

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110636-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und Ober-
richterin Dr. Janssen sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 6. März 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Kehrli,
Anklägerin und Berufungsklägerin

sowie

Geschädigte gemäss Geschädigtenverzeichnis,

gegen

B._____, alias B1._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom
18. August 2011 (DG110014)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 6. Mai 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 1 und 2 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB,
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB und
 - der Gewalt und Drohung gegen Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon durch Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug bis und mit heute 263 Tage erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 12. April 2011 beschlagnahmten Gegenstände (zwei Schraubenzieher, eine Taschenlampe, ein Pfefferspray und drei Paar Lederhandschuhe) werden eingezogen und der Kasse des Bezirksgerichts Uster zur Vernichtung überlassen.
5. Die mit Befehl der Staatsanwaltschaft Brugg-Zurzach vom 3. Januar 2011 beschlagnahmten Barschaft von Fr. 3'800.-, Fr. 1'867.50 (umgewechselte Fremdwährungen EUR, USD, AUD, ISK) und weiteres Notengeld (vier

Banknoten, nicht umgewechselte div. Fremdwährungen) werden eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

6. Die mit Beschlagnahmungsbeehl der Staatsanwaltschaft Brugg-Zurzach vom 3. Januar 2011 beschlagnahmten Schmuckgegenstände und Wertsachen gemäss Liste der Kantonspolizei Zürich vom 1.12.2010 (HD 11/26 ab Seite 2, rosa markierte Gegenstände), welche von den bekanntgewordenen Geschädigten nicht identifiziert worden sind, werden eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Uster verwertet. Der Erlös verfällt dem Staat.
7. Es wird vorgemerkt, dass der Privatkläger 9 (B._____) auf seine Zivilforderung verzichtet hat.
8. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte folgende Schadenersatzforderung anerkannt hat:
 - C.____ und D.____: Fr. 296.95 (ND5/9, Schreinerrechnung; ND5/10)
9. Die Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen der weiteren Privatkläger werden auf den Zivilweg verwiesen. Es wird jedoch diesbezüglich vorgemerkt, dass der Beschuldigte dem Grundsatz nach seine Schadenersatzpflicht gegenüber sämtlichen Privatklägern und Geschädigten anerkennt.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
 - Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 12'674.75 Untersuchungskosten
 - Fr. 412.50 Dolmetscherkosten
 - Fr. 7'545.60 Kosten der amtlichen Verteidigung
11. Die Kosten, inklusive diejenigen der Untersuchung und der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aus der sichergestellten Barschaft bezogen und im Mehrbetrag abgeschrieben.

Berufungsanträge:

a) Der Staatsanwaltschaft See / Oberland (Urk. 74 S. 1):

1. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren zu bestrafen unter Anrechnung der bisher entstandenen Haft von 343 Tagen.
2. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 18. August 2011 in den weiteren Punkten rechtskräftig ist.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 75 S. 6):

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft See/Oberland sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens vor Obergericht seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten sei für das Berufungsverfahren vor Obergericht aus der Staatskasse zu entschädigen.

Das Gericht erwägt:

I.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 18. August 2011 meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 23. August 2011 rechtzeitig die Berufung an (HD 56). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte sie fristgerecht ihre Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (HD 63). Anschlussberufungen wurden keine erhoben.

2. Die Verteidigung beantragte mit Schreiben vom 2. November 2011, auf die Berufung der Staatsanwaltschaft sei nicht einzutreten. Die Staatsanwaltschaft habe die von der Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung angefochten und mache den Rügegrund der Unangemessenheit geltend. Vor Vorinstanz habe die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten beantragt, die Vorinstanz habe den Beschuldigten dann mit 24 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Von einer Unangemessenheit der vorinstanzlichen Strafzumessung könne deshalb keine Rede sein. Deshalb sei auf die Berufung nicht einzutreten (HD 67).

Die Bemerkung des Verteidigers, die Rüge der Unangemessenheit könne sich lediglich gegen ein Urteil richten (HD 67), ist nicht verständlich. Mit der Berufung als ordentlichem, weitgehend vollkommenem Rechtsmittel können nach Art. 398 Abs. 2 StPO, soweit sich die erste Instanz, wie hier, mit Verbrechen oder Vergehen auseinandersetzt, alle Mängel des vorinstanzlichen Urteils und des Verfahrens gerügt werden (N. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, N 1534), d.h., das Berufungsgericht kann das (erstinstanzliche) Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend prüfen (so ausdrücklich Art. 398 Abs. 2 StPO). Die Rüge der Unangemessenheit der Strafe im Berufungsverfahren ist deshalb prozessual ohne weiteres zulässig, was in Art. 398 Abs. 3 lit.c StPO auch noch ausdrücklich festgehalten wird. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft ist somit einzutreten.

Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 - 6 (Einziehungen), 7 - 9 (Zivilforderungen) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) nicht angefochten worden sind und keine Anschlussberufungen erhoben wurden, ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 18. August 2011 diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II.

1. 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 Strafart 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. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen strafferhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010, E. 1.2.2). Massgebend für die Einsatzstrafe ist das abstrakt mit der höchsten Strafe bedrohte Delikt (BGE 116 IV 304; BGE 6B_885/2010 vom 7.3.2011).

2. a) Der Beschuldigte verübte insgesamt 23 Einbruchdiebstähle jeweils nach gleichem Muster, wobei es in drei Fällen beim Versuch blieb. Dieses Verhalten wurde als gewerbs- und bandenmässiger Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff.

1, Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 1 und 2 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, qualifiziert. Es rechtfertigt sich bei dieser Konstellation, zunächst eine Einsatzstrafe für diese 23 Diebstähle festzusetzen. Die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat ist vorliegend der bandenmässige Diebstahl gemäss Art. 139 Ziff. 3 StGB, der Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen vorsieht. Von diesem Strafrahmen ist auszugehen.

b) Gemäss Art. 47 StGB ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Das Gericht 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 der straffälligen Person sowie danach bestimmt, wie weit sie nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

c) Das objektive Tatverschulden wiegt erheblich. Ein Einbruchdiebstahl stellt generell einen massiven Eingriff in die Privatsphäre einer geschädigten Person dar, welcher zumindest geeignet ist, das Sicherheitsgefühl nachhaltig zu beeinträchtigen. Der Beschuldigte verübte eine Vielzahl von Einbruchdiebstählen, wobei sich die Deliktserie über zwei Jahre hin erstreckte. Der Beschuldigte reiste immer ungefähr zur gleichen Jahreszeit in die Schweiz ein und verübte diese Einbrüche zusammen mit einem unbekanntem Mittäter jeweils im November bzw. Dezember, d.h. jeweils zu einer Zeit, wenn die Dämmerung früh eintritt. Die beiden Täter gingen sehr gezielt vor und erbeuteten Schmuck und Uhren im Wert von über Fr. 228'000.--. Das professionelle Vorgehen des Beschuldigten und seines Mittäters lässt auf eine hohe kriminelle Energie schliessen. Der Beschuldigte agierte als eigentlicher Kriminaltourist.

Auch subjektiv wiegt das Tatverschulden erheblich: Der Beschuldigte handelte offensichtlich aus finanziellen Interessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass er verheiratet ist und in E._____ einer geregelten Arbeit als Chemie-Techniker nachging. Er lebte im gleichen Haushalt wie die Eltern (HD 19/14), so dass nur geringe Wohnkosten anfielen. Somit kann er sich nicht darauf berufen, dass er

sich in einer wirtschaftlichen Notlage befand. Er machte geltend, seine Ehefrau und er hätten wegen langer Kinderlosigkeit eine künstliche Insemination vorgenommen; in diesem Zusammenhang seien Schulden in der Höhe von 8'000 Euro entstanden. Dieses Vorbringen ist zwar nicht widerlegbar, vermag aber nicht zu überzeugen, zumal der Beschuldigte den ersten Einbruch am 12. Dezember 2008 verübte, als er anerkanntermassen noch gar keine Schulden hatte (HD 9 S. 32 f.), und der Deliktsbetrag die behaupteten Schulden um ein Vielfaches übersteigt.

Straferhöhend wirkt sich aus, dass neben der Bandenmässigkeit als weiterer Qualifikationsgrund auch die Gewerbsmässigkeit gegeben ist.

Strafmindernd ist das Geständnis des Beschuldigten zu berücksichtigen, allerdings in nur leichtem Masse, nachdem er in der Untersuchung immer nur gerade das zugab, was ihm nachgewiesen werden konnte (vgl. z.B. HD 10/6 S. 3).

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung legte der Beschuldigte dar, dass sich seine persönlichen Verhältnisse in der Zwischenzeit im Wesentlichen nicht verändert haben (vgl. Urk. 73 S. 1 ff.)

Aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte Vater eines Kleinkindes ist, kann noch nicht von einer erhöhten Strafempfindlichkeit ausgegangen werden, weshalb die familiäre Situation des Beschuldigten - entgegen der Auffassung der Vorinstanz (HD 62 S. 12) - keine Strafminderung rechtfertigt. Die Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe stellt für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Täter eine gewisse Härte dar. Als unmittelbare gesetzmässige Folge jeder Sanktion darf diese Konsequenz deshalb nur unter aussergewöhnlichen Umständen - welche hier nicht vorliegen - berücksichtigt werden (vgl. dazu BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, Art. 47 N 118)

Der Beschuldigte ist in der Schweiz nicht vorbestraft. Dagegen weist er in F. _____ vier teilweise einschlägige Vorstrafen auf:

- Amtsgericht F1._____: Urteil vom 9. Mai 2000: Hehlerei, gemeinschaftlicher Diebstahl, versuchter gemeinschaftlicher Diebstahl in zwei Fällen. Freiheitsstrafe ein Jahr und drei Monate auf Bewährung.

- Amtsgericht F2._____: Urteil vom 3. Mai 2001: Wohnungseinbruchdiebstahl: Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten.

- Amtsgericht F3._____: Urteil vom 25. Mai 2005: Unerlaubte Einreise nach Abschiebung mit unerlaubtem Aufenthalt nach Abschiebung und mit unerlaubtem Aufenthalt ohne Pass und Urkundenfälschung: Freiheitsstrafe von neun Monaten.

- Amtsgericht F4._____: Urteil vom 1. Dezember 2005 unter Einbezug des Entscheids Amtsgerichts F3._____ vom 25. Mai 2005: Wohnungseinbruchdiebstahl in zwei Fällen sowie Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte: Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe (HD 19/11).

Diese teils einschlägigen Vorstrafen wirken sich in starkem Masse straf erhöhend aus.

Unter Berücksichtigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 2 ½ Jahren Freiheitsstrafe als angemessen.

Diese Einsatzstrafe ist wegen dem Vorliegen der weiteren Delikte zu erhöhen: Beim Hausfriedensbruch und der Sachbeschädigung ist zu berücksichtigen, dass es sich um eigentliche Begleitdelikte bei der Verübung der Einbruchdiebstähle handelt. Angesichts der Vielzahl dieser Fälle dürfen diese Delikte bei der Strafzumessung aber keineswegs bagatellisiert werden, zumal der Beschuldigte einen beträchtlichen Sachschaden in der Höhe von insgesamt ca. Fr. 45'000.-- verursachte. Schliesslich fällt auch der Schuldspruch wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte ins Gewicht. Anlässlich der Verhaftung verhielt sich der Beschuldigte äusserst renitent, setzte unter anderem einen Pfefferspray ein und verletzte im Verlaufe seiner heftigen Gegenwehr zwei Polizeibeamte.

Diese weiteren Delikte rechtfertigen in Anwendung des Asperationsprinzips eine Erhöhung der Strafe um sechs Monate. Der Beschuldigte ist deshalb mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren zu bestrafen. Der Anrechnung von 463 Tagen Haft (Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitiger Strafvollzug) steht nichts entgegen.

III.

Zu Recht hat die Vorinstanz den Vollzug der Strafe angeordnet. Dieser Entscheidung ist zu bestätigen. Zur Begründung kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; HD 62 S. 13 f.).

IV.

Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrem Antrag auf Straferhöhung nur teilweise. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, auf die Erhebung einer zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr zu verzichten und die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 18. August 2011 bezüglich Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 - 6 (Einziehungen), 7 - 9 (Zivilforderungen) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit drei Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 463 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigem Strafvollzug erstanden sind.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die übrigen Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See / Oberland (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Justizvollzugsanstalt G._____ (durch die zuführende Polizeibeamten)
 - die Privatkläger 1-11 gemäss Geschädigtenlistesowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See / Oberlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger