bezüge freizusprechen.

E. 4.3

Für die substantiellen Bezüge des Beschuldigten für Party-Nächte und (Nacht-)Clubbesuche im Rotlichtmilieu lag hingegen keine Einwilligung resp. Ge-

nehmung vor. Auch konnte der Beschuldigte subjektiv hierbei nicht davon ausgehen, dass ein Einverständnis der Arbeitgeberin für derartige Bezüge vorlag. Sie lagen offensichtlich fernab jeglicher Verhältnismässigkeit. Vielmehr erfolgten diese Bezüge, ohne dass der Beschuldigte dafür einen Anspruch gehabt und ohne dass eine Einwilligung oder Genehmigung vorgelegen hätte. Sie waren damit unrechtmässig im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Das betrifft die Bezüge vom Freitag, 6. November 2015, in der Höhe von Fr. 2'705.50 (vorab Club J._____, Kontaktbar), jene vom Sonntag, 22. November 2015, in der Höhe von Fr. 3'190.– (vorab K._____, Kontaktbar), vom Sonntag, 13. Dezember 2015 (vorab ... Appartements = L._____, Bordell) in der Höhe von Fr. 4'520.– und schliesslich jene vom Freitag, 15. Januar 2016, in der Höhe von Fr. 4'800.– (Club J._____, Kontaktbar). Die Höhe dieser unerlaubten Bezüge beläuft sich auf total Fr. 15'215.50.

- 19 -

E. 4.4

Entgegen der Verteidigung (Urk. 79 S. 21 f.) kann auch in der Erhöhung des Kreditkartenlimits durch G._____ keine solche Globaleinwilligung erblickt werden. Es wurde glaubhaft dargetan, dass der Limiterhöhung eine geschäftliche Notwendigkeit zu Grunde lag (Urk. D1/3/1/1 Antwort 70). Die Annahme, diese Limiterhöhung bedeute eine Einwilligung des Arbeitgebers in solch massive, geschäftsfremde Privatbezüge für Party-Nächte und (Nacht-)Clubbesuche im Rotlichtmilieu, ist abstrus. Eine pauschale, globale Einwilligung des Arbeitgebers für jedwede Benützung der Firmenkreditkarte für private Zwecke des Beschuldigten lag somit nicht vor.

E. 5

Bereicherungsabsicht In subjektiver Hinsicht wird bei der Veruntreuung Bereicherungsabsicht verlangt. Diese ist auch gegeben, wenn der Täter die veruntreuten Vermögenswerte zu ersetzen gedenkt. Ersatzfähigkeit und damit das Fehlen der unrechtmässigen Bereicherungsabsicht darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann angenommen werden, wenn im Zeitpunkt der Tathandlung genügend Geld vorhanden ist, um die angeeigneten Vermögenswerte sofort zu ersetzen. Auch hier kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 45 S. 19). Blosser Aussichten, das für den Ersatz benötigte Geld von einem Dritten oder beispielsweise mittels Hypothekierung einer Liegenschaft zu erhalten, reicht keinesfalls aus (BGE 91 IV 134, 118 IV 30). Die Ausführungen des amtlichen Verteidigers über den angeblich vermögenden Grossvater des Beschuldigten sind deshalb ebenso unbehelflich wie das Argument, er habe ja einen jährlichen Bruttolohn von Fr. 105'000.-- erzielt (Urk. 37 S. 21 und 22; Urk. 79 S. 31 f.).

E. 6

Keine retrospektive Konkurrenz

E. 6.1

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Die Bestimmung will im Wesentlichen das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Aspirationssprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass gleichartige Strafen vorliegen (vgl. zum Ganzen BGE 142 IV 265 Erw. 2.3.).

E. 6.2

Der Beschuldigte beging sowohl die vier Veruntreuungen als auch das Strassenverkehrsdelikt vor der Verurteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2016. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte den Beschuldigten mit Urteil vom 21. Januar 2016 zu einer bedingten Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu Fr. 100.–. Da für die mehrfache Veruntreuung und das Strassenverkehrsdelikt vorliegend jedoch eine Freiheitsstrafe von 7 Monaten auszufallen ist (vgl. vorstehend), sind die beiden Strafen nicht gleichartig. Dementsprechend kommt Art. 49 Abs. 2 StGB nicht zur Anwendung. VI. Vollzug 1. Kein Widerruf Nur 1 der 72 angeklagten Kreditkartenbezüge würde in die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2016 angesetzte Probezeit von 4 Jahren fallen, nämlich die Bestellung im Wert von Fr. 100.-- bei N._____ am 2. Februar 2016 (Urk. D1/2/1). Allerdings ist der Beschuldigte mit Ausnahme von den Bezügen an den vier vorstehend ermittelten Daten (vgl. Erw. IV. 4.3) freizusprechen, mithin auch hinsichtlich des Kreditkartenbezugs am 2. Februar 2016. Es fehlt damit vorliegend an einem sogenannten Probezeitdelikt, weshalb sich die Frage des Widerrufs nicht stellt (Art. 46 StGB).

- 25 - 2. Vollzug

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