

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130324-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 12. November 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
12. Juni 2013 (DG130025)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. April 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 21).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB,
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs, teilweise des Versuches hierzu im Sinne von Art. 186 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB.

2. Der Beschuldigte wird mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft, wovon bereits 144 Tage durch Haft erstanden sind.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 1. März 2013 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

3. Der Beschuldigte wird verpflichtet, folgenden Privatklägern die aufgeführten Beträge zu bezahlen:
 - a) der Privatklägerin B. _____ AG Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'015.95 (ND 2),
 - b) der Privatklägerin C. _____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 400.– (ND 5),
 - c) dem Privatkläger D. _____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'165.25 (ND 8),
 - d) dem Privatkläger E. _____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 8'459.– (ND 9),

- e) dem Privatkläger F._____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 200.– zuzüglich 5 % Zins seit 25. August 2012 (ND 10),
- f) der Privatklägerin G._____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 3'000.– (ND 11).

In einem allfälligen Mehrbetrag werden die Privatkläger mit ihren Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg verwiesen.

4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 26. März 2013 beschlagnahmten Fr. 777.05 (deponiert bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland unter Kaut.-Nr. ...) werden eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'600.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	3'610.–	Kosten der Kantonspolizei Zürich;
Fr.	1'382.–	Ausserkantonale Verfahrenskosten;
Fr.	2'500.–	Gebühr Strafuntersuchung;
Fr.	_____	amtliche Verteidigung (ausstehend);
Fr.	_____	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten, einschliesslich derjenigen für die amtliche Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indes- sen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung ge- mäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. HD 59)

1. Es sei der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten zu bestrafen, dies unter Anrechnung der erstandenen (Untersuchungs-)Haft von 144 Tagen sowie unter Vormerknahme des vorzeitigen Strafvollzugs seit dem 1. März 2013.
2. Es seien die Dispositivziffern 1 sowie 3 bis 6 des erstinstanzlichen Urteils vom 12. Juni 2013 zu bestätigen.
3. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. HD 55; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 12. Juni 2013 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 und 2 StGB, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, teilweise des Versuches hierzu im Sinne von Art. 186 StGB (teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB) sowie der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft.

2. Der Beschuldigte erhob gegen den Entscheid der Vorinstanz fristgerecht Berufung (HD 41). Mit ebenfalls innert Frist eingereichter Berufungserklärung ficht der Beschuldigte lediglich den Strafpunkt, bzw. die Strafzumessung der Vorinstanz an; er akzeptiert demnach das erstinstanzliche Urteil in den übrigen Punkten, verlangt indes eine Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten (HD 51 S. 2; HD 59 S. 2). Die Staatsanwaltschaft hat auf Anschlussberufung verzichtet und beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (HD 55). Die Privatkläger liessen sich nicht vernehmen.

3. Nicht angefochten im Berufungsverfahren sind demzufolge der Schuldpunkt (Dispositivziffer 1), die Regelung der Zivilforderungen (Ziffer 3), die Einziehung (Ziffer 4) sowie die Kostenregelung (Ziffer 5 und 6). Somit ist vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil im entsprechenden Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Strafzumessung

1. Es liegt sowohl Deliktsmehrheit als auch mehrfache Tatbegehung vor, so dass nach Art. 49 StGB vorzugehen ist. Da alle begangenen Delikte mit gleicher-

tigen Strafen bedroht sind, ist eine Gesamtstrafe unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips zu bilden.

Der Beschuldigte wurde in erster Linie wegen der Begehung von Einbruchdiebstählen verurteilt. In diesem Zusammenhang verwirklichte er typischerweise jeweils sowohl die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls als auch der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen (HD 50 S. 9), dass es für die Bestimmung des Tatverschuldens sachgerecht erscheint, diese Deliktsskomplexe nicht auseinanderzunehmen, sondern als Einheit zu betrachten.

2. Der Strafraumen für gewerbsmässigen Diebstahl als schwerstem der vom Beschuldigten begangenen Delikte reicht bis zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren (Art. 139 Ziff. 2 StGB). Konkrete Gründe zur Strafraumenerweiterung sind nicht ersichtlich, weshalb eine angemessene Strafe innerhalb des ordentlichen Strafraumens des schwersten Deliktes gefunden werden muss. Die Kriterien der Tatmehrheit und mehrfachen Tatbegehung sind diesfalls obligatorisch als Straferhöhungsründe zu berücksichtigen (BGE 116 IV 300), wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (HD 50 S. 8). Strafmilderungsgründe sind nicht vorhanden.

3. Innerhalb des gesetzlichen Strafraumens wird die Strafe nach dem Verschulden zugemessen. 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. Ferner berücksichtigt das Gericht das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB).

4. Die Vorinstanz hat sämtliche massgeblichen belastenden und entlastenden, tat- wie täterbezogenen Faktoren, namentlich die in Frage kommenden Straferhöhungsründe- und -minderungsgründe zutreffend benannt. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann daher grundsätzlich auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (HD S. 9 ff.), unter Berücksichti-

gung nachfolgender Zusammenfassung und Ergänzungen sowie einer einzelnen Korrektur (betreffend die Deliktssumme). Wie zu zeigen sein wird, sind einzelne Elemente (Einsatzstrafe aufgrund Tatverschulden einerseits, Gesamtgewichtung täterbezogene Faktoren andererseits) auch anders zu gewichten, als die Vorinstanz dies tat.

4.1.1. Die Vorinstanz ist zu Recht von einem insgesamt nicht mehr leichten Verschulden des Beschuldigten ausgegangen. Zunächst ist die objektive Tatschwere als nicht mehr leicht zu bezeichnen. Der Beschuldigte beging zwischen dem 19. Juli 2012 und dem 6. Oktober 2012 neun Einbruchdiebstähle sowie einen Einbruchdiebstahlversuch. Bereits ein Jahr zuvor verübte er zwischen dem 11. Juni 2011 und 17. Juni 2011 einen Einbruchdiebstahl sowie einen Einbruchdiebstahlversuch. Der Beschuldigte beging somit innerhalb zusammengezählt knapp drei Monaten 12 Einbruchdiebstähle bzw. Einbruchdiebstahlversuche, was auf eine beträchtliche kriminelle Energie hindeutet. Bei den von ihm verübten Einbruchdiebstählen ging der Beschuldigte – welcher hiezu wiederholt als „Kriminaltourist“ in die Schweiz einreiste – jeweils gleichzeitig professionell wie dreist und unnötig schädigend vor.

Entgegen der (sinngemässen) Auffassung der Vorinstanz (HD 50 S. 9) kann die Aussage des Beschuldigten in der Schlusseinvernahme vom 1. März 2013 – "Es ist so, dass die angegebene Deliktssumme vielleicht zutreffen kann. [...]" (HD 7 S. 9) – schon aufgrund ihres vagen Wortlauts nicht als klare Anerkennung der ihm vorgehaltenen (und zuvor bestrittenen) Deliktssumme von Fr. 107'061.– interpretiert werden. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte anlässlich der Schlusseinvernahme auch zu Protokoll gab, er sei einverstanden, dass sein Verteidiger an der Gerichtsverhandlung zu den gestellten Schadenersatzbegehren Stellung nehmen werde (HD 7 S. 14), was gegen eine vorbehaltlose Anerkennung der eingeklagten Deliktssumme spricht. Mangels klarer Belege des Wertes der einzelnen Deliktsgüter kann die konkrete Höhe der Deliktssumme letztlich nicht nachgewiesen werden. Zu Gunsten des Beschuldigten kann deshalb lediglich von einer Deliktssumme in dem von ihm anerkannten Umfang von Fr. 33'870.– (HD 37 S. 3-6; HD 59 S. 3) ausgegangen werden. Aber auch wenn dem vom Beschuldigten er-

beuteten Deliktsgut (welches in seinen Bestandteilen nicht bestritten wird, vgl. HD 37 S. 3) nur dieser anerkannte Deliktsbetrag zugesprochen werden kann, ist der von den Einbrüchen des Beschuldigten hinterlassene wirtschaftliche Schaden noch als beträchtlich zu bezeichnen. Die Vorinstanz hat sodann zutreffend festgehalten (HD 7 S. 10), dass der Höhe der Deliktssumme insgesamt lediglich eine untergeordnete Rolle zukommt. Ergänzend ist festzuhalten, dass für das Tatverschulden weniger die genaue Deliktssumme von Bedeutung ist (der letztlich etwas Zufälliges anhaftet, da sie davon abhing, was der Beschuldigte jeweils vorfand) als das bereits erwähnte Verhältnis zwischen der Anzahl Delikte und der relativen kurzen Zeitspanne, in der diese verwirklicht wurden.

Die Vorinstanz hat weiter zu Recht erwähnt (HD 50 S. 10), dass die vom Beschuldigten mit den Einbrüchen jeweils klar in Kauf genommenen Sachbeschädigungen (trotz relativ geringer, gesamthaft anerkannter Schadenssumme von rund Fr. 3'093.25, vgl. HD 37 S. 6) und Hausfriedensbrüchen keinesfalls bagatellisiert werden dürfen: Einbrüche in Privatwohnungen hinterlassen nicht nur einen materiellen (oft versicherten) Schaden, sondern führen vielfach zu einer erheblichen und oft langanhaltenden Beeinträchtigung der Geschädigten in ihrem Sicherheitsgefühl.

Mit der Vorinstanz ist weiter festzuhalten (HD 50 S. 10 f.), dass nur leicht strafmindernd berücksichtigt werden kann, dass es bei zwei Taten lediglich beim Versuch blieb, ist dies doch darauf zurückzuführen, dass der Beschuldigte an einem Tatort offenbar nichts fand, was ihn interessierte (ND 4, vgl. HD 7 S. 4 f.) und ein andermal überrascht wurde (ND2, vgl. HD 7 S. 3 f.). Zu (teilweise versuchten) Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung kam es in diesen Fällen trotzdem, was die Ernsthaftigkeit des deliktischen Willens zeigt.

4.1.2. In subjektiver Hinsicht hat die Vorinstanz sodann beim Beschuldigten zu Recht volle Entscheidungsfreiheit, sowie egoistische Bereicherungsabsicht als einziges Tatmotiv erkannt. Verdeutlichend ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte entgegen seinem Vorbringen nicht in einer eigentlichen finanziellen Notlage befand, welche strafmindernd zu berücksichtigen wäre. Vielmehr hätte der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Angaben in Albanien "eine sichere Arbeit" (HD

7 S. 11) mit einem "für albanische Verhältnisse normalen Lohn" (Prot. I S. 14), bzw. "ein normales Leben" (Prot. II S. 7) gehabt, womit er sich in einer vergleichsweisen privilegierten Situation befand.

4.1.3. Bei Gesamtwürdigung aller Delikte und unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erscheint die von der Vorinstanz für das Tatverschulden angesetzte hypothetische Freiheitsstrafe von 30 Monaten (ungeachtet der nicht gross ins Gewicht fallenden Korrektur im Deliktsbetrag) etwas zu hoch. In Gesamtwürdigung aller massgebenden Verschuldenskriterien, sowie im Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen, welche die Kammer in den vergangenen Jahren zu beurteilen hatte, erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 24 Monaten als angemessen.

4.2.1. Die täterbezogenen Strafzumessungsgründe hat die Vorinstanz korrekt benannt.

Der Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wurden von der Vorinstanz korrekt angeführt. Dass sie dem Beschuldigten aufgrund seiner familiären Situation eine gewisse Strafeempfindlichkeit zugebilligt und diese marginal strafmindernd berücksichtigt hat, ist grosszügig, indes noch vertretbar. Ergänzend ist anzuführen, dass im Übrigen aus der Biographie des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevante Momente zu entnehmen sind.

Die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten in Belgien und Italien aus den Jahren 2003 bis 2011 (HD 16/7 und 16/10) hat sie zu Recht als deutlich strafferhöhend qualifiziert (HD 50 S. 12).

Zutreffend hat sie sodann ausgeführt, dass sich das vollumfängliche Geständnis des Beschuldigten einerseits dadurch relativiert, dass es vor einer erdrückenden Beweislage abgegeben wurde, und dass andererseits doch auch zu berücksichtigen ist, dass aufgrund dieses Geständnisses ein beachtlicher Untersuchungsaufwand erspart werden konnte; dieses deshalb insgesamt strafmindernd zu berücksichtigen ist.

Mit der Vorinstanz ist eine wirkliche Reue beim Beschuldigten auch anlässlich seiner persönlichen Befragung im Berufungsverfahren nicht auszumachen.

4.2.2. Wenn allerdings die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass sich die vorgenannten täterbezogenen Straferhöhungs- und -minderungsgründe insgesamt die Waage halten würden, so erscheint diese Bewertung als zu milde. Vielmehr ist festzuhalten, dass die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen – welche deutlich zeigen, dass es sich beim Beschuldigten um einen langjährigen und professionellen Kriminaltouristen handelt – spürbar stärker zu gewichten sind, als das Geständnis (und die nur marginal ins Gewicht fallende Strafempfindlichkeit). Aufgrund dieses Überwiegens des strafferhöhenden Faktors gegenüber den strafmindernden erscheint eine Erhöhung der vorstehend festgelegten Einsatzstrafe um 3 Monate angezeigt.

4.3. In Würdigung aller relevanten Strafzumessungsgründe erweist sich somit eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten als angemessen.

An diese Strafe sind 401 Tage, welche seit dem 8. Oktober 2012 bis und mit heute durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind (vgl. HD 12/1 bis HD 12/25/13), anzurechnen (Art. 51 StGB).

III. Strafvollzug

Die Vorinstanz hat überzeugend dargetan, dass dem Beschuldigten aufgrund seiner zahlreichen einschlägigen Vorstrafen aus dem Ausland (HD 16/6-7, HD 16/10) keine günstige Prognose mehr gestellt werden kann, bzw. von einer eigentlichen Schlechtprognose ausgegangen werden muss. Auf ihre entsprechenden Ausführungen kann deshalb vorab verwiesen werden (HD 50 S. 14). Präzisierend ist zu ergänzen, dass aufgrund der belgischen Vorstrafe vom 8. Januar 2008 (20 Monate Freiheitsstrafe, vgl. Urk. 16/10, Blatt 4) ein Aufschub der heute auszufällenden Strafe ohnehin erst bei Vorliegen einer qualifizierten Gutprognose in Frage gekommen wäre (Art. 42 Abs. 2 StGB, vgl. Bundesgerichtsurteil 6B_623/2009 vom 5. November 2009, E. 3.2.).

Die Strafe ist daher zu vollziehen.

IV. Kosten

Der Beschuldigte erreicht mit seiner Berufung eine tiefere Bestrafung, wenn auch nicht im beantragten Umfang. Ausgangsgemäss sind deshalb die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter dem Vorbehalt einer Rückforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von drei Vierteln dieser Kosten.

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist für seine Bemühungen im Berufungsverfahren entsprechend seiner (Berufungsverhandlung und Nachbesprechung bereits berücksichtigenden) Honorarnote (Urk. 60) mit Fr. 4'945.80. (inkl. MWST) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Juni 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Zivilpunkt), 4 (Einziehung) und 5-6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 27 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 401 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 4'945.80 amtliche Verteidigung

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden 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 (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

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
- 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
II. Strafkammer

Zürich, 12. November 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger