Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.90/2004 /kra

Urteil vom 3. Mai 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ivo Doswald,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Strafzumessung (Art. 63 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 16. Dezember 2003.

Sachverhalt:
A.
X._____ nahm am Freitag, 23. März 2001, um zirka 20.20 Uhr, zum Nachteil seiner Arbeitgeberin A._____SA an seinem videoüberwachten Arbeitsplatz in Zürich rund 5 Millionen Franken in Banknoten aus dem Tresor, steckte das Geld in einen Abfallsack und verliess damit die Räumlichkeiten des Unternehmens. Er begab sich mit dem Geld in Begleitung eines Bekannten ins Ausland. Die Geschädigte bemerkte den Diebstahl am Montag, 26. März 2001. X._____ meldete sich am Dienstag, 27. März 2001, telefonisch bei der Geschädigten und teilte mit, er befinde sich in einem Hotel in Kosice in der Slowakei und habe noch 1 Million Franken; der Rest sei ihm "gestohlen" worden.
B.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X._____ am 1. Oktober 2002 wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB zu 2 ½ Jahren Gefängnis, unter Anrechnung von 87 Tagen Auslieferungshaft und 333 Tagen Untersuchungshaft. Es nahm davon Vormerk, dass sich X._____ seit dem 22. Mai 2002 im vorzeitigen Strafvollzug befand.

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X._____ auf Berufung der Staatsanwaltschaft am 28. März 2003 wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB zu 4 Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von insgesamt 609 Tagen Haft, erstanden durch Auslieferungs- und Untersuchungshaft sowie durch vorzeitigen Strafvollzug.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hob das Urteil des Obergerichts in Gutheissung der von X._____ erhobenen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde am 29. Juli 2003 wegen Verletzung der Vorschriften betreffend die Vorladung des Angeklagten auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück.

Am 16. Dezember 2003 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich X._____ wegen Diebstahls im

Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB zu 3 ½ Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 609 Tagen Haft, erstanden durch 87 Tage Auslieferungshaft, 333 Tage Untersuchungshaft und 189 Tage vorzeitigen Strafvollzug.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer ficht einzig die Strafzumessung an.
1.1
1.1.1 Der Beschwerdeführer befand sich seit dem 22. Mai 2002 im vorzeitigen Strafvollzug. Er wurde durch Präsidialverfügung des Vorsitzenden des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2002 per 27. November 2002 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen, da er in diesem Zeitpunkt, unter Berücksichtigung der angerechneten Auslieferungs- und Untersuchungshaft, zwei Drittel der durch das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Oktober 2002 ausgefällten Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren verbüsst hatte.
-:-
-:-
Der Beschwerdeführer wurde durch das hier angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2003 zu einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren verurteilt. Im Falle der Bestätigung dieser Strafe, welche ein Jahr länger als die vom Bezirksgericht ausgefällte Strafe ist, wird der Beschwerdeführer, der sich seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug am 27. November 2002 auf freiem Fuss befindet, für die Dauer von mindestens acht Monaten bis zur frühestmöglichen allfälligen bedingten Entlassung in den Strafvollzug zurückversetzt.
1.1.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die von der Vorinstanz ausgefällte Strafe von 3 ½ Jahren Zuchthaus verstosse, selbst wenn sie als solche an sich angemessen sein sollte, gegen Bundesrecht, da sie die Rückversetzung in den Strafvollzug zur Folge habe, wodurch seine bereits eingetretene Resozialisierung gefährdet werde. Er habe 20 Monate Haft verbüsst und sich seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug am 27. November 2002 während nunmehr über 16 Monaten klaglos verhalten. Er sei resozialisiert. Die Belassung auf freiem Fuss biete die beste Chance auf Beibehaltung der erreichten Resozialisierung. Es sei mit dem Gebot der Resozialisierung, welche die Strafe in erster Linie bezwecke, nicht vereinbar und daher bundesrechtswidrig, die Strafe so zu bemessen, dass sie die Rückversetzung eines bereits resozialisierten Täters in den Strafvollzug zur Folge habe (Nichtigkeitsbeschwerde S. 5 f.).
1.1.3 Es kommt nicht selten vor, dass der Täter im Zeitpunkt, in dem eine Rechtsmittelinstanz seine Tat beurteilt, sich seit mehr oder weniger langer Zeit wieder auf freiem Fuss befindet, weil er die von der ersten Instanz ausgefällte Strafe durch angerechnete Haft und/oder vorzeitigen Strafvollzug schon mindestens zu zwei Dritteln verbüsst hat. Dies kann indessen die Rechtsmittelinstanz nicht daran hindern, die ihres Erachtens dem Verschulden angemessene Strafe auszufällen, auch wenn dies zur Folge hat, dass der Täter, der allenfalls bereits resozialisiert ist, in den Strafvollzug zurückversetzt wird. Wohl soll der Vollzug der Zuchthaus- und Gefängnisstrafen erziehend auf den Gefangenen einwirken und ihn auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorbereiten (Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Die Strafe ist vom Richter gemäss Art. 63 StGB aber nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen sind. Allerdings wird von einem Teil der Lehre die Auffassung vertreten, dass im Dienste der Resozialisierung unter Umständen eine Strafe ausgefällt werden kann, die unter der schuldangemessenen Strafe liegt (siehe dazu Wiprächtiger, Basler
Kommentar, StGB I, 2003, Art. 63 N. 43, mit Hinweisen). Wie es sich damit verhält, kann hier dahingestellt bleiben. Dass der Beschwerdeführer sich seit November 2002 wieder auf freiem Fuss befindet und sich seither, wie bereits vor der inkriminierten Tat, nichts hat zuschulden kommen lassen, ist jedenfalls kein ausreichender Grund für die ausnahmsweise Ausfällung einer derartigen Strafe. Der Einwand des Beschwerdeführers, die von der Vorinstanz ausgefällte Freiheitsstrafe verstosse schon deshalb gegen Bundesrecht, weil sie die Rückversetzung in den Strafvollzug notwendig mache und daher seine bereits erfolgte Resozialisierung gefährde, ist

unbegründet.
Allerdings kann der Umstand, dass die Ausfällung einer höheren Strafe durch die Rechtsmittelinstanz die Rückversetzung des Täters in den Strafvollzug zur Folge hat, allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer erhöhten Strafempfindlichkeit im Rahmen der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB strafmindernd berücksichtigt werden. Die Vorinstanz hat denn auch zu Gunsten des Beschwerdeführers erwogen, "dass ihn der Umstand, ein weiteres Mal in den Strafvollzug eintreten zu müssen, besonders hart treffe" (angefochtenes Urteil S. 12). Zwar sei das milde Urteil der ersten Instanz nicht in Rechtskraft erwachsen und habe der Beschwerdeführer an sich mit einem für ihn ungünstigeren Entscheid der Rechtsmittelinstanz rechnen müssen, doch sei er verständlicherweise davon ausgegangen, seine Strafe verbüsst zu haben. Diesem Gesichtspunkt sei in einer Konstellation der vorliegenden Art Rechnung zu tragen und dem Beschwerdeführer deshalb eine besondere Strafempfindlichkeit zuzubilligen (angefochtenes Urteil S. 12/13). Die Vorinstanz hat daher unter anderem in Anbetracht der besonderen Strafempfindlichkeit (sowie infolge einer stärkeren Gewichtung des Geständnisses) die von ihr im ersten Entscheid vom 28. März 2003
ausgefällte Zuchthausstrafe von vier Jahren um ein halbes Jahr auf 3 ½ Jahre herabgesetzt (angefochtenes Urteil S. 13). Inwiefern sie damit der Strafempfindlichkeit des Beschwerdeführers im Rahmen der Strafzumessung gemäss Art. 63 StGB in Verletzung von Bundesrecht unzureichend Rechnung getragen haben soll, wird in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht substantiiert dargelegt und ist nicht ersichtlich.
1.2
1.2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Strafe von 3 ½ Jahren Zuchthaus sei zu hoch. Er listet eine Reihe von Umständen auf, die seines Erachtens zu seinen Gunsten sprechen. Die Vorinstanz habe diese Umstände nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Strafe von 3 ½ Jahren nur um 30 % unter der gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB zulässigen Höchststrafe von 5 Jahren Zuchthaus liege (Nichtigkeitsbeschwerde S. 7 ff.).
1.2.2 Art. 139 Ziff. 1 StGB droht für (einfachen) Diebstahl Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis an. Mit der Freiheitsstrafe kann gemäss Art. 172bis StGB Busse verbunden werden. Im konkreten Fall liegen unstreitig weder Strafmilderungs- noch Strafschärfungsgründe vor und sind keine Qualifikationsgründe im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB gegeben. Die Vorinstanz ist daher hinsichtlich der Freiheitsstrafe zutreffend von einem Strafrahmen von 3 Tagen Gefängnis (siehe Art. 36 StGB) bis zu 5 Jahren Zuchthaus ausgegangen. Innerhalb dieses Strafrahmens hat sie eine Zuchthausstrafe von 3 ½ Jahren und damit eine Strafe in der oberen Hälfte des Strafrahmens ausgefällt.

Die Vorinstanz hat dieses Strafmass eingehend begründet. Sie hat sich dabei auch mit den Umständen befasst, die zu Gunsten des Beschwerdeführers sprechen. Sie hat das Fehlen von Vorstrafen und den guten Leumund des Beschwerdeführers, der sich auch seit seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug nichts hat zuschulden kommen lassen, in leichtem Masse strafmindernd berücksichtigt (angefochtenes Urteil S. 11 E. 2.2.2). Sie hat das Geständnis und das kooperative Verhalten des Beschwerdeführers in der Untersuchung sowie die Tatsache, dass er sich freiwillig (wenn auch unter dem Druck einer ihm ausweglos erscheinenden Situation) den Strafverfolgungsbehörden stellte, strafmindernd berücksichtigt (angefochtenes Urteil S. 11/12 E. 2.2.2). Sie hat ihm ferner eine gewisse Reue und Einsicht attestiert (angefochtener Entscheid S. 12 E. 2.2.3).
1.2.3 Der Beschwerdeführer hat als langjähriger Angestellter der Geschädigten unter Missbrauch seiner Vertrauensstellung (siehe dazu angefochtenes Urteil S. 7) 5 Millionen Schweizer Franken aus dem Tresor genommen und dieses Geld gestohlen. 1 Million Franken hat er zurückgegeben. 4 Millionen Franken blieben verschwunden. Der Beschwerdeführer gab an, dieses Geld sei ihm von seinem Begleiter in einem Hotel in Kosice in der Slowakei "gestohlen" worden (siehe dazu angefochtenes Urteil S. 10). Angesichts des aussergewöhnlich hohen Deliktsbetrags von 5 Millionen Franken durfte ohne Verletzung von Bundesrecht eine Zuchthausstrafe im Bereich des oberen Randes des Strafrahmens von maximal 5 Jahren in Betracht gezogen werden, auch wenn natürlich noch erheblich grössere Deliktsbeträge denkbar sind (siehe angefochtenes Urteil S. 6/7 E. 2.2.1a) und sich gemäss einer Behauptung des Beschwerdeführers im Tresor noch mehr Geld befand (siehe Nichtigkeitsbeschwerde S. 9). Die Höhe des Deliktsbetrags, den der Täter anstrebte und erlangte, ist ein gewichtiges Strafzumessungskriterium. Die angesichts der Diebesbeute von 5 Millionen Franken in Betracht fallende Strafe am oberen Rand des Strafrahmens von maximal 5 Jahren war aus den von der Vorinstanz
genannten Gründen zu mindern.
1.2.4 Die Strafe von 3 ½ Jahren Zuchthaus ist im angefochtenen Urteil unter Darstellung der wesentlichen Kri-

terien nachvollziehbar begründet und hält sich im Ergebnis im Rahmen des weiten sachrichterlichen Ermessens (siehe dazu BGE 129 IV 6 E. 6.1; 127 IV 101 E. 2, je mit Hinweisen) .

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist daher abzuweisen.
2.
Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist abzuweisen, da die Nichtigkeitsbeschwerde von vornherein aussichtslos war. Daher hat er die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen. Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist bei der Bemessung der Gebühr Rechnung zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Mai 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: