

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120074-O/U/jv

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. R. Naef und
Ersatzoberrichter lic. iur. B. Amacker sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. C. Semadeni

Urteil vom 7. Mai 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. B. Meier,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Hehlerei**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,
4. Abteilung - Einzelgericht, vom 1. September 2011 (GG110137)

Anklage:

Das Geschädigtenverzeichnis sowie die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 16. Mai 2011 sind diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12; Urk. 13).

Entscheid der Vorinstanz:

(Urk. 31 S. 13 f.)

“Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Die Privatklägerin B._____ AG, ... [Adresse], wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Das Genugtuungsbegehren der Privatklägerin B._____ AG, ... [Adresse], wird abgewiesen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr.	1'000.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	720.--	Kosten der Kantonspolizei
Fr.	1'800.--	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.		Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	2'700.--	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO.
8. (Mitteilung)
9. (Rechtsmittel)“

Berufungsanträge:

a) **Der Staatsanwaltschaft:**

(schriftlich und mündlich; Urk. 39)

1. Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten.
2. Anordnung des Vollzuges der Freiheitsstrafe.

b) **Der Verteidigung des Beschuldigten:**

(schriftlich und mündlich; Urk. 40)

1. Es sei das Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren GG110137 vom 1. September 2011 vollumfänglich zu bestätigen und den Beschuldigten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten, unter Festsetzung einer Probezeit von 4 Jahren, zu verurteilen;
eventualiter, für den Fall, dass das Gericht gemäss dem Antrag des StA auf eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten erkennen sollte, sei der Vollzug der Strafe vollumfänglich, subeventualiter im gesetzlich maximal zulässigen Umfang teilweise aufzuschieben.
2. Die Verfahrenskosten des vorliegenden Verfahrens seien vollumfänglich des StA zu auferlegen; eventualiter auf die Staatskasse zu nehmen bzw. sofort abzuschreiben.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 1. September 2011 wurde der Beschuldigte A._____ vom Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht, der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten bestraft. Der Vollzug der Strafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt. Die Privatklägerin B._____ AG wurde mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, das Genugtuungsbegehren wurde abgewiesen (Urk. 31 S. 13).

2. Gegen das Urteil meldete die Anklagebehörde am 5. September 2011 fristgerecht Berufung an (Urk. 20; Urk. 21; Urk. 22). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 6. Januar 2012 ging mit Eingabe vom 12. Januar 2012 ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 25; Urk. 27/2; Urk. 32). Nach Eingang der Akten am hiesigen Gericht wurde den Parteien die Berufungserklärung der Anklagebehörde zugestellt unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags (Urk. 34). Weder die Privatklägerschaft noch der Beschuldigte liessen sich innert Frist vernehmen.

3. Die Anklagebehörde hat die vorliegende Berufung auf die Sanktion, folglich auf Ziff. 2. und Ziff. 3. des vorinstanzlichen Dispositivs beschränkt (Urk. 32). Somit ist im Sinne von Art. 402 StPO vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil bezüglich des Schuldpunkts (Ziff. 1.), bezüglich der Zivilforderungen der Privatklägerschaft (Ziff. 4. und Ziff. 5.) sowie bezüglich der Kostenregelung (Ziff. 6. und Ziff. 7.) bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Sanktion

1.

1.1 Der Beschuldigte machte sich um den Jahreswechsel 2005/2006 der Hehlerei schuldig, indem er von einem Unbekannten Diebesgut im Wert von

Fr. 35'085.– für Fr. 20'000.– kaufte. Beim Diebesgut handelte es sich um mindestens 130 Mobiltelefone, welche – neben weiteren 128 Mobiltelefonen – am 12. Dezember 2005 zum Nachteil der B._____ AG mit Sitz in ... gestohlen wurden. Die gekauften Mobiltelefone übergab der Beschuldigte anfangs 2006 beim Carparkplatz in C._____ einer nicht identifizierten Person, welche das Diebesgut mit einem Reiseкар zum Heimatort des Beschuldigten (.../ D._____) hätte schmuggeln sollen. Der Beschuldigte hätte die Mobiltelefone auf eigene Rechnung und Gewinn weiterverkaufen wollen. Die gestohlenen Mobiltelefone wurden jedoch zufällig bei einer Polizeikontrolle in ... im Reiseкар sichergestellt (Urk. 13 S. 2 f.; Urk. 2/2 S. 11, Urk. 2/3 S. 2 f., Urk. 17 S. 4).

1.2 Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, dass zwar von einem erheblichen Deliktsbetrag auszugehen sei, die kriminelle Energie des Beschuldigten aber doch eher gering sei. Es sei nicht von einem besonders organisierten und planmässigen Handeln auszugehen und der Beschuldigte habe als Alleintäter gehandelt. Das Motiv sei finanzieller Natur gewesen, wobei er sich aber nicht in einer finanziellen Notlage befunden habe. Insgesamt sei das Tatverschulden als nicht mehr leicht zu beurteilen. Die Täterkomponente wirke sich nicht auf die Strafzumessung aus. Straferhöhend seien die einschlägigen Vorstrafen zu berücksichtigen, strafmindernd das Nachtatverhalten (Urk. 31 S. 7-9).

1.3 Die Anklagebehörde beanstandet, die Vorinstanz habe die einzelnen Strafzumessungsgründe nicht korrekt gewichtet. Bereits die von der Anklagebehörde beantragten zwölf Monate würden sich am unteren Ende des Vertretbaren bewegen (Urk. 32; Urk. 39 S. 4).

2.

2.1 Hehlerei wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft. Der Hehler wird nach der Strafandrohung der Vortat bestraft, wenn sie milder ist (Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall, zumal die Strafandrohung des Diebstahls derjenigen der Hehlerei entspricht (Art. 139 Ziff. 1 StGB). Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sind innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen.

sichtigen. Nur in Ausnahmefällen führen diese dazu, dass der ordentliche Strafraumen verlassen werden muss. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die Strafe ohnehin am unteren oder oberen Rand des ordentlichen Strafraumens bewegen würde beziehungsweise deren Ausmass besonders stark ins Gewicht fällt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_611/2010 vom 26. April 2011 E. 4 unter Hinweis auf BGE 136 IV 55; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, Zürich 2010, N 4 zu Art. 48a i.V.m. N 6 zu Art. 49 StGB). Vorliegend besteht kein Anlass den ordentlichen Strafraumen zu verlassen.

2.2 Vorab ist ergänzend festzuhalten, dass zur Strafzumessung nicht nur die Bestimmung des Masses, sondern auch der Art der Strafe gehört. Für die heute auszufällende Höhe der Sanktion kann grundsätzlich eine Geld- oder Freiheitsstrafe ausgesprochen werden, wobei der Geldstrafe aufgrund des Subsidiaritätsprinzips Vorrang zukommt (vgl. Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB sowie Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 13 zu Art. 34). Der Beschuldigte ist jedoch zweifach vorbestraft (Urk. 33): Am 28. Mai 2002 wurde eine Gefängnisstrafe von 30 Monaten unbedingt ausgesprochen, vollzogen wurden hiervon 20 Monate (Urk. 9/1 S. 3). Am 16. Juli 2003 wurde er mit 30 Tagen Gefängnis bestraft. Anstelle dieser Strafe musste er 120 Stunden gemeinnützige Arbeit leisten (Urk. 2/3 S. 5). Vorliegend wäre es somit unzweckmässig, eine Geldstrafe auszusprechen, zumal die ausgefallten Freiheitsstrafen und die Kostenaufgabe in beiden Vorverfahren ihn nicht von erneuter Delinquenz abbringen konnten.

2.3 Innerhalb des Strafraumens misst das Gericht gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB 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 Abs. 2 StGB). Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren

Gewichtung festzuhalten. Die Vorinstanz unterliess es, nach Beurteilung der Tatkomponente eine Einsatzstrafe zu festzusetzen. Dies ist nachzuholen.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei nicht besonders schwerem Verschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Strafrahmens ansiedelt. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen, sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (Wiprächtiger in: BSK Strafrecht-I, a.a.O., N 15 zu Art. 47 StGB). Das Bundesgericht drängt in seiner aktuellen Praxis zudem vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4., 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2., 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.).

2.3.1 Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist die objektive Tatschwere. Zu berücksichtigen ist unter anderem das Mass der Gefährdung der zu schützenden Rechtsgüter. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 31 S. 7), handelt es sich um einen doch erheblichen Deliktsbetrag: Insgesamt 130 Mobiltelefone im Wert von Fr. 35'085.–. Entgegen der Vorinstanz kann jedoch nicht von einer nur geringen kriminellen Energie ausgegangen werden. Wie der Staatsanwalt zu Recht ausführte, ist nicht bloss von einer eher geringen kriminellen Energie auszugehen (Urk. 39 S. 2). Zwar hat der Beschuldigte die Tat nicht von langer Hand geplant, er gab jedoch sowohl anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 13. Januar 2011 als auch anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 13. April 2011 zu Protokoll, mit Mobiltelefonen, welche von ... nach D._____ geschmuggelt worden seien, gehandelt zu haben, um sein Einkommen aufzubessern (Urk. 2/2 S. 6; Urk. 2/3 S. 5). Heute gab er zu Protokoll, dies nur ein-, zweimal vor langer Zeit gemacht zu haben, danach nie mehr (Urk. 38 S. 3). Diese Handlungen sind heute nicht zu beurteilen. Es geht jedoch daraus hervor, dass es sich nicht um eine einmalige, spontane Aktion handelte und der Beschuldigte bei der Tathandlung weder völlig unerfahren war noch planlos vorging. Der Beschuldigte beging die hehlerische Handlung in einem Akt und als Alleintäter, doch wurde ihm zumindest

finanziell und organisatorisch geholfen: Für die gestohlenen Mobiltelefone erhielt er von einer Drittperson aus D. _____ einen Vorschuss in Höhe von Fr. 20'000.– (Urk. 2/3 S. 3), und es kann davon auszugehen werden, dass eine Person die Mobiltelefone im Heimatort des Beschuldigten hätte in Empfang nehmen müssen. Auch dies spricht gegen ein spontanes und planloses Vorgehen des Beschuldigten. Dass er aber als Teil eines Räderwerks resp. in kriminellen Strukturen verankert handelte, wie dies geltend gemacht wird (Urk. 39 S. 2 f.), ist nicht aktenkundig. In Anbetracht sämtlicher unter den Tatbestand der Hehlerei fallenden Sachverhalte ist der heute zu beurteilende verschuldensmässig jedoch im unteren Bereich anzusiedeln.

In Nachachtung der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. vorstehend Ziff. II. 3.3) ist die Einsatzstrafe aufgrund der objektiven Umstände im Bereich von 16 Monaten festzusetzen.

2.3.2 Auf die weitgehend zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur subjektiven Tatschwere kann vorab verwiesen werden (Urk. 31 S. 7; Art. 82 Abs. 2 StGB). Der Beschuldigte hat beim Kauf der Mobiltelefone nicht gewusst, dass diese gestohlen worden waren. Er nahm das aufgrund des besonders vorteilhaften Angebotes bloss an (Urk. 2/2 S. 9), der klassische Fall eines Eventualvorsatzes. Der Beschuldigte handelte aus rein finanziellen Motiven. Letzteres ist entgegen der Verteidigung nicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen (Urk. 18 S. 4 N 13). Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich der Beschuldigte während des Tatzeitpunkts in einer finanziellen Notlage befunden haben soll, was von diesem auch nicht geltend gemacht wird (Urk. 17 S. 40).

Das objektive Tatverschulden wird aufgrund der subjektiven Tatschwere ganz leicht relativiert.

2.4 Zum Vorleben des Beschuldigten kann auf die Untersuchungsakten und die Erwägungen in der vorinstanzlichen Entscheidung verwiesen werden (Urk. 2/2-3; Urk. 9/1-8; Urk. 31 S. 8; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er aktualisierend aus, dass seine Frau ein weiteres Kind erwartet. Er ist bei einer Transportfirma festangestellt und verdient monatlich netto Fr. 3'500.–.

Auch seine Frau ist festangestellt in einem Altersheim und erhält einen Monatslohn von Fr. 4'300.– brutto. Die Familie wohnt weiterhin bei den Eltern des Beschuldigten. Diese sorgen für das Kind, wenn er bzw. seine Frau an der Arbeit sind (Urk. 38 S. 2 ff.). Zu Recht hält die Vorinstanz fest, dass sich aus den persönlichen Verhältnissen und dem Werdegang des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten lassen (Urk. 31 S. 8).

Wie erwähnt erwirkte der Beschuldigte zwei Vorstrafen (Urk. 33). Es handelt sich hierbei nicht um einschlägige Vorstrafen. Der Beschuldigte wurde im Jahre 2002 wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 30 Monaten verurteilt, im Jahre 2003 wegen Verstösse gegen das Strassenverkehrsgesetz zu einer Gefängnisstrafe von 30 Tagen.

Die Rechtslehre hält die Berücksichtigung der Vorstrafen bei der Strafzumessung teilweise für fragwürdig. Für grösste Zurückhaltung bei der Berücksichtigung dieser Strafzumessungstatsache wegen ihrer Ambivalenz spricht sich – neben Stratenwerth (Schweizerisches Strafrecht, AT II, Bern 2006, § 6 N 43 f.) – auch Trechsel aus. Er präzisiert indes, dass das Vorleben des Beschuldigten für die Strafzumessung nicht völlig belanglos sein kann (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, N 20 und 20a zu Art. 63 aStGB). Gemäss gefestigter Rechtsprechung messen die Gerichte dem Umstand, dass der Täter durch Vorstrafen oder nur schon durch frühere Strafverfahren gewarnt worden war, strafe erhöhende Wirkung zu (vgl. dazu auch Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 104 zu Art. 47 StGB). Dabei spielt es für die grundsätzliche Berücksichtigung als Strafzumessungsfaktor auch keine Rolle, ob mit dem früheren Entscheid eine Busse oder eine Freiheitsstrafe ausgefällt worden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6S.26/2002 vom 17. Juli 2002). An dieser Rechtsprechung hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung fest (BGE 121 IV 62, 122 IV 241). Von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen besteht im vorliegenden Verfahren kein Anlass (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006 S. 193 § 6 N 43; Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, NN 100 ff. zu Art. 47 StGB und Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 30 zu

Art. 47 StGB; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18.A., Zürich 2010, N 14 f. zu Art 47 StGB; Entscheid des Bundesgerichtes 6B_390/2009 vom 14. Januar 2010, E. 2.6.2.).

Die Vorstrafen liegen im Vergleich zum Tatzeitpunkt nicht weit zurück. Beide Strafen wurden vollzogen und trotzdem delinquierte der Beschuldigte erneut, was von einiger Renitenz zeugt. Die Vorstrafen sind somit mit der Vorinstanz straf erhöhend zu gewichten.

Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit vgl. dazu Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 22 zu Art. 47 StGB; Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 105 ff. zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 109 Absatz 2 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 107 zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 130 und N 131 zu Art. 47 StGB). Das Bundesgericht hielt in seinen Entscheiden BGE 118 IV 349 und 121 IV 202 dafür, ein positives Nachtatverhalten könne zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (vgl. auch Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 108 zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 131 zu Art. 47 StGB; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18.A., Zürich 2010, N 16 zu Art. 47 StGB).

Damit hat das Bundesgericht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass das Nachtatverhalten des Beschuldigten in jedem Fall einer konkreten Würdigung zu unterziehen ist. Die Sichtweise des Bundesgerichtes zeigt aber auch, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe

hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Zum einen kann das Geständnis (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Zum andern kann das Opfer beziehungsweise die geschädigte Partei durch die Schuldanerkenntnis des Täters bereits eine gewisse immaterielle Genugtuung erfahren.

Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung und Einsicht ins Unrecht der Tat sowie Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren.

Der Beschuldigte legte gleich zu Beginn der polizeilichen Einvernahme ein umfassendes Geständnis ab, dies noch bevor er in Kenntnis darüber gesetzt wurde, weshalb er festgenommen worden war. Beweise mussten ihm gar nicht erst vorgehalten werden (Urk. 2/2 ab S. 6 ff. insbesondere S. 6 Frage 35 und S. 7 Frage 45). Dies vereinfachte und verkürzte das Verfahren erheblich. Der Beschuldigte zeigte sich anlässlich der polizeilichen Einvernahme und vorinstanzlichen Befragung auch einsichtig (Urk. 2/2 S. 9 Frage 60, 67; Urk. 17 S. 4 f.). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung zeigte er sich geständig und beteuerte mehrmals, er bereue seine Taten und werde sich in Zukunft wohl verhalten (Urk. 38 S. 4 f.; Prot. II S. 5). Diese Einsicht manifestiert sich auch darin, dass er sich seit Tatzeitpunkt nichts mehr zu Schulden hat kommen lassen. Es rechtfertigt sich daher, sein Nachtatverhalten ganz erheblich strafreduzierend zu gewichten. Dass seit der Tat sechs Jahre verstrichen sind, verringert entgegen den Ausführungen der Verteidigung die Strafbedürftigkeit des Beschuldigten nicht (Urk. 40 S. 5 RZ 18. Beim zitierten Entscheid des Bundesgerichts liegen zwischen der zu beurteilenden Tat und dem zweitinstanzlichen Urteil knapp zwölf Jahre. Diesem Umstand ist viel eher bei der Entscheidung, ob ein bedingter oder unbedingter Vollzug anzuordnen ist, Rechnung zu tragen (vgl. nachstehend Ziff. 3.3.2).

Die Tatsache, dass der Beschuldigte nunmehr verheiratet und Vater ist, lässt nicht auf eine besondere Strafempfindlichkeit schliessen, zumal keine besonders aussergewöhnlichen Umstände vorliegen (Wiprächtiger in: BSK Strafrecht-I, a.a.O. N 118 zu Art. 47).

Bei den Täterkomponenten überwiegen die positiven Faktoren insgesamt ganz deutlich, weshalb die nach der Tatkomponente festgesetzte Einsatzstrafe aufgrund der Täterkomponenten zu reduzieren ist.

2.5 Ausgehend von einer Einsatzstrafe aufgrund der Tatkomponente von rund 16 Monaten (vgl. vorstehend II. 2.3.1/2.3.2) ist diese Strafe aufgrund der klar strafreduzierenden Wirkung im Bereich der Täterkomponente (vgl. II. 2.4) bei 12 Monaten anzusetzen.

3.

3.1 Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten den bedingten Vollzug der Strafe mit der Begründung, dass er seit dem Tatzeitpunkt der heute zu beurteilenden Tat strafrechtlich nicht mehr in Erscheinung getreten sei. Zudem verfüge er über einen guten Leumundsbericht, was insgesamt für das Vorliegen besonders günstiger Umstände sprechen würde (Urk. 31 S. 10).

3.2 Die Anklagebehörde beantragt den Vollzug der Freiheitsstrafe. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz würden keine besonders günstigen Umstände vorliegen. Solche seien nicht ersichtlich, insbesondere gäbe es keine positiven Veränderung der Lebensumstände des Beschuldigten (Urk. 32; Urk. 39 S. 4 ff.).

3.3 Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB sind vorliegend erfüllt, zumal heute eine Freiheitsstrafe in Höhe von 12 Monaten auszusprechen ist. Die Vorinstanz hat sodann richtig gesehen, dass ein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegt, wurde doch der Beschuldigte – wie vorstehend ausgeführt – mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Mai 2002 mit 30 Monaten Freiheitsstrafe belegt (Urk. 33).

3.3.1 Eine Besonderheit in der Prognosebildung gilt für den Fall, dass der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden ist (Art. 42 Abs. 2 StGB). Liegt ein Rückfall im Sinne dieser Bestimmung vor, ist der Aufschieb nur zulässig, "wenn besonders günstige Umstände vorliegen". Darunter sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert (Botschaft, S. 2050). 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 (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 42 S. 141). 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 werden (ähnlich: Georges Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2006, S. 101). 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 (Botschaft, S. 2050; Greiner, a.a.O., S. 101; Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141). Jedenfalls ist bei eindeutig günstiger Prognose der Strafaufschieb stets zu gewähren (vgl. Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141).

Die Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 StGB stellt klar, dass der Rückfall für sich genommen den bedingten Strafvollzug nicht auszuschliessen vermag, im Gegensatz zum früheren Recht (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB). Danach war der Aufschieb unzulässig, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst hat. Die neue Regelung begünstigt den

bedingten Strafvollzug damit in zweifacher Hinsicht. Zum einen ist das Strafmass, das gegen eine günstige Prognose spricht, praktisch verdoppelt worden (auf sechs Monate). Zum anderen stellt selbst die Verurteilung von dieser Tragweite keinen objektiven Ausschlussgrund mehr dar, sondern ist in jedem Fall in die Prognosebildung miteinzubeziehen (Stratenwerth, a.a.O., § 5 Rz. 40 ff. S. 140 f.; zu den eher theoretischen Verschärfungen: Greiner, a.a.O., S. 100 f.; Entscheid des Bundesgerichts 6B_103/2007 vom 12.11.2007, Erw. 4.2.3. = BGE 134 IV 6 ff.).

Im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 StGB kommt ein teilbedingter Strafvollzug nicht in Betracht. Liegen besonders günstige Umstände vor, führt dies zum vollumfänglichen Strafaufschub. Andernfalls ist die Strafe in voller Länge zu vollziehen (Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O. N 20 zu Art. 42, Bundesgerichtsentscheid vom 19.05.2009, 6B_492/2008 E. 3.1.3).

3.3.2 Der Beschuldigte wurde am 28. Mai 2002, mithin rund dreieinhalb Jahre vor Begehung der heute zu beurteilenden Tat zu 30 Monaten Gefängnis verurteilt. Am 16. Juli 2003 wurde er zu 30 Tagen Gefängnis verurteilt. Es handelt sich hier grundsätzlich nicht um einschlägige Vorstrafen, wobei sich durchaus Parallelen finden lassen. Bei seiner ersten Verurteilung ging es um den Transport illegaler Ware vom Ausland in die Schweiz (Kokain; vgl. Bezugsakten Unt. Nr. DG020142; Urk. 14 [Anklageschrift]). Heute wird er wegen des Kaufs von Hehlerware verurteilt, welche er ins Ausland schmuggeln wollte. Beide Male handelte er finanziell motiviert. Bei der Prognosestellung sind nun aber auch die persönlichen Verhältnisse im heutigen Zeitpunkt zu berücksichtigen (Entscheid des Bundesgerichts vom 24. März 2009, 6B_1017/2008, E. 5.2 mit Verweis auf BGE 128 IV 193 E. 3/a S. 199). Seit der Tatbegehung, folglich seit mehr als sechs Jahren, hat sich der Beschuldigte wohl verhalten: Er wurde nicht mehr straffällig (Urk. 33) und auch seinem Leumund ist nichts zu entnehmen, was ihm negativ anzulasten wäre (Urk. 9/8). Entgegen den Ausführungen der Anklagebehörde haben sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zum Positiven verändert. Er ist zwischenzeitlich Vater geworden und seit 2006 mit der Mutter des nun vier Jahre alten Sohnes verheiratet (Urk. 17 S. 3; Urk. 9/1 S. 2). Wie bereits erwähnt, erwar-

tet seine Frau das zweite Kind. Zudem ist er seit dem 1. August 2011 Festangestellter bei der E._____ GmbH und verdient monatlich netto Fr. 3'500.-. Vor dieser Festanstellung wurde der Beschuldigte jeweils an verschiedene Firmen temporär vermittelt (Urk. 9/2 S. 3; Urk. 18 S.6 f. N 23-26; Urk. 38 S. 3). Auch seine Ehefrau hat nach absolviertem Praktikum eine Festanstellung in einem Altersheim erhalten (Urk. 17 S. 3; Urk. 38 S. 3).

3.4 Würdigt man sämtliche obgenannten massgebenden Faktoren ist festzuhalten, dass trotz der Vortat(-en) insbesondere aufgrund seines Wohlverhaltens und der Festanstellung begründete Aussicht auf Bewährung besteht, weshalb der Vollzug der 12 Monate Freiheitsstrafe bedingt auszusprechen ist. Um den verbleibenden Bedenken genügend Rechnung zu tragen, ist die vor Vorinstanz ausgesprochene Probezeit von vier Jahren zu bestätigen.

III. Kosten

1. Die Kosten der Berufungsverfahrens sind auf Fr. 2'500.- zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts, LS. 211.11).

2.1 Im Berufungsverfahren unterliegt die Anklagebehörde mit ihrem Antrag hinsichtlich des Vollzugs, obsiegt indes in der beantragten Strafhöhe (Art. 428 Abs. 1 StPO). Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten zu einer Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die andere Hälfte ist auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.2 Wie bereits vor Vorinstanz sind indes die Kosten der amtlichen Verteidigung dem Beschuldigten nicht aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht im Umfang der Hälfte dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abt. - Einzelgericht, vom 1. September 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

“Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.
 2. (...)
 3. (...)
 4. Die Privatklägerin B._____ AG, ... [Adresse], wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
 5. Das Genugtuungsbegehren der Privatklägerin B._____ AG, ... [Adresse], wird abgewiesen.
 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr.	1'000.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	720.--	Kosten der Kantonspolizei
Fr.	1'800.--	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.		Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	2'700.--	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO.
 8. (Mitteilung)
 9. (Rechtsmittel)“
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu Hälfte dem Beschuldigten auferlegt. Die andere Hälfte wird auf die Gerichtskasse genommen.
Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht im Umfang der Hälfte dieser Kosten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.**
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

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
I. Strafkammer

Zürich, 7. Mai 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Semadeni