

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120364-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichtspräsident lic. iur. Naef, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. Glur und Oberrichterin Dr. Janssen sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 19. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **versuchter Diebstahl etc. und Rückversetzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
21. Juni 2012 (DG120019)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 26. März 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 26).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB,
 - des versuchten Hausfriedensbruches im Sinne von Art. 186 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG sowie
 - des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

2. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Bern vom 1. März 2011 für eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten bzw. eine Reststrafe von 8 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit bis 3. Mai 2012 verfügte bedingte Entlassung wird widerrufen. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der Reststrafe rückversetzt.

3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrestes bestraft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten als **Gesamtstrafe**, unter Anrechnung von 78 Tagen (gerechnet vom 22. Dezember 2011 bis und mit 8. März 2012), welche durch Untersuchungshaft erstanden sind.

Es wird vorgemerkt, dass sich der Beschuldigte seit dem 8. März 2012 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

4. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 22. März 2012 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und

der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung überlassen:

- 1 Paar Handschuhe grün, Marke Showa 600,
- 1 Paar Handschuhe blau/grau, Marke Lux,
- 1 Kreuzschraubenzieher, PH1x80,
- 1 Schraubenzieher 4 mm, Basic,
- 1 Schraubenzieher 7 mm, Athlet,
- 1 Schraubenzieher 7 mm, Swiss Tools,
- 1 Schraubenzieher 10 mm, Swiss Tools,
- 1 Schraubenzieher 13 mm, Swiss Tools,
- 1 Pillendose aus rosafarbenem Stein.

5. Die Privatklägerin B. _____ AG wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'660.00 Kosten Kantonspolizei Zürich

Fr. 1'500.00 Gebühr Führung Strafuntersuchung

Fr. 4'524.65 amtliche Verteidigung (Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____)

Fr. _____ Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheides, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 88 S. 1)

- 1.1 Es sei festzustellen, dass der Schuldspruch betreffend des versuchten Diebstahls und Sachbeschädigung bereits rechtskräftig ist.
- 1.2 Der Beschuldigte sei von den Vorwürfen des versuchten Hausfriedensbruchs, der rechtswidrigen Einreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen.
- 1.3 Vom Widerruf der bedingten Entlassung gemäss Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Bern vom 1. März 2011 sei abzusehen.
- 1.4 Der Beschuldigte sei unter Anrechnung der entstandenen Haft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von maximal drei Monaten zu bestrafen.
2. Der Beschuldigte sei per sofort aus dem vorzeitigen Strafvollzug bzw. der Sicherheitshaft zu entlassen.
3. Unter gesetzlicher Folge von Kosten, Entschädigung und Genugtuung.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(schriftlich, Urk. 71)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Am 26. März 2012 erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland Anklage gegen den Beschuldigten wegen versuchtem Diebstahl, Sachbeschädigung, versuchtem Hausfriedensbruch sowie mehrfachem Vergehen gegen das Ausländergesetz (Urk. 26). Am 21. Juni 2012 sprach ihn das Bezirksgericht Winterthur im Anschluss an die Hauptverhandlung dieser Delikte schuldig, ordnete die Rückversetzung in den Strafvollzug an und verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten als Gesamtstrafe (Prot. I S. 5 ff.).
2. Das vorinstanzliche Urteil wurde im Anschluss an die Hauptverhandlung mündlich eröffnet (Prot. I S. 10). Die Verteidigerin meldete mit Eingabe vom 2. Juli 2012 innert der gesetzlichen Frist die Berufung an (Urk. 60). Das begründete Urteil wurde ihr am 14. August 2012 zugestellt (Urk. 65). Die Berufungserklärung vom 3. September 2012 ist damit rechtzeitig erfolgt (Urk. 67). Die Staatsanwaltschaft verlangte mit Eingabe vom 20. September 2012 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 71). Die Privatklägerin, deren Schadenersatzbegehren von der Vorinstanz auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen worden war, liess sich nicht vernehmen. Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt. Der Sohn des Beschuldigten reichte ein als "Bittgesuch" betitelttes Schreiben ein (Urk. 86).
3. Die Verteidigerin beschränkte ihre Berufung auf den Schuldspruch betreffend den Versuch des Hausfriedensbruchs und die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz, auf die Strafzumessung und die Rückversetzung in den Strafvollzug sowie auf die Regelung der Kostenfolgen (Urk. 67 S. 2). Das vorinstanzliche Urteil ist demnach in Bezug auf die Schuldsprüche wegen versuchtem Diebstahl und Sachbeschädigung sowie betreffend die Einziehungen, den Zivilpunkt und die Kostenaufstellung in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. Der heute gestellte Antrag auf sofortige Entlassung aus dem Strafvollzug (Urk. 88 S. 1) wurde zurückgezogen (Prot. II S. 11).

II.

1. Vor Vorinstanz liess der Beschuldigte zahlreiche prozessuale Einwände vortragen (Urk. 54/3 S. 3 ff.), welche von der Vorinstanz allesamt mit zutreffender Begründung verworfen wurden (Urk. 66 S. 4 ff.). Im Berufungsverfahren hält die Verteidigung an diesen Einwänden nicht fest.

2. Sowohl die Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) als auch der Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) sind als Antragsdelikte ausgestaltet. Das Schreiben vom 9. Dezember 2011, mit dem die Staatsanwaltschaft die Privatklägerin zu erklären aufforderte, ob sie einen Strafantrag stelle und sich als Privatklägerschaft am Verfahren beteilige, nennt nur den Tatbestand der Sachbeschädigung (Urk. 19/1). Auch im Polizeirapport vom 21. Oktober 2011, auf den sich die Vorinstanz in diesem Zusammenhang bezieht (Urk. 66 S. 13), wird nur ein Strafantrag betreffend Sachbeschädigung erwähnt (Urk. 1 S. 5). Die Verteidigung wendet nun ein, in Bezug auf den versuchten Hausfriedensbruch liege kein Strafantrag vor (Urk. 88 S. 21 f.; Urk. 54/3 S. 16 f.).

Mit dem Strafantrag gibt der Geschädigte kund, dass er eine Strafverfolgung will. Aus dem Antrag muss das Tatgeschehen hervorgehen, auf den er sich bezieht. Eine rechtliche Würdigung ist nicht erforderlich, und eine unzutreffende juristische Qualifikation macht den Antrag nicht ungültig. Sind hingegen mehrere Antragsdelikte erfüllt, kann der Geschädigte seinen Antrag auf einen Teil davon beschränken (BSK Riedo, Art. 30 StGB N 40 f.).

Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch sind Delikte, die im Zusammenhang mit dem versuchten Einbruchsdiebstahl in der Nacht vom 26. auf den 27. August 2011 bei der Privatklägerin verwirklicht wurden, wie das in dieser Konstellation die Regel ist. Der Umstand, dass die beiden Aktenstellen, an denen ein Strafantrag erwähnt wird, aus diesem Lebenssachverhalt den Tatbestand der Sachbeschädigung herausgreifen, deutet - entgegen der Vorinstanz (Urk. 66 S. 13) - nicht darauf hin, dass die Privatklägerin in Bezug auf alle damit im Zusammenhang stehenden Delikte eine Strafverfolgung auslösen wollte. Wäre eine solche umfas-

sende Wirkung beabsichtigt gewesen, wäre als Betreff viel eher eine allgemeine Bezeichnung wie Einbruch oder etwas Ähnliches zu erwarten gewesen.

Sollten die Ermittlungsbehörden für diese Einschränkung verantwortlich sein, weil sie gegenüber der Geschädigten nur den Tatbestand der Sachbeschädigung erwähnte, wie die Vorinstanz vermutet (Urk. 66 S. 13), kann sich das nicht zulasten des Beschuldigten auswirken. Aus der Perspektive der Privatklägerin macht die Beschränkung auf die Sachbeschädigung zudem durchaus Sinn, da dieser Tatbestand im Unterschied zum Hausfriedensbruch, bei dem es beim Versuch blieb, tatsächlich verwirklicht wurde, was für die Privatklägerin spürbare Folgen hatte (vgl. ihre Schadenersatzforderung, Urk. 19/3), so dass keineswegs feststeht, dass es sich bei dieser Beschränkung um ein Versehen handelte.

In Bezug auf den Vorwurf des versuchten Hausfriedensbruchs fehlt demnach ein Strafantrag, weshalb das Verfahren in Bezug auf diesen Vorwurf einzustellen ist (BSK Riedo, Art. 30 StGB N 71).

3. Unter dem Titel des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz wirft die Anklageschrift dem Beschuldigten vor, dass er mit der Einreise und dem anschliessenden Aufenthalt in der Schweiz gegen eine am 30. Januar 1991 verhängte unbefristete Einreisesperre verstossen habe (Urk. 26 S. 3). Der Beschuldigte behauptet, diese Einreisesperre sei ihm nicht bekannt gewesen, und bestreitet deren Gültigkeit (Urk. 88 S. 23 ff.; Urk. 54/3 S. 17 ff.).

a) Angesichts seiner zahlreichen Verstösse gegen ausländerrechtliche Bestimmungen in den letzten zehn Jahren, über die der aktuelle Strafregisterauszug Auskunft gibt (Urk. 83) und die er nicht in Abrede stellt, kann der Beschuldigte nicht ernsthaft behaupten, die Einreisesperre sei ihm bei seiner letzten Einreise in die Schweiz nicht bekannt gewesen. Ob ihre Eröffnung mangelhaft war, weil ihm die Verfügung vom 30. Januar 1991 (Urk. 6/5 Anhang) nicht übersetzt worden sei, wie er geltend macht (Urk. 54/3 S. 19; Urk. 6/6 S. 4), kann daher offen bleiben.

Der Beschuldigte hat in den polizeilichen Befragungen denn auch nicht bestritten, dass ihm diese Verfügung bekannt war, sondern vielmehr geltend gemacht, er sei

davon ausgegangen, ihre Wirkung sei nach über zwanzig Jahren erloschen (Urk. 6/5 S. 5; ebenso Urk. 6/1 S. 3 A. 23 f.). Diese Argumentation zeigt, dass ihm die Einreisesperre, die vor über zwanzig Jahren erlassen worden war, grundsätzlich bekannt war, und widerlegt den Einwand, er habe sich wegen seiner krankhaften Vergesslichkeit nicht daran erinnern können (Urk. 54/3 S. 19).

Aus einem allfälligen Schweigen der Behörden bei seiner letzten Wegweisung im Mai 2011 durfte der Beschuldigte nicht ableiten, dass die Einreisesperre dahingefallen war. Dass ihm die Berner Behörden eine entsprechende Auskunft erteilten (Urk. 54/1 S. 3), ist unglaublich. Dass er nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug ausgeschafft und nach C._____ [Stadt in einem osteuropäischen Staat] geflogen wurde, wie er selbst berichtete (Urk. 6/1 S. 3 A. 17), zeigte ihm, dass seine Anwesenheit in der Schweiz nicht erwünscht war. Wie die Vorinstanz ausführte, wäre er vor dem Hintergrund seiner bisherigen Erfahrungen gehalten gewesen, sich über eine solche Annahme vor der Einreise zu vergewissern (Urk. 66 S. 16). Seine Darstellung, er sei von einer Befristung ausgegangen, ist unter diesen Umständen als Schutzbehauptung zu betrachten.

Dass er im Gegensatz zu früher mit einem Reisebus über einen normalen Grenzübergang in die Schweiz einreiste, ist entgegen der Verteidigung kein Beleg dafür, dass ihm die Einreisesperre nicht bekannt war (Urk. 54/3 S. 19). Seit dem Wegfall der Visumpflicht (vgl. Urk. 54/1 S. 3) und der Abschaffung der normalen Grenzkontrollen nach dem Beitritt der Schweiz zum Schengenraum hat sich das Risiko, beim ordentlichen Grenzübertritt aus einem anderen Schengenstaat entdeckt zu werden, stark reduziert, so dass es keinen Anlass gab, einen Umweg über die grüne Grenze zu machen. Der Beschuldigte vermochte nicht zu erklären, weshalb eine Änderung des Visa-Regimes für ... Staatsbürger [des Staates D. _____] zum Dahinfallen der gegen ihn erlassenen Einreisesperre führen sollte (Urk. 87 S. 9). Auch dass er sich im Hotel unter einem falschen Namen anmeldete (vgl. Urk. 6/5 S. 2 f. A. 13 ff. und Anhang; Urk. 5 S. 5), deutet auf ein vorhandenes Unrechtsbewusstsein hin. Seine heutige Erklärung - er habe wegen des schlechten Rufs der ... [Staatsangehörige eines anderen osteuropäischen Landes] Nachteile be-

fürchtet (Urk. 87 S. 10) - widerspricht seinen früheren Aussagen und vermag diese Schlussfolgerung nicht zu entkräften.

b) Was die Verteidigung gegen die Gültigkeit der Einreisesperre vorbringt, geht ebenfalls fehl. Art. 13 Abs. 1 aANAG sah eine Höchstdauer der Einreisesperre für Ausländer vor, die sich grobe oder mehrfache Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen und gestützt darauf erlassene behördliche Verfügungen zuschulden kommen liessen. In diese Fallgruppe gehört der Beschuldigte jedoch nicht. Mit "Zuwiderhandlungen gegen (...) andere gesetzliche Bestimmungen" sind nicht Verbrechen und Vergehen gemeint, wie sie der Beschuldigte in der Vergangenheit immer wieder begangen hat und wie sie in der Verfügung vom 30. Januar 1991 (Urk. 6/5 Anhang) erwähnt werden. Wie der Text dieser Verfügung zeigt, gilt er als unerwünschter Ausländer, für den das ANAG keine Befristung der Einreisesperre vorsah.

Die Ablösung des ANAG durch das AuG führt nicht zu einer Anpassung dieser altrechtlichen Einreisesperre an die Bestimmungen des neuen Rechts, welche dieses Instrument nicht mehr vorsehen, sondern diese besteht unverändert fort. Demgegenüber werden die nach Inkrafttreten des AuG erfolgten Verletzungen dieser altrechtlichen Anordnung nach den Strafbestimmungen des neuen Rechts beurteilt. Ein Anwendungsfall von Art. 126 Abs. 4 AuG liegt nicht vor.

c) Der Beschuldigte hat demnach mit seiner Einreise in die Schweiz und seinem anschliessenden Aufenthalt in der Schweiz die gegen ihn nach wie vor bestehende unbefristete Einreisesperre zumindest eventualvorsätzlich verletzt. Er ist daher der mehrfachen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne der Anklage (Verstoss gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG sowie gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) schuldig zu sprechen.

III.

1. Der Beschuldigte ist demnach schuldig des versuchten Diebstahls und der Sachbeschädigung sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz. Da die Strafdrohung in allen diesen Fällen Freiheits- oder Geldstrafe ist,

ist nach Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Der Tatbestand des Diebstahls mit einer Höchststrafe von fünf Jahren bildet als schwerstes Delikt den Ausgangspunkt für die Strafzumessung. Wie die Vorinstanz richtig feststellte, besteht trotz Vorliegens von Strafschärfung- und Strafmilderungsgründen kein Anlass, den ordentlichen Strafraumen zu verlassen (Urk. 66 S. 21 f.).

2. Innerhalb des gesetzlichen Strafraumens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden zu. 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. Neben dem Verschulden werden das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 StGB).

3. Da der Beschuldigte die Delikte des versuchten Diebstahls und der Sachbeschädigung gleichzeitig verwirklichte, ist die Strafzumessung für diese beiden Delikte zusammengefasst abzuhandeln. Der Beschuldigte versuchte erfolglos, sich Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten der Privatklägerin zu verschaffen. Er benutzte verschiedene Werkzeuge und richtete einen erheblichen Sachschaden an. Dass es trotz dieses Aufwands beim Versuch blieb, ist nicht einem Sinneswandel, sondern lediglich den äusseren Umständen und seinem Unvermögen zuzuschreiben, die es ihm nicht erlaubten, ohne Gefährdung seiner Gesundheit in das Gebäude zu gelangen (vgl. Urk. 6/4 S. 2 ff.).

Sein Motiv war finanzieller Natur, wie er selbst einräumt (Urk. 54/1 S. 3; Urk. 6/4 S. 4 A. 20), wobei nicht glaubhaft ist, dass er nur ein paar hundert Franken stehen wollte und nicht mehr genommen hätte, falls mehr zu holen gewesen wäre. Dabei ging es ihm nicht um Bereicherung, sondern um die Linderung seiner materiellen Not. Dass er "besoffen" war, wie er geltend macht (Urk. 6/4 S. 2 A. 5), wirkte sich soweit ersichtlich nicht direkt, sondern lediglich indirekt auf seinen Tatentschluss aus, indem er den Deliktserlös für Alkohol ausgeben wollte (Urk. 54/1 S. 3). Der Alkoholkonsum war somit eher Zweck als Ursache seiner Tat. Ferner ist

denkbar, dass der Alkoholeinfluss zum Scheitern seiner Unternehmung beitrug und sich somit mittelbar auf die objektive Tatschwere auswirkte.

Laut den Angaben der Verteidigung, die sich zwar nicht überprüfen lassen, auf die aber zu seinen Gunsten abzustellen ist, wurde der Beschuldigte als Kind Opfer eines sexuellen Missbrauchs, ev. durch seinen Vater, der Alkoholiker war, und verbrachte einen Teil seiner Kindheit in einer psychiatrischen Klinik (Urk. 54/3 S. 20; vgl. auch Urk. 22/10 S. 3). Ein von der Verteidigung eingereichtes Arztzeugnis vom 7. Juni 2012 (Urk. 53) erwähnt eine depressive Episode und Alkoholismus und verweist auf F32.3 der ICD-10 Klassifizierung psychischer Störungen der WHO, was dort als schwere depressive Episode mit psychotischen Symptomen (Halluzinationen, Wahnideen oder depressiver Stupor) beschrieben wird. Laut einem bereits älteren psychiatrischen Gutachten vom 4. Oktober 1994 sei der Alkoholismus sekundärer Natur und trete auf, wenn der chronische depressive Zustand und der chronische Angstzustand des Beschuldigten nicht medikamentös behandelt würden. In einem Therapiebericht vom 20. Juli 2006 wird eine Amnesie (sogenanntes Korsakow-Syndrom) als Folge des Alkoholismus erwähnt (vgl. dazu Urk. 22/12). Der Entzug im Strafvollzug sei ihm schwer gefallen (Urk. 87 S. 7). Es bedarf keiner neuen Begutachtung um festzustellen, dass die Schuldfähigkeit des Beschuldigten eingeschränkt ist (vgl. Urk. 54/3 S. 23 f.; Urk. 88 S. 28 f.).

Das objektive Tatverschulden wiegt in Bezug auf den versuchten Diebstahl noch leicht, während in Bezug auf die vollendete Sachbeschädigung, mit einem gesetzlichen Strafrahmen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, von einem erheblichen Verschulden auszugehen ist. Unter Berücksichtigung der Einschränkung der Schuldfähigkeit entspricht das einer Einsatzstrafe von 4 Monaten für den Einbruchversuch (versuchter Diebstahl und Sachbeschädigung), die sich wegen der Verstöße gegen das Ausländergesetz, die für sich genommen nicht mehr leicht wiegen, nach Massgabe von Art. 49 Abs. 1 StGB auf 5 Monate erhöht.

4. Für die Darstellung der persönlichen Verhältnisse und des Vorlebens kann auf das Urteil der Vorinstanz sowie auf die Akten verwiesen werden (Urk. 66 S. 26 m.H. auf Urk. 54/1 S. 4 ff.). Die Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung hat ergeben, dass sich seither nichts Wesentliches verändert hat (Urk. 87 S. 1).

Der Beschuldigte befindet sich seit dem 2. Dezember 2011 in Haft und seit dem 8. März 2012 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 14/15). Der vor der Vorinstanz eingereichte Führungsbericht ist grundsätzlich positiv (Urk. 51). Im Strafverfahren verhielt er sich korrekt und legte bald ein Geständnis ab (Urk. 6/3 S. 3), was sich strafmindernd auswirkt.

Zu seinen Vorstrafen ist anzumerken, dass ihm nur die heute noch im Strafregister eingetragenen Verurteilungen entgegengehalten werden können, auch wenn sich aus den Akten noch weiter zurückliegende Delikte ergeben (Art. 369 Abs. 7 StGB). Der im Berufungsverfahren eingeholte Strafregisterauszug weist drei Freiheitsstrafen sowie eine Geldstrafe aus, die alle unbedingt ausgesprochen wurden. Die Auflistung der Straftatbestände zeigt, dass es immer um Einbruchdiebstähle und die Verletzung der Einreisesperre ging. Der Beschuldigte ist demnach mehrfach einschlägig vorbestraft, was seine Reuebekundungen, die ihm von der Vorinstanz zugutegehalten wurden (vgl. Urk. 66 S. 28 m.H. auf Prot. I S. 9 f.), und seine Beteuerung, er werde sich in Zukunft wohlverhalten (Urk. 87 S. 7 oben) stark relativiert. Ein Deliquieren trotz mehreren einschlägigen Vorstrafen zeugt von einer gewissen Renitenz und wirkt sich erheblich strafehöhend aus (vgl. Entscheide des Bundesgerichts 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E. 5.3. und 6B_954/2009 vom 18. Februar 2010 m.w.H.), was auch die Verteidigung anerkennt (Urk. 54/3 S. 22).

Der Beschuldigte stammt aus dem Süden des ehemaligen E._____ [Staat in Osteuropa]. Er kämpft seit Jahren mit gesundheitlichen Problemen. Obwohl er von seiner anscheinend intakten Familie (insbesondere Sohn, Schwiegertochter und Ehefrau) unterstützt wird (vgl. das in diesem Verfahren eingereichte "Bittgesuch", Urk. 86), hat er es nie geschafft, beruflich Tritt zu fassen, was etwa darin zum Ausdruck kommt, dass er in den letzten rund dreissig Jahren insgesamt 15 Jahre in Schweizer Gefängnissen verbrachte, wie die Vorinstanz vorrechnete (Urk. 66 S. 27). Das ist nicht nur eine Folge der sozialen und politischen Wirren nach dem Zerfall des E._____ Staates, sondern die Ursprünge dieser unglücklichen Geschichte reichen in seine schwierige Kindheit zurück, worauf bereits im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit eingegangen wurde (vgl. oben 3). Das Doppel-

verwertungsverbot steht einer erneuten Berücksichtigung dieser Umstände an dieser Stelle entgegen.

Die Verteidigung bezeichnet den 58jährigen Beschuldigten zusammenfassend als alten kranken Mann. Neben seinen psychischen Problemen, die im Zusammenhang mit der Schuldfähigkeit bereits in die Beurteilung eingeflossen sind, leide er an Prostatakrebs und Herzproblemen (Urk. 54/3 S. 20; Urk. 87 S. 2; Urk. 88 S. 28). Weder dies noch die Krebserkrankung seiner Ehefrau (Urk. 87 S. 3; Urk. 88 S. 28) vermögen jedoch eine besondere Strafempfindlichkeit zu begründen, die sich strafmindernd auswirken würde.

Die erheblich strafe erhöhenden Vorstrafen und das strafmindernde Geständnis haben insgesamt zur Folge, dass sich das Strafmass von 5 Monaten auf 9 Monate erhöht. Ansonsten wirken sich die persönlichen Faktoren nicht auf die Strafzumessung aus. Diese gesundheitlichen Probleme sind nicht neu und der Beschuldigte delinquierte im Wissen darum.

5. Im Raum zwischen 6 Monaten und einem Jahr stehen grundsätzlich die Straforten Geldstrafe und Freiheitsstrafe sowie gemeinnützige Arbeit zur Wahl. Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit kommt der Geldstrafe zwar der Vorzug zu. Die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten, darunter mehrere unbedingte Freiheitsstrafen (vgl. Urk. 83), lassen jedoch erkennen, dass im Hinblick auf die Zweckmässigkeit und die präventive Effizienz (BGE 134 IV 97 E. 4.2.) eine Geldstrafe ungenügend wäre, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten, so dass eine Freiheitsstrafe auszufallen ist.

6. Der Beschuldigte wurde am 23. Dezember 2010 vom Obergericht des Kantons Bern wegen gewerbsmässigem Diebstahl und weiterer Delikte zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt (Urk. 22/9). Gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB würde die Gewährung des bedingten Strafvollzugs daher besonders günstige Umstände voraussetzen, was angesichts der im Strafregister verzeichneten einschlägigen Vorstrafen offensichtlich nicht gegeben ist, wie die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 66 S. 30 f.). Die Strafe ist daher zu vollziehen.

7. Am 4. Mai 2011 war der Beschuldigte nach der Verbüssung von zwei Dritteln Strafe bedingt, unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr, aus dem Vollzug des soeben erwähnten Urteils vom 23. Dezember 2010 entlassen worden (Urk. 83 S. 4). Weil er, wie dieses Verfahren zeigt, während der Probezeit rückfällig wurde, hat die Vorinstanz den Erlass der Reststrafe widerrufen und die Rückversetzung in den Strafvollzug angeordnet (Urk. 66 S. 19 ff.).

Der Beschuldigte hat die Anordnung der Rückversetzung trotz klar erfüllter Voraussetzungen angefochten. Es ist nicht ersichtlich, was er dagegen vorbringen will. Die Vollzugsbehörde musste den Beschuldigten nicht auf die Bewährungsfrist hinweisen (Entscheid des Bundesgerichts 6B_587/2010 vom 13. Januar 2011, E. 1.3). Wie ihm die bedingte Entlassung eröffnet wurde und ob ihm bewusst war, dass er gegen die Auflagen der Probezeit versties (Urk. 88 S. 29; Urk. 54/3 S. 24), ist deshalb unerheblich und ändert nichts an der Tatsache, dass er sich nicht bewährt hat. Dieser Einwand erweckt zudem den Anschein, dass der Strafvollzug bei ihm noch keinen nachhaltigen Eindruck hinterlassen hat, was eher für als gegen eine Rückversetzung spricht. Die vom Beschuldigten beantragten Ersatzmassnahmen (Verlängerung der Probezeit und Ermahnung; Urk. 54/3 S. 25) vermögen unter diesen Umständen nicht zu genügen.

Gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB bildet das Gericht aus einer neuen unbedingten Freiheitsstrafe (was hier gegeben ist, vgl. oben 5 und 6) und einem durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Strafrestr in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe. Wie das Bundesgericht festhielt, bedeutet das jedoch nicht, dass eine hypothetische Gesamtstrafe zu bilden ist, wie wenn alle Taten gleichzeitig beurteilt worden wären, von der anschliessend der bereits erstandene Teil abzuziehen ist, um den ausstehenden Rest zu ermitteln, sondern heisst lediglich, dass dem Beschuldigten im Vergleich zu einer Kumulation eine gewisse Privilegierung gewährt werden soll (BGE 135 IV 146 E. 2.4.1).

8. Aus dem Strafrestr von 8 Monaten und der neuen Strafe von 9 Monaten ist demnach unter sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips eine Gesamtstrafe von 16 Monaten zu bilden. Daran ist die erstandene Untersuchungshaft vom 22. Dezember 2011 bis zum 8. März 2012 (78 Tage; vgl. Urk. 66 S. 29 E.

2.8) anzurechnen (Art. 51 StGB). Ferner ist vorzumerken, dass sich der Beschuldigte seit dem 8. März 2012 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

IV.

Der Beschuldigte erreicht mit seiner Berufung eine Einstellung in einem Anklagepunkt sowie eine mildere Strafe. Da sich die Einstellung auf einen Nebenpunkt bezieht, die den Umfang der Untersuchung nicht beeinflusste, ist die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, sind ausgangsgemäss zu vier Fünfteln dem Beschuldigten zu auferlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückforderung des auf den Beschuldigten entfallenden Anteils vorbehalten bleibt (Art. 426 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. Juni 2012 bezüglich Dispositivziffer 1, 1. und 2. Spiegelstrich (Schuldpruch wegen versuchtem Diebstahl und wegen Sachbeschädigung), Dispositivziffer 4 (Einziehungen), Dispositivziffer 5 (Zivilpunkt) und Dispositivziffer 6 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist ferner schuldig
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG und

- des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
- 2. Das Verfahren gegen den Beschuldigten betreffend versuchten Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wird eingestellt.
- 3. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Bern vom 1. März 2011 für eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten bzw. eine Reststrafe von 8 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit bis 3. Mai 2012 verfügte bedingte Entlassung wird widerrufen. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der Reststrafe rückversetzt.
- 4. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten als Gesamtstrafe unter Einbezug der Reststrafe gemäss Dispositivziffer 3.

An diese Strafe angerechnet werden 78 Tage, welche durch Untersuchungshaft erstanden sind.

Es wird vorgemerkt, dass sich der Beschuldigte seit dem 8. März 2012 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

- 5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens der ersten Instanz, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
- 6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
- 7. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens der zweiten Instanz, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse genommen und zu vier Fünfteln dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.

8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben);
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland;
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Justizvollzugsanstalt F. _____ (durch die zuführende Polizei)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland;

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, mit Vermerk der Rechtskraft;
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich, Berninastrasse 45, Postfach, 8090 Zürich;
- das Obergericht des Kantons Bern (Geschäfts-Nummer: SK 10 357);
- den Justizvollzug des Kantons Bern;

9. 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, 19. Februar 2013

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Obergerichtspräsident lic. iur. Naef

lic. iur. Höfliger