

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120259-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und Ersatzoberrichter lic. iur. Gut sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 12. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
14. Februar 2012 (DG110123)**

Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 6. Dezember 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB
 - der gewerbsmässigen Hehlerei i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB
 - der mehrfachen Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 Abs. 1 StGB
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs i.S.v. Art. 186 StGB
 - der Hinderung einer Amtshandlung i.S.v. Art. 286 StGB
 - des mehrfachen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern i.S.v. Art. 97 Ziff 1 Abs. 1 und Abs. 7 SVG
 - des mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug i.S.v. Art. 95 Ziff. 2 SVG
 - des mehrfachen Fahrens ohne Fahrzeugausweis i.S.v. Art. 96 Ziff. 2 SVG
 - der Verletzung der Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Ziff. 1 SVG i.V.m. Art. 27 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV
 - der mehrfachen rechtswidrigen Einreise sowie des rechtswidrigen Aufenthaltes i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG und Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen vom Vorwurf der Hehlerei gemäss ND 18 und ND 33C.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 40 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 270 Tage bis und mit heute durch vorläufige Festnahme, Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind) sowie mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 100.–.

4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Geldstrafe und die Busse sind vollumfänglich innert der von der Vollzugsbehörde anzusetzenden Frist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tagen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 6. Dezember 2011 beschlagnahmten Gegenstände (Identitätskarte [des Staates B._____] Nr. ..., Niederlassungsbewilligung Schweiz/Zürich Nr. ... und Führerausweis Schweiz Nr. ...) werden eingezogen und dem Forensischen Institut Zürich, ... [Adresse], zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin 1 (C.____ AG) Schadenersatz von Fr. 31'467.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Zivilforderung abgewiesen.
8. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Zivilforderung des Privatklägers 2 (D.____) im Umfang von Fr. 100.– anerkannt hat.
9. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Zivilforderung des Privatklägers 3 (E.____) im Umfang von Fr. 154.90 zuzüglich 5% Zins ab 16. April 2011 anerkannt hat.
10. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Zivilforderung der Privatklägerin 4 (F.____, G.____) im Umfang von Fr. 324.60 zuzüglich 5% Zins ab 18. Mai 2011 anerkannt hat.
11. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin 5 (C.____ AG) wird auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 4'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 2'240.– Kosten KAPO
- Fr. 7'258.85 Auslagen Vorverfahren
- Fr. 14'826.55 amtl. Verteidigungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 42 S. 2)

1. Der Berufungskläger sei mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von maximal 32 Monaten zu bestrafen.
2. Die in Untersuchungshaft resp. im vorzeitigen Strafvollzug verbrachte Haftzeit sei an die hier auszufällende Freiheitsstrafe vollumfänglich anzurechnen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer).

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(schriftlich, Urk. 47)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessverlauf

1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

Am 21. Mai 2011 wurde der wegen Diebstahlverdachts zur Fahndung ausgeschriebene Beschuldigte im Rahmen einer Verkehrskontrolle verhaftet (Urk. 1 S. 3). In der Folge wurde abgeklärt, ob der Beschuldigte bei zahlreichen ungeklärten Vermögensdelikten als Täter in Frage kommt (Urk. 1 S. 8 - 9). Am 6. Dezember 2011 wurde Anklage beim Gericht erhoben (Urk. 22). Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten mit Ausnahme zweier Vorwürfe betreffend Hehlerei anklagegemäss schuldig (Urk. 40). Das vorinstanzliche Urteil wurde am 14. Februar 2012 anlässlich der Hauptverhandlung mündlich eröffnet und im Dispositiv schriftlich übergeben (Urk. 33, Prot. I S. 4 und S. 9 ff.).

2. Berufungsverfahren

2.1. Am 17. Februar 2012 (Poststempel 16. Februar 2012) meldete der amtliche Verteidiger innert der Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO Berufung an (Urk. 34). Am 11. Mai 2012 wurde dem amtlichen Verteidiger das begründete Urteil zugestellt (Urk. 37 bzw. 40 und Urk. 38). Die Akten gingen beim Obergericht am 25. Mai 2012 ein. Am 29. Mai 2012 (Poststempel 25. Mai 2012) reichte der amtliche Verteidiger rechtzeitig innert der 20-tägigen Frist gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung ein (Urk. 42). Es wurden keine Anschlussberufungen erhoben (Urk. 45).

2.2. Die Berufungsverhandlung fand am 12. Oktober 2012 statt (Prot. II S. 3 ff.). Das Urteil wurde gleichentags mündlich eröffnet (Prot. II S. 8).

II. Berufungsbegründungen und Teilrechtskraft

1. Berufungsbegründung des amtlichen Verteidigers

Der amtliche Verteidiger rügt die von der Vorinstanz ausgesprochene Höhe der Freiheitsstrafe und verlangt eine Reduktion von 40 auf 32 Monate (Urk. 42 S. 1 f.). Die Geldstrafe und Busse wurde akzeptiert (Urk. 42 S. 3). Die Sanktion ist allerdings stets gesamthaft zu beurteilen.

2. Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 47).

3. Teilrechtskraft

Es ist deshalb festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich des Schuldspruchs (Ziff. 1), des teilweisen Freispruchs (Ziff. 2), der Einziehung (Ziff. 6), der Zivilforderungen (Ziff. 7 - 11) sowie der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Ziff. 12 und 13) rechtskräftig geworden ist (Art. 402 StPO).

III. Strafzumessung

1. Allgemeine Hinweise

1.1. Um Wiederholungen zu vermeiden wird nachfolgend, soweit nichts anderes erwähnt, auf die entsprechenden zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen.

1.2. Der Verteidiger führt aus, die Vorinstanz habe das beantragte Strafmass wegen des teilweisen Freispruchs um zwei Monate reduziert (Urk. 42 S. 3 Rz 4). Diese Strafe sei wegen unvollständiger Strafzumessung nochmals zu reduzieren. Die Berufungsinstanz ist jedoch weder an die von der Staatsanwaltschaft beantragte Höhe einer Strafe noch an das vorinstanzliche Urteil gebunden, abgesehen

vom Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO). Allgemein ergibt sich deshalb auch nicht zwingend eine Strafreduktion, wenn eine Vorinstanz einen Straf-minderungsgrund nicht berücksichtigt hat.

2. Strafrahmen

2.1. Oberer Strafrahmen

Die Vorinstanz hat den Strafrahmen abgesteckt, indem sie vom ordentlichen Strafrahmen des gewerbsmässigen Diebstahls, Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren, ausgegangen ist und diesen gestützt auf den Wortlaut von Art. 49 StGB um die Hälfte auf 15 Jahre erhöht hat (Urk. 40 S. 18 Ziff. 2.3.). Diese Vorgehensweise wurde vom Bundesgericht verworfen. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens anzusetzen und dieser ist nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu verlassen (BGE 136 IV 63).

Diese höchstrichterliche Rechtsprechung gilt inzwischen als gefestigt, auch wenn sie in der Literatur nicht nur Zustimmung fand. Immerhin wird aber auch in der Literatur anerkannt, dass eine automatische Erhöhung um die Hälfte, wie es der Wortlaut von Art. 49 Abs.1 StGB nahelegt, nicht generell zutreffend sein kann. So kann beispielsweise ein Delikt, welches eine Maximalstrafe von drei Jahren vorsieht, den Strafrahmen eines Einsatzdeliktes mit zehn Jahren nicht um die Hälfte, d.h. fünf Jahre erhöhen, sondern nur höchstens um drei Jahre (sogenannte Sperrwirkung der Kumulation, vgl. Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2007, S. 86).

Vorliegend ist deshalb im Einklang mit dem Bundesgericht für die mit gleicher Straftat bedrohten Delikte (gewerbsmässigen Diebstahl und Hehlerei, von einem oberen Strafrahmen von 10 Jahren Freiheitsstrafe auszugehen. Es liegen keine besonders gravierende Umstände vor, welche eine Strafe in diesem Bereich als unangemessen erscheinen liessen.

2.2. Unterer Strafrahmen

Dieselbe Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt auch für den unteren Strafrahmen, insbesondere bei Vorliegen von Strafmilderungsgründen (BGE 136 IV 63).

Auf die Rüge des amtlichen Verteidigers hinsichtlich der Verneinung eines Straf-
milderungsgrundes durch die Vorinstanz ist deshalb nicht an dieser Stelle, son-
dern bei der konkreten Strafzumessung einzugehen (Urk. 42 S. 3 f.).

Gemäss Vorinstanz liegt der untere Strafrahmen aufgrund von Art. 139 Ziff. 2
StGB bzw. Art. 160 Ziff. 2 StGB bei 90 Tagessätzen Geldstrafe. Wegen der De-
liktsmehrheit wäre formal korrekter von 91 Tagessätzen oder von mehr als 90 Ta-
gessätzen zu sprechen. Dies erscheint allerdings angesichts der minimalen Diffe-
renz und des weiten Strafrahmens von rund 10 Jahren ohne relevanten Einfluss
auf die letztendlich auszusprechende Strafe, weshalb die Vereinfachung der Vo-
rinstantz nicht zu bemängeln ist.

2.3. Ausgangsdelikt für die Einsatzstrafe

Herrschende Literatur und Rechtsprechung gehen bei der Festlegung des Straf-
rahmens von der abstrakten Strafandrohung eines Deliktes aus (BGE 116 IV 304;
Treichsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar,
Zürich / St. Gallen 2008, N 8 zu Art. 49 mit angegebenen Quellen). Dies erscheint
im Lichte von Art. 49 Abs. 1 StGB unumgänglich, führt aber methodisch teilweise
zu fraglichen Resultaten, insbesondere wenn das Delikt mit der höchsten gesetz-
lichen Strafandrohung weitaus leichter wiegt als jenes mit der tieferen. Zumindest
bei Konkurrenz von Delikten mit gleich hohen gesetzlichen Strafandrohungen
scheint das Abstellen auf die konkrete Schwere der Delikte aber mit Art. 49 StGB
vereinbar. Der Vorinstanz ist deshalb beizupflichten, dass vorliegend für die Ein-
satzstrafe sinnvollerweise vom gewerbsmässigen Diebstahl als faktisch schwer-
wiegendste Tat auszugehen ist (Urk. 40 S. 17). Da die Gewerbsmässigkeit defini-
tionsgemäss eine Tatmehrheit voraussetzt, sind alle Diebstähle zusammen zu be-
trachten.

3. Tatkomponenten

3.1. Objektive Tatschwere

Die Schwere eines konkreten Deliktes bildet den Ausgangspunkt und die Grundla-
ge für die Bemessung der Schuld (BSK StGB I-Wiprächtiger, N 66 zu Art. 47). In-

sofern kommt dem Deliktsbetrag (wie auch der Drogenmenge bei Betäubungsmitteldelikten) oft eine wichtige oder sogar vorrangige Rolle zu, denn der Deliktsbetrag quantifiziert das Ausmass des Erfolgs einer Straftat. Das Bundesgericht lehnt beim Strafzumessungsfaktor des Deliktsbetrags oder auch der Betäubungsmittelmenge zwar die Verwendung des Wortes "vorrangig" ab (BGE 121 IV 202; Entscheidung des BGer vom 19. Juni 2002, 6S.170/2000). Dies ist aber mehr im Sinne der Ablehnung einer allgemeingültigen, stur schematischen Strafzumessung mit einer strikten Rangordnung zu verstehen. Dass im Einzelfall der Deliktsbetrag der wichtigste und deshalb auch der vorrangige Strafzumessungsgrund bildet, lässt sich umgekehrt nicht ausschliessen. Denselben Gedanken brachten der Gesetzgeber und die Rechtsprechung im Übrigen auch durch die Sonderbestimmung von Art. 172ter StGB über geringfügige Vermögensdelikte zum Ausdruck (BGE 121 IV 268 und 123 IV 119).

Vorliegend hat der Beschuldigte innerhalb von rund 10 Monaten zwei Einbruchdiebstähle, drei Autodiebstähle und acht Benzindiebstähle begangen. Der dabei erzielte Deliktsbetrag von über Fr. 160'000.-- ist als hoch zu bezeichnen. Dies liegt beispielsweise weit über dem durchschnittlichen Jahreseinkommen eines Arbeitnehmers in der Schweiz. Diese Höhe ist denn auch nicht zufällig, denn die gestohlenen Autos der gehobenen Klasse wurden bewusst ausgesucht. Das Verschulden kann unter diesem Aspekt nicht mehr im unteren Bereich angesiedelt werden.

Bei Mittäterschaft ist für das Verschulden von wichtiger Bedeutung, welche Rolle und Stellung der Beschuldigte innerhalb der Gruppe einnahm, da dies Rückschlüsse auf die kriminelle Energie zulässt. Die Vorinstanz hat diesbezüglich richtig festgehalten, dass dem Beschuldigten, auch mangels Ermittlung und Verhaftung von Mittätern, keine Führungsposition nachgewiesen werden kann (Urk. 40 S. 21). Immerhin leistete er ganz wesentliche Tatbeiträge, welche eine blosser Gehilfenschaft ganz klar übersteigen: Er war Chauffeur und ihm wurde Diebesgut zur Aufbewahrung und Verbringung ins Ausland unmittelbar nach den Einbrüchen bzw. Wegnahmen übergeben (Urk. 40 S. 21). Allein aus diesem Grund ist zumindest von einem erheblichen Verschulden zu sprechen.

Zu Lasten des Beschuldigten wiegt der internationale Kontext: Die Fahrzeuge wurden aus dem Ausland "bestellt" und/oder vom Beschuldigten dorthin verbracht bzw. sollten dorthin gefahren werden (Urk. 29 S. 5). Solche kriminellen Netzwerke nützen die Schwierigkeiten von grenzüberschreitenden Ermittlungen und Strafverfolgungen aus und haben deshalb eine erhöhte Gefährlichkeit.

Die Rüge des Verteidigers, die Vorinstanz habe den Gewahrsamsbruch fremden Vermögens als strafehörend gewertet, obschon er tatimmanent sei, ist nicht stichhaltig (Urk. 42 S. 4; Urk. 40 S. 20). Die Vorinstanz hat vielmehr sinngemäss festgehalten, dass ein Einbruchdiebstahl ein höheres Mass an krimineller Energie verlangt als wenn das Deliktsgut offen vor dem Täter liegt, indem auch eine gewisse Vorbereitung und Planung nötig war (Urk. 40 S. 20 f.). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der genannte Umstand beim Einbruchdiebstahl nicht doppelt strafehörend gewertet werden darf, d.h. einmal beim Diebstahl und einmal bei der Sachbeschädigung und dem Hausfriedensbruch.

Die Verteidigung macht geltend, die Vorinstanz habe den Umstand, dass der Beschuldigte in Geschäftsräume eingedrungen sei, in welchen sich zur Tatzeit keine Personen aufgehalten haben, falsch gewertet (Urk. 40 S. 21). Der Beschuldigte sei bei der Wahl der Einbruchobjekte vom Gedanken motiviert gewesen, allfällige anwesende Personen nicht in Gefahr oder in traumatisierende Situationen zu bringen, was strafmindernd zu berücksichtigen sei (Urk. 42 S. 4 Rz 8). Solche altruistischen Motive wurden vom Beschuldigten in der Untersuchung nie vorgebracht. Zudem ist dieser Standpunkt lebensfremd. Es ist gerichtsnotorisch, dass Täter bei Einbrüchen aus reinem Eigennutz einer Konfrontation mit Tatzeugen aus dem Weg gehen. Weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung findet zudem die Auffassung der Verteidigung eine Stütze, wonach dem Täter strafmindernd zu Gute komme, wenn der Geschädigte diebstahlversichert ist, weil dann der Schaden geringer ausfalle (Urk. 42 S. 4). Zum einen ist Versicherungsdeckung keine Frage der Schadenshöhe, sondern der Person des Ersatzpflichtigen; zum andern gewährt das Gesetz einer Versicherung denselben Schutz wie einer Privatperson. Abgesehen davon wäre ohnehin zu bezweifeln, dass Geschäfte weit weniger oft diebstahlversichert seien als Privathaushalte. Schliesslich geht auch diesbezüg-

lich aus keiner Einvernahme des Beschuldigten hervor, dass ihm bei den Einbrüchen Schadensminimierung ein Anliegen gewesen sei.

Bei den Benzin- bzw. Treibstoffdiebstählen wurde der Beschuldigte jeweils von Kameras der Tankstellen fotografiert oder gefilmt, weshalb die Vorinstanz sein Vorgehen im Zusammenhang mit der Häufigkeit der Delikte als dreist bezeichnete (Urk. 40 S. 21). Der Verteidiger rügt, dieses Verhalten sei nicht dreist, sondern unbedacht bzw. dumm gewesen. Dass der Beschuldigte keine Vorkehrungen getroffen habe, sein Gesicht zu verdecken, belege, dass er nicht von starker krimineller Energie getrieben worden sei (Urk. 42 S. 5 Rz 9; Prot. II S. 5). Der Beschuldigte besuchte die Primar- und Realschule und schloss eine Lehre als Automonteur ab (Urk. 6 S. 1-3; Urk. 50 S. 2). Von verminderten intellektuellen Fähigkeiten, welche auf blosse Dummheit beim Vorgehen schliessen liessen, kann deshalb nicht ausgegangen werden. Aufgrund der grösseren Anzahl von Delikten und der einschlägigen Vorstrafen fällt auch eine momentane Unüberlegtheit oder Unbedachtheit ausser Betracht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist das Vorgehen des Täters unter Berücksichtigung aller Umstände sehr wohl als dreist zu bezeichnen. Er war mehrfach vorbestraft, zwischenzeitlich sogar einmal verhaftet worden und aus der Haft geflüchtet, weshalb er wusste, dass er polizeilich gesucht wurde. Er wusste, dass er sich illegal in der Schweiz aufhielt und er ging regelmässig in der Region Zürich Benzin tanken in der Absicht, nicht zu bezahlen, teilweise mehrfach an derselben Tankstelle trotz der Tatsache, dass diese Orte mit Video überwacht wurden (Urk. 50 S. 4). Dies tat er jeweils mit gestohlenen Fahrzeugen bzw. Kennzeichen, nach welchen erfahrungsgemäss gefahndet wird. Wer so in aller Öffentlichkeit unter den Augen potentieller Zeugen delinquierte, zeigt eine grosse Gleichgültigkeit hinsichtlich der Strafbarkeit und vor allem des Risikos, erwischt zu werden.

3.2. Subjektive Tatschwere

Der Verteidigung zuzustimmen ist, dass direkter Vorsatz nicht als Straferhöhungsgrund gilt, wie dies die Vorinstanz festhielt (Urk. 42 S. 5 Rz 11; Urk. 40 S. 22). Es wäre allenfalls umgekehrt, dass Eventualvorsatz das Tatverschulden milder erscheinen lassen kann. Zu Recht führt die Verteidigung auch ins Feld,

dass beim gewerbsmässigen Diebstahl eine fahrlässige oder eventualvorsätzliche Begehung ohnehin ausgeschlossen ist. Gegen das blosser Erwähnen der Vorsatzform im vorinstanzlichen Urteil ist allerdings nichts einzuwenden. Die Vorsatzart muss sogar aus der Begründung des Entscheids hervorgehen.

Vollumfänglich zuzustimmen ist demgegenüber der Ansicht des Bezirksgerichts, wonach der Beschuldigte aus rein finanziellen Motiven gehandelt habe, wobei dies beim gewerbsmässigen Diebstahl ohnehin fast ausnahmslos die Regel und deshalb für die Strafzumessung wenig relevant ist (Urk. 42 S. 5 Rz 12; Urk. 40 S. 22). Finanzielle Motive schliessen entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht aus, dass der Täter das Geld zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes benötigt (Urk. 42 S. 5 Rz 12). Abgesehen davon mag es zutreffend sein, dass es für den Beschuldigten nach seiner Rückkehr nach B._____ [Staat in Europa] schwierig war, eine recht bezahlte Arbeitsstelle zu finden. Es ist allerdings allgemein bekannt, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse in B._____ [Staat in Europa] nicht derart schlecht sind wie in ganz armen Ländern der dritten Welt. Existenzielle Not kann nur in jenen Fällen strafmindernd ins Gewicht fallen, wo Leben und Gesundheit in Gefahr waren, was beim Beschuldigten nicht der Fall war.

3.3. Verschulden

Das Tatverschulden beim gewerbsmässigen Diebstahl ist deshalb insgesamt als erheblich bis mittelschwer zu qualifizieren, weshalb eine Strafe im Bereich von 24 Monaten als angemessen erscheint. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass schweres Verschulden eine Strafe im oberen Drittel des gesetzlichen Strafrahmens indiziert, mittleres Verschulden im mittleren Drittel und leichtes im unteren Drittel. Selbstverständlich besagt dies nur etwas zur Korrelation des Verschuldens zur Strafhöhe und vermag nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei der Verschuldensbewertung ein grosses richterliches Ermessen besteht, welches allerdings im Rahmen eines Vergleichs von Strafurteilen weitgehend objektiviert werden kann.

Auch der Verteidiger anerkennt ein mittelmässiges Verschulden, wobei unklar ist, ob damit dasselbe wie mittelschwer gemeint ist (Urk. 42 S. 5 Rz 9). In Relation

zum Strafraum wäre jedenfalls eine Strafe von 14 Monaten, wie vom Verteidiger als unterer Rahmen vorgebracht, nur bei leichtem Verschulden adäquat.

4. Täterkomponenten

Nicht gefolgt werden kann der Verteidigung, dass die Schulden in der Höhe von € 7'000.-- strafmindernd anzurechnen seien (Urk. 42 S. 6 Rz 14). Viele Leute haben Schulden, werden deshalb aber noch lange nicht straffällig. Das zeigt, dass nicht von einem besonderen psychischen Druck gesprochen werden kann, der ein gesetzmässiges Verhalten schwierig macht. Es war im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass der Beschuldigte diese Schulden einmal durch legale Mittel hätte tilgen können. Abgesehen davon hat es der Beschuldigte selbst zu vertreten, wenn er aufgrund seiner früher begangenen Straftaten die Schweiz verlassen musste und sein damaliges gutes Einkommen verlor (Prot. I S. 2; Urk. 42 S. 5 Rz 12).

Die Vorinstanz hat richtig beurteilt, dass Lebenslauf und Werdegang sowie die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten weder strafmindernd noch strafe erhöhend ins Gewicht fallen (Urk. 40 S. 24 f.). Es kann auf jene Erwägungen verwiesen werden. Auch den Aussagen des Beschuldigten zu seinen persönlichen Verhältnissen anlässlich der Berufungsverhandlung ist nichts Strafzumessungsrelevantes zu entnehmen. Ergänzend zu den Angaben, welche er bei der Vorinstanz machte, gab er an, er sei von B. _____ [Staat in Europa] in die Schweiz gekommen, als er die 3. oder 4. Primarklasse besucht habe. Nach dem Lehrabschluss als Automonteur, habe er während eines Jahres im Lehrbetrieb gearbeitet, danach eine sechsmonatige Ausbildung als Möbelschreiner gemacht und hernach bis 2003 als Hauswart gearbeitet. Zwischen 2003 und 2004 sei er verhaftet worden und habe eine Strafe verbüßen müssen, weshalb er seit 2003 keine Arbeitsstelle mehr inne gehabt habe (Urk. 50 S. 2 f.). Nicht zugestimmt werden kann der Verteidigung beim Standpunkt, es sei strafmindernd zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte beruflich in einer Position gelandet sei, für die er überqualifiziert gewesen sei (Urk. 42 S. 6 Rz 16). Solche Widrigkeiten im beruflichen Leben führen nicht dazu, dass es unzumutbar oder schwer wäre, nicht kriminell zu werden.

Ganz erheblich straf erhöhend wirken sich die vier zum Teil einschlägigen Vorstrafen aus, was die Verteidigung in ihrer Berufungsbegründung geflissentlich unerwähnt lässt (Urk. 42 S. 6 f.; Urk. 44/2). Weder eine verbüsste 10-monatige Gefängnisstrafe aus dem Jahre 2002 wegen Diebstahls und anderer Delikte noch die vom Obergericht des Kantons Zürich am 6. Juni 2008 ausgefallte und verbüsste Freiheitsstrafe von 3 Jahren wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls und anderer Delikte (als Gesamtstrafe mit zwei früheren Verurteilungen), vermochten den Beschuldigten von der Fortsetzung krimineller Handlungen abzuhalten. Nur ein Jahr nach der letzten Entlassung aus dem Strafvollzug am 30. August 2009 wurde der Beschuldigte in unverminderter Intensität wieder straffällig (Urk. HD 18/6; Beizugsakten Justizvollzug; Urk. 44/2). Unter Berücksichtigung dieser Vorstrafen ist deshalb kaum einzusehen, weshalb nun eine mildere Strafe als beim letzten Urteil aus dem Jahre 2008, wie vom Verteidiger beantragt, den Beschuldigten genügend zu beeindrucken vermöchte. Der Beschuldigte muss als uneinsichtig bezeichnet werden. Die Vorstrafen führen zu einer Erhöhung der Einsatzstrafe für das Tatverschulden um mindestens die Hälfte, d.h. auf 36 bis 40 Monate.

Es ist richtig, dass sich der Beschuldigte von Beginn der Untersuchung an geständig zeigte (Urk. 5 S. 2). Immerhin hat er aber jeweils das zugegeben, was ihm vorgehalten und anhand von weiteren Beweismitteln nachgewiesen werden konnte. Insofern war ein Abstreiten ohnehin wenig erfolgversprechend. Von Kooperation kann in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu Recht nicht gesprochen werden, da es der Beschuldigte ablehnte, die Mitbeteiligten bekannt zu geben. Dieser Umstand wirkt sich zwar nicht straf erhöhend aus, umgekehrt gibt es deshalb aber auch keine Strafminderung. Nicht zu folgen ist dem Verteidiger, dass das Anerkennen von Schadenersatzforderungen ein Strafmilderungsgrund gemäss Art. 48 lit. d StGB bilde (Urk. 42 S. 3). Gemäss klarem Wortlaut käme die Bestimmung nur in Betracht, wenn der Schaden nicht bloss anerkannt, sondern bereits ersetzt worden wäre. Abgesehen davon impliziert das Geständnis weitgehend auch das Anerkennen des Schadens. Dass das Geständnis zudem nicht freimütig, dass heisst aus eigenem Antrieb erfolgte, belegt unter anderem auch der Umstand, dass der Beschuldigte anlässlich seiner ersten Verhaftung im Oktober 2010 aus

dem Polizeiposten flüchtete und sich auch der zweiten Verhaftung am 21. Mai 2011 der drohenden Polizeikontrolle durch Flucht zu entziehen versuchte (Urk. 1 S. 2). Insgesamt kann dem Beschuldigten deshalb für das Geständnis, was auch die teilweise Anerkennung von Schadenersatzforderungen beinhaltet, eine Straf-
reduktion von einem Sechstel zugebilligt werden.

5. Einsatzstrafe

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen ergibt sich eine Einsatzstrafe für den gewerbsmässigen Diebstahl von 30 Monaten.

6. Gesamtstrafe

Auch diesbezüglich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 27 f.). Die objektive Tatschwere bei der gewerbsmässigen Hehlerei kann entgegen der Auffassung der Verteidigung bereits aufgrund des grossen Deliktbetrags von rund Fr. 70'000.-- nicht mehr als leicht bezeichnet werden (Urk. 42 S. 8).

Die Sachbeschädigungen und Hausfriedensbrüche bei zwei Einbrüchen wiegen im Gesamtkontext gering (Urk. 40 S. 28). Mit der Bewertung "äusserst geringfügig" bagatellisiert die Verteidigung diese Delikte aber zu stark; immerhin entstand ein Sachschaden von ca. Fr. 2'000.-- und sind die Täter in abgeschlossene Räume zwecks Diebstahl eingedrungen (Urk. 42 S. 8 Rz 23). Mangelnder Respekt vor fremdem Eigentum ist allerdings auch hier tatimmanent und deshalb für die Verschuldensbemessung irrelevant.

Dass es sich bei den mehrfachen Verstössen gegen das Ausländergesetz und das Strassenverkehrsgesetz um opferlose Vergehen handelt, ist entgegen dem Vorbringen der Verteidigung für die Strafzumessung ohne Bedeutung (Urk. 42 S. 8 Rz 23). Der Gesetzgeber hat dies berücksichtigt und trotzdem einen oberen Strafraum von einem bzw. drei Jahren vorgesehen. Allein die sechsmalige Wegnahme von fremden Kontrollschildern und deren Verwendung an gestohlenen Fahrzeugen muss mit einer mehrmonatigen Strafe geahndet werden, zeugt die Regelmässigkeit des Vorgehens doch von erheblicher krimineller Energie. Zu

Recht hat die Vorinstanz auch das Verschulden hinsichtlich der mehrfachen Missachtung der Einreisesperre als verschuldensmässig erheblich bezeichnet (Urk. 40 S. 29). Der Beschuldigte hat nicht bloss irgendwelche allgemeinen formellen Vorschriften bezüglich nötiger Einreisedokumente verletzt, sondern sich ganz bewusst um eine ihm persönlich eröffnete Einreisesperre foutiert.

Zu den Täterkomponenten gelten die Ausführungen zum gewerbsmässigen Diebstahl bzw. jene der Vorinstanz (Urk. 40 S. 24 und 30). Wiederum sind die zum Teil einschlägigen Vorstrafen wesentlich strafehöhend zu berücksichtigen.

Insgesamt erscheint für diese Delikte in Anwendung des Strafschärfungsprinzips eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 12 Monate angemessen. Dies liegt auch in der von der Verteidigung anerkannten Grössenordnung von 10 - 16 Monaten (Urk. 42 S. 8 Rz 24). Insgesamt ist deshalb eine Freiheitsstrafe von 42 Monaten dem mittelschweren Verschulden angemessen. Da die Berufungsinstanz allerdings nicht über das Strafmass der Vorinstanz hinausgehen darf, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist, bleibt es bei einer Strafe von 40 Monaten Freiheitsentzug (Art. 391 Abs. 2 StPO).

Anzurechnen sind 510 Tage bereits erstandener Haft. Der Beschuldigte befindet sich seit dem 9. November 2011 im vorzeitigen Strafvollzug (Art. 51 StGB).

7. Mit Geldstrafe zu sanktionierende Delikte

Der Strafrahmen für das Fahren ohne Haftpflichtversicherung gemäss Art. 96 Ziff. 2 SVG reicht von Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Die Vorinstanz befand, für das Fahren ohne Haftpflichtversicherung sei aufgrund leichten Verschuldens eine Geldstrafe von 7 Tagen angemessen (Urk. 40 S. 30 f.). Dabei führte sie aus, der Beschuldigte sei regelmässig und mit verschiedenen Fahrzeugen ohne Haftpflichtversicherung gefahren (Urk. 40 S. 30). Dennoch sei von einer geringen Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit auszugehen, weshalb das Verschulden insgesamt als leicht zu qualifizieren sei. Dieser Begründung kann in zweifacher Hinsicht nicht gefolgt werden. Art. 96 Ziff. 2 SVG dient nicht der Verkehrssicherheit, sondern bezweckt den Schutz von Unfallopfern. So ist es bei-

spielsweise für Schwerverletzte und später invalide Opfer katastrophal, wenn keine Haftpflichtversicherung für den Schaden aufkommt, bloss weil sich der Unfallverursacher nicht um eine solche kümmerte. Das Fahren ohne Haftpflichtversicherung ist deshalb in hohem Masse egoistisch und verwerflich, was der Gesetzgeber auch mit dem Strafrahmen berücksichtigt hat. Andererseits hat das Gericht bezüglich des Sachverhalts von der Anklageschrift auszugehen. Die Staatsanwaltschaft formulierte die Anklageschrift derart, dass lediglich bei der Fahrt am 21. Mai 2011 mit dem ...[Automarke] keine Haftpflichtversicherung bestanden habe (Anklage Urk. 22 S. 14 zu ND 30). Im Endergebnis ist deshalb die ausgesprochene Strafe von 10 Tagen Geldstrafe zusammen mit der Hinderung der Amtshandlung trotzdem angemessen. Es kann auf die übrigen Ausführungen der Vorinstanz in zustimmendem Sinne verwiesen werden (Urk. 40 S. 31 f.).

8. Mit Busse zu sanktionierende Verkehrsregelverletzung

Den vorinstanzlichen Erwägungen kann nichts Wesentliches hinzugefügt werden, weshalb darauf verwiesen wird (Urk. 40 S. 32 f.).

IV. Strafvollzug

Die vorinstanzlichen Erwägungen sind zutreffend, weshalb auch diesbezüglich darauf verwiesen wird (Urk. 40 S. 33 f.). Der Vollzug von höheren als dreijährigen Freiheitsstrafen kann gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB nicht aufgeschoben werden. Die Geldstrafe kann mangels besonders günstiger Umstände, d.h. wegen der einschlägigen früheren Verurteilungen des Beschuldigten, nicht bedingt ausgesprochen werden (Art. 42 Abs. 2 StGB).

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Da der Beschuldigte mit seiner Berufung unterliegt, sind ihm die Kosten aufzuerlegen, mit Ausnahme jener für die amtliche Verteidigung (Art. 428 StPO). Bezüglich letzterer Kosten bleibt eine Nachforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Februar 2012 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 (teilweiser Freispruch), 6 (Einziehung), 7 - 11 (Schadenersatzforderungen) sowie 12 und 13 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 40 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 510 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind) sowie mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 100.–.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Privatkläger 1-5 (unter Hinweis auf Ziffer 1 des Beschlusses)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabernund 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
 - das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Lessingstrasse 33 8090 Zürich (PIN-Nr.: ...)
 - 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

Zürich, 12. Oktober 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard