



---

Geschäfts-Nr. SB110506-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Schätzle, Vorsitzender, Ersatzoberrichterin lic.iur. Brühwiler und Ersatzoberrichter lic.iur. Prinz sowie die Gerichtschreiberin lic.iur. Leuthard

**Urteil vom 21. Oktober 2011**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,**

Anklägerin und Appellatin

betreffend **gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 24. November 2010 (DG100009)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 24. August 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 44).

**Beschluss der Vorinstanz:**

1. Auf die Anklage betreffend Sachbeschädigung in ND 16 sowie Hausfriedensbruch in ND 16 wird nicht eingetreten.
2. Auf die Anklage betreffend Sachbeschädigung in ND 17 sowie Hausfriedensbruch in ND 17 wird nicht eingetreten.
3. Auf die Anklage betreffend Sachbeschädigung in ND 19 sowie Hausfriedensbruch in ND 19 wird nicht eingetreten.
4. Auf die Anklage betreffend Sachbeschädigung in ND 21 sowie Hausfriedensbruch in ND 21 wird nicht eingetreten.

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Angeklagte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig
  - des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB;
  - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB;
  - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB;
  - des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in

Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG (rechtswidrige Einreise ohne gültiges Ausweispapier) und Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG (Missachtung eines Einreiseverbotes) sowie im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt);

- der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB;
  - der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 241 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft bereits erstanden sind.
  3. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Angeklagte seit dem 15. Juni 2010 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
  4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
  5. Der Angeklagte wird, z.T. gemäss seiner Anerkennung, verpflichtet, den nachfolgend aufgeführten Geschädigten Schadenersatz wie folgt zu bezahlen:
    - *ND7:*  
B. \_\_\_\_\_ AG, v.d. C. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]: Fr. 60.- (unter Hinweis auf eine eventuelle solidarische Haftbarkeit infolge Mittäterschaft mit Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_); im Mehrbetrag wird die Schadenersatzforderung auf den Zivilweg verwiesen;
    - *ND9:*  
D. \_\_\_\_\_ AG, v.d. E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]: Fr. 384.55 (unter Hinweis auf eine eventuelle solidarische Haftbarkeit infolge Mittäterschaft mit Y. \_\_\_\_\_ und Z. \_\_\_\_\_); im Mehrbetrag wird die Schadenersatzforderung auf den Zivilweg verwiesen;
    - *ND14:*  
G. \_\_\_\_\_, v.d. H. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]: Fr. 200.- ; im Mehrbetrag wird die Schadenersatzforderung auf den Zivilweg verwiesen;
    - *ND 15:*  
Stadt I. \_\_\_\_\_, ...hof, v.d. J. \_\_\_\_\_, ... [Adresse]: Fr. 1'556.55 (unter Hinweis auf eine eventuelle solidarische Haftbarkeit infolge Mittäterschaft mit W. \_\_\_\_\_ und einem gewissen "V. \_\_\_\_\_");

- *ND 17:*  
K.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]: Fr. 200.- (Selbstbehalt) *sowie Fr. 3'450.-* zu-  
handen von L.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] (unter Hinweis auf eine eventuelle  
solidarische Haftbarkeit infolge Mittäterschaft mit Y.\_\_\_\_).
6. Es wird festgestellt, dass der Angeklagte gegenüber der Geschädigten  
M.\_\_\_\_\_, v.d. N.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] (*ND21*), aus dem eingeklagten Ereignis  
dem Grundsatz nach sowie unter Hinweis auf eine eventuelle solidarische  
Haftbarkeit infolge Mittäterschaft mit Y.\_\_\_\_\_ schadenersatzpflichtig ist. Zur  
genauen Feststellung des Umfanges des Schadenersatzanspruches wird  
die Geschädigte auf den Zivilweg verwiesen.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen  
Fr. 4'170.- Kosten KAPO  
Fr. 14'038.- amtl. Verteidigung  
Fr. 7'360.- Untersuchungskosten.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliess-  
lich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten aufer-  
legt, jedoch definitiv abgeschrieben.

**weiterer Beschluss der Vorinstanz:**

1. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Juni  
2010 beschlagnahmten Fr. 17.30.- sowie Euro 300.- werden eingezogen  
und verfallen der Staatskasse.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Juni  
2010 beschlagnahmten 1 Goldvreneli Fr. 20.-, Jahrgang 1898, 1 Goldvreneli  
Fr. 20.-, Jahrgang 1935, 1 Goldvreneli Fr. 20.-, Jahrgang 1947, 1 Goldv-  
reneli Fr. 20.-, Jahrgang 1947, eingefasst als Kettenanhänger, 1 Goldbarren  
2.5 Gramm Credit Suisse, 1 Fantasierung Gold, 1 goldfarbene Münze Elisa-

beth II, 2 Yallo Karten à Fr. 10.–, 5 Yallo Karten (3x Fr. 10.–, 2x Fr. 30.–), werden eingezogen und verfallen der Staatskasse.

3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis lagernden Gegenstände 5 Scheiben für Winkelschleifer der Marke Bosch, Winkel- / Trennschleifmaschine Black & Decker KG2000-QS, rot, 1 Mobiltelefon Marke Nokia Typ N97-1, IMEI-Nummer ..., inkl. SIM-Karte, 1 Mobiltelefon Marke LG Typ KE970, IMEI-Nummer ..., ohne SIM-Karte, werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung resp. zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
4. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. Juni 2010 beschlagnahmte und bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis lagernde Mobiltelefon Marke Nokia Typ 5800 XpressMusic, IMEI-Nummer ..., ohne SIM-Karte, wird dem Angeklagten gegen Nachweis seines Eigentums herausgegeben. Für den Fall, dass der Nachweis des Eigentums nicht gelingt, wird das Mobiltelefon Marke Nokia Typ 5800 XpressMusic, IMEI-Nummer ..., ohne SIM-Karte, eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigerin des Angeklagten:

(Urk. 79 S. 2)

1. Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils vom 24. November 2010 des Bezirksgerichtes Affoltern sei aufzuheben.
2. Der Angeklagte sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
3. Die Gerichtskosten der zweiten Instanz seien wegen Uneinbringlichkeit abzuschreiben und die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich, Urk. 69)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

**Das Gericht erwägt:**

I.

**Anwendbares Recht**

Gemäss Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung, welche am 1. Januar 2011 in Kraft trat, werden Rechtsmittel gegen einen Entscheid, der vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung gefällt wurde, nach bisherigem Recht beurteilt. Da sich vorliegend die Berufung gegen einen Entscheid richtet, der vor dem 1. Januar 2011 gefällt wurde, ist die bisherige Strafprozessordnung des Kantons Zürich (nachfolgend StPO/ZH) sowie das bisherige Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) anwendbar.

## II.

### **Berufung**

1. Der Angeklagte liess am 2. Dezember 2010 gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil betreffend Ziffer 8 (Strafzumessung) und Ziff. 10 (Vollzug) rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 59). Bei dem den Parteien im Anschluss an die erstinstanzliche Hauptverhandlung übergebenen Dispositiv (Urk. 56) beginnt die Nummerierung des Urteils nicht mit Ziffer 1, sondern wird als Fortsetzung der Nummerierung des vorgängigen Beschlusses weitergeführt. Ziffer 8 und Ziffer 10 des den Parteien übergebenen Urteilsdispositivs entspricht somit Ziffer 2 und Ziffer 4 des Dispositivs im begründeten Entscheid. Mit Eingabe vom 21. April 2011 (Urk. 66) beanstandete die Verteidigung denn auch Ziffer 2 des Entscheides (Strafzumessung). Anschlussberufungen wurden keine erhoben. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis beantragte mit Schreiben vom 30. Mai 2011 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 69). Beweisergänzungen wurden keine beantragt.
2. Gemäss § 413 Abs. 3 StPO/ZH wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Es ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 24. November 2010 betreffend Dispositivziffer 1 (Schuldpunkt), Dispositivziffer 5 und 6 (Schadenersatz) sowie Dispositivziffer 7 und 8 (Kostenfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist. Die gleichentags ergangenen Beschlüsse der Vorinstanz (betreffend Nichteintreten und Einziehung) wurden nicht angefochten und sind ebenfalls in Rechtskraft erwachsen.
3. Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 21. Oktober 2011 liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

### III.

#### A. Beanstandungen

Wie erwähnt, beanstandete die Verteidigung mit ihrer Berufung lediglich die Strafe (Urk. 66 S. 2). Zusammenfassend machte die Verteidigung einerseits geltend, die Täterkomponenten seien von der Vorinstanz zu wenig strafmindernd berücksichtigt worden, insbesondere das umfassende Geständnis des Angeklagten. Andererseits seien die Vorstrafen des Angeklagten zu stark gewichtet und die Verurteilung in U. \_\_\_\_\_ [Land in Europa] sei auch aufgeführt worden, obschon der Angeklagte bestrebt sei, gegen dieses Urteil Revision einzulegen, weshalb dieses Urteil im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden sollte. Des Weiteren verwies die Verteidigung darauf, dass der Angeklagte anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Reue gezeigt und er sich zum Positiven verändert habe. Insbesondere dank der guten Entwicklung im (vorzeitigen) Strafvollzug könne dem Angeklagten heute eine viel bessere Legalprognose gestellt werden und eine Rückfallgefahr sei beinahe ausgeschlossen (Urk. 66).

#### B. Allgemeines zur Strafzumessung / Tatmehrheit

1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz beantragte, der Angeklagte sei mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten sowie einer Busse von Fr. 300.-- zu bestrafen (Urk. 44). Gemäss Ansicht der Verteidigung hätte die Vorinstanz die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe reduzieren müssen, da sie auf gewisse Anklagepunkte nicht eintrat (Urk. 79 S. 3). Diese Argumentation geht fehl. Das Gericht ist nur an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt, nicht aber an die rechtlichen Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes durch die Anklagebehörde und die Strafanträge derselben gebunden. Das Gericht kann somit auch über den Strafantrag der Staatsanwaltschaft hinaus gehen. Die Tatsache, dass die Vorinstanz auf gewisse Anklagepunkte nicht eintrat, hat demnach nicht zwingend zu einer unter dem Strafantrag der Staatsanwaltschaft liegenden Strafe zu führen.

2. Der Angeklagte beging mehrere Delikte. 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. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen straf erhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss es den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B\_865/2009 Urteil vom 25.03.2010 E. 1.2.2).

3. Mit Ausnahme der Hinderung einer Amtshandlung, die als Sanktion lediglich eine Geldstrafe bis zu 30 Tagessätzen vorsieht (Art. 286 StGB), ist bei den übrigen vom Angeklagten erfüllten Tatbeständen auch Freiheitsstrafe als Sanktion vorgesehen. Wie im Folgenden noch darzulegen sein wird, ist für diese Delikte eine Freiheitsstrafe auszufällen, bei der nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorzugehen ist. Da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere *gleichartige* Strafen ausgesprochen werden, sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen. Das bedeutet, dass für die Hinderung einer Amtshandlung kumulativ zu der nach Art. 49 Abs. 1 StGB festgesetzten Freiheitsstrafe eine Geldstrafe auszufällen ist.

4. Der Angeklagte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 25. März 2009 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Ausländergesetz mit 90 Tagen Freiheitsstrafe bestraft (Urk. 25/5). Der Angeklagte beging die Hehlerei zwischen dem 10. - 12. Februar 2009, mithin vor Ausfällung des genannten Strafbefehls, während er die übrigen Delikte nach dieser Verurteilung verübte. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, be-

vor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es nach Art. 49 Abs. 2 StGB die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Art. 49 Abs. 2 StGB will im Wesentlichen das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Bei der Beurteilung von Straftaten, die teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen wurden, ist im Falle, dass die nach der Verurteilung verübte Tat die schwerere ist, von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und deren Dauer wegen der vor der ersten Verurteilung begangenen Tat angemessen zu erhöhen, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass für die frühere Tat eine Zusatzstrafe auszufallen ist (BGE 6B\_399/2009 Urteil vom 01.10.2009 E. 4.1 und dortige Hinweise; vgl. auch BGE 6B\_409/2011 Urteil vom 03.08.2011 E. 2.3).

### **C. Konkretes zur Strafzumessung**

1. Vorab ist auf die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten einzugehen. Gemäss seinen Angaben wuchs er mit seinem Zwillingbruder und einem jüngeren Bruder in geordneten Familienverhältnissen in ..., U.\_\_\_\_\_, auf, wo er auch acht Jahre die Grundschule und 4 Jahre die Mittelschule besuchte. Nach der Schule, 2003, arbeitete er bis ca. 2004/2005 als Maler / Gipser bzw. Schweisser und absolvierte auch eine Computerausbildung. Schliesslich reiste er nach S.\_\_\_\_\_ aus, wo er ein Asylgesuch stellte und sich mit illegalen Arbeiten über Wasser hielt. Wie es scheint, lief damals in seiner Heimat ein Strafverfahren gegen ihn. In S.\_\_\_\_\_ lebte er mit O.\_\_\_\_\_ zusammen, mit der er einen gemeinsamen Sohn (geb. tt.mm.2007) hat. Am 9. August 2007 wurde der Angeklagte wegen einer Vergewaltigung, begangen am 17. August 2003, in seiner Heimat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Offensichtlich reiste der Angeklagte von S.\_\_\_\_\_ aus auch mehrmals in die Schweiz, wo es zu verschiedenen Verurteilungen kam, aufgrund derer der Angeklagte in den Jahren

2007 und 2008 mehrfach mehrere Monate in Schweizer Gefängnissen verbrachte. Nachdem er am 17. Oktober 2008 bedingt aus dem Strafvollzug der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Januar 2008 ausgefallten Freiheitsstrafe von 22 Monaten entlassen wurde, begab er sich in den U.\_\_\_\_\_, reiste aber bereits im Februar 2009 wieder rechtswidrig in die Schweiz ein. Nach einem weiteren Gefängnisaufenthalt bis am 15. Mai 2009 reiste der Angeklagte nach S.\_\_\_\_\_ und hernach U.\_\_\_\_\_, von wo aus er nach kurzem Aufenthalt nach T.\_\_\_\_\_ aufbrach. Am 20. August 2009 begab er sich trotz Einreisesperre wieder in die Schweiz, wo er am 17. November 2009 aufgrund der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Delikte verhaftet wurde. Seit dem 22. Juli 2010 befindet er sich im Gefängnis P.\_\_\_\_\_, wo er für seine Arbeit in der Küche mit einem Pekulium von monatlich zwischen Fr. 260.-- bis Fr. 280.-- entschädigt wird. Zu seinem Kind und der Kindsmutter hat er telefonischen Kontakt. Dem Schweizerischen Vorstrafenbericht lässt sich Folgendes entnehmen:

- Im November 2006 delinquierte der Angeklagte erstmals in der Schweiz, was am **1. März 2007** zu einer ersten Verurteilung durch das Bezirksgericht Zürich wegen Einbruchdiebstählen, Vergehen gegen das Waffengesetz, Hehlerei, Betrug, Urkundenfälschung, Fälschung von Ausweisen und Vergehen gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer zu einer bedingten Geldstrafe (150 Tagesätze zu CHF 30) führte. Im Zusammenhang mit diesen Straftaten verfügte das Bundesamt für Migration am 10. Januar 2007 eine fünfjährige Einreisesperre.
- Bereits am 28. Februar 2007 wurde der Angeklagte trotz dieser gegen ihn ergangenen Einreisesperre wieder in der Schweiz aufgegriffen, was zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom **2. März 2007** führte, mit dem der Angeklagte wiederum wegen Vergehens gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern mit einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu CHF 30 bestraft wurde.
- Am **7. Mai 2007** wurde der Angeklagte mit einem weiteren Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ein weiteres Mal wegen Vergehens gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer nebst

Hinderung einer Amtshandlung und Vergehens gegen das Waffengesetz verurteilt, diesmal zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 90 Tagen.

Gleichzeitig wurde die Probezeit der zwei obgenannten Vorstrafen um je ein Jahr verlängert.

- Bereits am **30. Januar 2008** kam es zur nächsten Verurteilung durch das Bezirksgericht Zürich. Diesmal wurde der Angeklagte wegen Einbruchdiebstählen, Entwendung zum Gebrauch, Vergehens gegen das BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer sowie mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes - unter Einbezug der gleichzeitig widerrufenen Urteile vom 1. März 2007, 2. März 2007 und der Rückversetzung bezüglich Urteil vom 7. Mai 2007 - mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten und einer Busse von CHF 300 als Gesamtstrafe bestraft. Am 17. Oktober 2008 erfolgte die bedingte Entlassung.
  - Bereits am 15. Februar 2009 reiste der Angeklagte erneut rechtswidrig in die Schweiz ein, was zu seiner nächsten Verurteilung durch Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom **25. März 2009** zu 90 Tagen Freiheitsstrafe unbedingt führte. Am 15. Mai 2009 erfolgte seine bedingte Entlassung (Probezeit 1 Jahr; Reststrafe 5 Tage). Bereits am 20. August 2009, mithin gut drei Monate nach seiner Ausschaffung, reiste der Angeklagte bereits wieder in die Schweiz ein und beging die heute zu beurteilenden Delikte.
2. Bei der Strafzumessung ist vom bandenmässigen Diebstahl als schwerstem der vom Angeklagten begangenen Delikte auszugehen. Bandenmässiger Diebstahl wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft (Art. 139 Ziff. 3 StGB). Innerhalb dieses Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, 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 StGB). Dabei kommt dem (subjektiven) Tatverschulden bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle zu (BGE 136 IV 55 E. 5.4).

3. Der bandenmässige Diebstahl kann nicht isoliert betrachtet werden, sondern es ist bei der objektiven Tatschwere auch zu berücksichtigen, dass der Angeklagte bei den Einbruchdiebstählen gewerbsmässig handelte und Sachbeschädigungen und Hausfriedensbrüche beging. Dabei ist weiter zu beachten, dass der Angeklagte in der Zeit vom 26. August 2009 bis 12. November 2009 insgesamt 14 Einbruchdiebstähle verübte, wobei in zwei Fällen (ND 7, ND 15) keine Gegenstände entwendet wurden, es somit beim versuchten Diebstahl blieb. Allerdings geht der Versuch im Komplex der gewerbsmässig verübten Diebstähle auf und rechtfertigt es - entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 79 S. 3) - nicht, den ordentlichen Strafraumen nach unten zu öffnen (vgl. BGE 123 IV 117). Auch der Einwand der Verteidigung, dass ein Drittel der Einbruchdiebstähle in einer Handlungseinheit am selben Ort verübt worden sei (Urk. 79 S. 4), zielt ins Leere, ist die banden- und gewerbsmässige Tatbegehung doch sowieso als Handlungseinheit zu betrachten, welche insgesamt verschuldensmässig zu werten ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass bei den Baustellen - entgegen den anders lautenden Ausführungen im erstinstanzlichen Entscheid (Urk. 71 S. 13) - nichts von grossem Wert gestohlen wurde und sich auch der verursachte Sachschaden in Grenzen hielt. Bei den übrigen Einbruchs-Delikten resultierte in der Regel jeweils ein höherer Deliktsbetrag und auch der verursachte Sachschaden kann nicht mehr als Bagatelle gewertet werden. Dass es bei den Diebstählen zu keiner Konfrontation mit Drittpersonen kam, vermag sich entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 79 S. 3 f.) weder zu Gunsten noch zu Lasten des Angeklagten auszuwirken, zumal es nicht in seiner Macht lag, eine solche zu vermeiden. Äusserst schwer ins Gewicht fällt, dass der Angeklagte seit dem März 2007 bereits zum dritten Mal wegen Einbruchdiebstählen in der Schweiz vor Gericht steht. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist auch die in seiner Heimat rechtskräftig ergangene Vorstrafe aus dem Jahr 2007 zu Ungunsten des Angeklagten zu würdigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese rechtskräftig ergangene Vorstrafe nicht berücksichtigt werden sollte, nur weil der Angeklagte angeblich beab-

sichtigt, Revision einzulegen. Wie im Übrigen seinem Lebenslauf zu entnehmen ist, ging der Angeklagte kaum je einer legalen Erwerbstätigkeit nach, was von hoher krimineller Energie zeugt. Wie es scheint, hat er sich darauf eingelassen, durch illegale Tätigkeiten seinen Lebensunterhalt zu verdienen.

Dass sich der Angeklagte anlässlich der Schlusseinvernahme doch noch zu einem Geständnis durchringen konnte, ist - entgegen dem Vorbringen der Verteidigung - nicht auf Einsicht und Reue zurückzuführen. So anerkannte er noch in der Einvernahme vom 6. Mai 2010 lediglich jene Vorwürfe, bei denen ein DNA-Hit oder ein Schuhabdruck gefunden wurde (Urk. 12/1 S. 15) und hielt im Übrigen an seinen hartnäckigen Bestreitungen fest. Erst in der Schlusseinvernahme vom 10. Juni 2010 anerkannte er zwar letztlich die ihm im einzelnen vorgehaltenen Delikte, ohne aber selber etwas zur Tataufdeckung beigetragen zu haben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (6B\_426/2010 E. 1.5) kann ein Geständnis im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 206 = Pra 85 Nr. 158). Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminde- rung kann sich demgegenüber deshalb aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig worden ist (Urteile 6B\_974/2009 vom 18. Februar 2010 E. 5.4, 6B\_737/2007 vom 14. April 2008 E. 1.2 sowie 6S.531/2006 vom 24. Januar 2007 E. 3.6.3 mit Hinweisen). Das Geständnis des Angeklagten hat die Strafverfolgung nicht erleichtert und auch nicht zur Tataufdeckung oder Wahrheitsfindung beigetragen. Er hat lediglich die nach minutiöser Ermittlungsarbeit vorgehaltenen Taten anerkannt. Von Einsicht oder Reue liess sich jedoch nichts erkennen. Das Geständnis des Angeklagten kann höchstens in geringem Mass zu seinen Gunsten insofern berücksichtigt werden, als dieses noch vor Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils erfolgte, womit zumindest das gerichtliche Verfahren in geringem Masse vereinfacht wurde.

Die Verteidigung bringt darüber hinaus vor, dass das Verhalten des Angeklagten im Strafvollzug von der Vorinstanz zu wenig strafmindernd berücksichtigt worden sei (Urk. 79 S. 5). Dem ist zu entgegnen, dass ein korrektes Verhalten im Strafvollzug grundsätzlich vorausgesetzt wird und vorliegend somit zu keiner Reduktion der Strafe führt (Urteil 6B\_426/2010 vom 22. Juli 2010 mit weiteren Hinweisen).

Insgesamt betrachtet ist das Tatverschulden in Bezug auf die Einbruchdiebstähle (umfassend den gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl, die mehrfache Sachbeschädigung der mehrfache Hausfriedensbruch) bei Würdigung all der erwähnten Umstände als mittelschwer zu bezeichnen, weshalb - unter Berücksichtigung der Mindeststrafe von einem halben Jahr für bandenmässigen Diebstahl - eine Einsatzstrafe in Höhe von rund 24 Monaten als angemessen erscheint.

4. In Bezug auf die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz ist zu berücksichtigen, dass der Angeklagte - gemäss seinen eigenen Angaben - keine näheren Beziehungen zur Schweiz hat. Gemäss seinen eigenen Angaben befand sich der Angeklagte lediglich zur Durchreise in der Schweiz (z.B. Urk. 12/1 S. 5), was angesichts seiner Delinquenz hierzulande jedoch nicht überzeugend wirkt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er in die Schweiz einreiste, um hier zu delinquirieren. Auch hier fällt massgeblich ins Gewicht, dass der Angeklagte innert nicht einmal fünf Jahren bereits zum fünften Mal wegen illegaler Einreise und Aufenthaltes hierzulande vor dem Richter steht. Die letzte Ausweisung des Angeklagten erfolgte nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug am 15. Mai 2009. Bereits gut drei Monate später setzte er sich ein weiteres Mal über die gegen ihn verhängte Einreisesperre hinweg. Damit legte er eine Dreistigkeit an den Tag, die ihresgleichen sucht. Dass der Angeklagte auch bezüglich seiner Vergehen gegen das Ausländergesetz geständig war, kann ihm hier nicht zugute gehalten werden, da er weder Reue noch Einsicht erkennen liess. Im Gegenteil muss aufgrund seiner mehrmaligen Missachtung der Einreisesperre darauf geschlossen werden, dass er sich einen Deut um behördliche Anordnungen schert und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass er sich ohne eingreifende Konsequenzen von sich aus nun an die Einreisesperre halten würde. Umstände, die zu

Gunsten des Angeklagten sprechen könnten, sind keine ersichtlich. Insgesamt betrachtet muss in Bezug auf die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz von einem schweren Verschulden gesprochen werden. Bei einem Strafraumen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr erscheint in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB eine Straferhöhung der Einsatzstrafe um mindestens 6 Monate als angemessen.

5. Was die Hehlerei anbelangt, ist zunächst eine hypothetische Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 25. März 2009, mit dem der Angeklagte wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Ausländergesetz mit 90 Tagen Freiheitsstrafe bestraft wurde, festzusetzen. Bei der Hehlerei kann noch von einem geringen Verschulden des Angeklagten gesprochen werden. Er hat das gestohlene Handy entgegengenommen und seiner damaligen Freundin weitergegeben, ohne dass er selber einen materiellen Profit generierte. Diesbezüglich legte der Angeklagte auch nicht erst anlässlich der Schlusseinvernahme ein Geständnis ab, was ihm hier zugute gehalten werden kann. Bei einem Strafraumen für Hehlerei von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist das Verschulden des Angeklagten im untersten Bereich anzusiedeln. Wäre die Hehlerei zusammen mit den im erwähnten Strafbefehl abgeurteilten Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz beurteilt worden, hätte jene lediglich einen geringen Einfluss auf das Strafmass gehabt. Es rechtfertigt sich deshalb in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB auf eine merkliche Straferhöhung zu verzichten.

6. Insgesamt erschiene somit eine Freiheitsstrafe in Höhe von 30 Monaten für die heute zu beurteilenden Delikte als angemessen. Nachdem lediglich die Verteidigung zu Gunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel und die Staatsanwaltschaft keine eigenständige Berufung eingelegt hat, kann das erstinstanzliche Urteil jedoch nicht zu Ungunsten des Angeklagten abgeändert werden (§ 399 StPO/ZH).

Der Angeklagte wurde am 15. Mai 2009 aus dem Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis ausgesprochenen 90 tägigen Freiheitsstrafe bedingt entlassen, unter Ansetzung einer einjährigen Probezeit. Da der Angeklagte während dieser Probezeit delinquierte und für die heute zu beurteilenden Delik-

te - wie noch auszuführen sein wird - die Freiheitsstrafe unbedingt auszufällen ist, ist in Anwendung von Art. 89 Abs. 1 und 6 StGB die Rückversetzung anzuordnen und eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 StGB auszusprechen, was von der Vorinstanz übersehen wurde. Die offene Reststrafe von lediglich 5 Tagen geht jedoch angesichts des Bagatelldcharakters in der heute auszufällenden Freiheitsstrafe auf.

7. Schliesslich ist für die vom Angeklagten begangene Hinderung einer Amtshandlung mit einer Strafandrohung von Geldstrafe bis zu 30 Tagessätzen (Art. 286 StGB) eine Geldstrafe auszufällen. Das diesbezügliche Verschulden des Angeklagten wiegt noch leicht. Im Wissen um seinen illegalen Aufenthalt in der Schweiz wollte er sich lediglich davor schützen, verhaftet zu werden. Seine Gegenwehr bestand denn auch nicht in Gewaltanwendung. Insofern scheint eine Geldstrafe in Höhe von 5 Tagessätzen angemessen. Angesichts der schlechten finanziellen Verhältnisse rechtfertigt es sich, den Tagessatz auf CHF 30 festzusetzen.

8. Da - wie bereits erwähnt - gemäss § 399 StPO/ZH das erstinstanzliche Urteil nicht zu Ungunsten des Angeklagten abgeändert werden kann, wenn nur zu Gunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel eingelegt worden ist und somit die erstinstanzlich ausgefallte Strafe von 28 Monaten nicht überschritten werden darf, ist heute - unter Einbezug der offenen Reststrafe und teilweise als Zusatzstrafe - eine Freiheitsstrafe in Höhe von 27 Monaten und 25 Tagen als Gesamtstrafe auszusprechen, wovon 210 Tage (17.11.2009 - 15.06.2010) durch Untersuchungshaft erstanden sind sowie eine Geldstrafe in Höhe von 5 Tagessätzen zu CHF 30. Des Weiteren ist davon Vormerk zu nehmen, dass sich der Angeklagte seit dem 15. Juni 2010 im vorzeitigen Strafvollzug befindet (Urk. 23/16 und Urk. 77). Nur am Rande ist anzufügen, dass die von der Vorinstanz angerechneten 241 Hafttage offensichtlich auf einem Rechnungsfehler beruhen, geht doch auch sie davon aus, dass sich der Angeklagte seit dem 17. November 2009 in Haft befindet (Urk. 71 S. 8 und 21).

#### IV.

#### **Strafvollzug**

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB).

2. Das Gericht kann den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Für Freiheitsstrafen, die über der Grenze für bedingte Strafen liegen (zwischen zwei und drei Jahren), sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor. An die Stelle des vollbedingten Strafvollzuges, der hier ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind (BGE 134 IV 1, S. 14, E. 5.5.1). Das bedeutet, dass auch für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges besonders günstige Umstände vorliegen müssen, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden ist.

3. Vorliegend wurde der Angeklagte mit Urteil vom 30. Januar 2008 mit 22 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Insofern müssen für den (teilbedingten) Aufschub der Strafen besonders günstige Umstände vorliegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind unter besonders günstigen Umständen solche zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Bei Art. 42 Abs. 2 StGB gilt demnach die Vermutung einer günstigen Prognose bzw. des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht. Vielmehr kommt der früheren

Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt daher nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters. Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschub stets zu gewähren. Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag (BGE 6B\_62/2009, Urteil vom 20.05.2009, E. 2.1 mit Hinweisen; BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 6 f.).

Der Angeklagte ist bereits mehrfach einschlägig vorbestraft. Dies spricht nicht für eine günstige Prognose. Die Verteidigung machte geltend, der Angeklagte habe sich, seit er sich im vorzeitigen Strafvollzug befinde, mit seiner deliktischen Vergangenheit auseinandersetzen können und sich zum Positiven verändert. Sie erachtet die gute Entwicklung des Angeklagten im Strafvollzug als Hinweis dafür, dass eine Rückfallgefahr beinahe ausgeschlossen sei (Urk. 66 S. 3). Selbst wenn sich der Angeklagte im Strafvollzug an die Regeln hält und ihm eine gute Führung attestiert werden kann, handelt es sich hierbei jedoch um ein Verhalten, das von einem Straftäter grundsätzlich erwartet werden darf. Dies stellt jedenfalls keine ausserordentlich positive Veränderung in den Lebensumständen des Angeklagten dar (vgl. BGE 6B\_762/2010, Urteil vom 24.01.2011, E. 1.4). Es ist z.B. nicht ersichtlich, womit der Angeklagte nach der Strafverbüsung seinen Lebensunterhalt verdienen will. Eine abgeschlossene Berufsausbildung, die ihm nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug den Einstieg ins Erwerbsleben erleichtern würde, weist der Angeklagte keine auf. Zudem hat der Angeklagte in seinem Erwachsenenleben noch nie in stabilen familiären Verhältnissen gelebt. Von besonders günstigen Umständen kann deshalb nicht gesprochen werden. Demzufolge ist sowohl die heute ausgesprochene Freiheitsstrafe wie auch die Geldstrafe zu vollziehen.

**V.**

**Kostenfolge**

Die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen für die amtliche Verteidigung sind dem mit seiner Berufung vollständig unterliegenden Angeklagten aufzuerlegen (§ 396a StPO/ZH). Angesichts der desolaten finanziellen Situation des Angeklagten sind die ihm auferlegten Kosten in Anwendung von § 190a StPO/ZH jedoch definitiv abzuschreiben.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 24. November 2010 bezüglich Dispositivziffer 1 (Schuldpunkt) und Dispositivziffern 5 bis 8 (Zivilforderungen, Kostenfolgen) sowie der gleichentags ergangene erste Beschluss (Nichteintreten) und der zweite Beschluss (Einziehung) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Das Gericht erkennt:**

1. Der Angeklagte wird in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 25. März 2009 ausgefallten Freiheitsstrafe rückversetzt.
2. Der Angeklagte wird unter Einbezug dieses Strafrestes bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten und 25 Tagen (wovon 210 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind) sowie mit einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 30.--, teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl

fehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 25. März 2009 ausgefallten Strafe.

3. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Angeklagte seit dem 15. Juni 2010 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten auferlegt, aber abgeschrieben.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
  - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdiensteund in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
  - das Bundesamt für Migration, ... [Adresse]sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis in die Akten  
Unt.Nr.: B-1/2009/1005 (im Dispositiv)

- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 21. Oktober 2011

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Schätzle

lic.iur. Leuthard