

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB140043-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, Oberrichter lic. iur. Stiefel und
Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. Brühlhart

Urteil vom 19. August 2014

in Sachen

A._____, alias: **A'**_____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland, vertreten durch Leitenden Staatsanwalt
lic. iur. Vollenweider,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **banden- und gewerbsmässigen Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom
21. November 2013 (DG130014)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 3. Juli 2013 (Urk. 14/7) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des bandenmässigen und gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 139 Ziff. 2 StGB und Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB;
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB;
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Vom Vorwurf des versuchten Diebstahls, der versuchten Sachbeschädigung sowie des versuchten Hausfriedensbruchs zum Nachteil der B. _____ AG und der C. _____ AG (Anklageziffer 2a) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Jahren und 4 Monaten Freiheitsstrafe teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 (Geschäfts-Nr. Cs 46 Js 56/10) ausgefallten Strafe, wovon 255 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
4. Der mit Beschlagnahmebefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 28. März 2013 beschlagnahmte (und mit Schreiben der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 22. April 2013 reduzierte) Betrag von Fr. 1'054.95 (entsprechend Fr. 255.15 und € 650.–) wird eingezogen. Der eingezogene Bargelddbetrag wird zur Verfahrenskostendeckung verwendet.

5. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Schadenersatzforderung der Privatklägerin 7 (C._____ AG) im Betrag von Fr. 520.35 sowie diejenige der D._____ Versicherungsgesellschaft [Schaden Nr. ...] im Betrag von Fr. 3'805.30 anerkannt hat.
6. Die E._____ Genossenschaft (... , Schaden-Nr. ...) wird für ihre Schadenersatzforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
7. Es wird die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles des Beschuldigten im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes angeordnet. Die Kantonspolizei Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.– Gebühr Strafuntersuchung
Fr. 6'000.80 ausserkantonale Untersuchungskosten
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Umfang von insgesamt Fr. 9'324.55, die Rechtsanwalt lic.iur. Y._____, ... [Adresse] bereits ausbezahlt wurden, werden auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 73 S. 1)

1. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 21.11.2013 teilweise ausgefallte Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 08.10.2010 von 40 Monaten Freiheitsstrafe sei auf 36 Monate Freiheitsstrafe zu reduzieren.
2. Im übrigen sei das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen.
3. Die Kosten, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung seien nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen, jedoch zufolge ausgewiesener Bedürftigkeit des Appellanten auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 68 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensablauf und Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 21. November 2013 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 24. November 2013 gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 54). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde dem Verteidiger des Beschuldigten am 14. Januar 2014 zugestellt (Urk. 59). Innerhalb der gesetzlichen Frist nach Art. 399 Abs. 3 StPO reichte der Verteidiger die Berufungserklärung vom 28. Januar 2014 bei der hiesigen Berufungsinstanz ein (Urk. 62). Innert angesetzter Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO (Urk. 63 und 64/5) erhob die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 10. Februar 2014 Anschlussberufung (Urk. 65), welche sie jedoch am 2. April 2014 (Datum Poststempel) zurückzog (Urk. 68), was mittels Beschluss vorzumerken ist. Beweisanträge wurden von keiner Partei gestellt, so dass in der Folge zur Berufungsverhandlung auf den 19. August 2014 vorgeladen wurde (Urk. 69), zu welcher der Beschuldigte (vorgeführt aus dem vorzeitigen Strafvollzug) mit seinem amtlichen Verteidiger (Urk. 63) erschien (Prot. II, S. 4).

2. In seiner schriftlichen Berufungserklärung schränkte der Verteidiger die Berufung auf die Strafzumessung beziehungsweise auf das verhängte Strafmass ein und beantragte, es sei das vorinstanzliche Urteil derart abzuändern, dass eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 36 Monaten zu verhängen sei, wobei über eine Aufspaltung des Strafvollzugs in einen teilbedingten und unbedingten Teil zu entscheiden sei (Urk. 62, S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte der Verteidiger nur noch eine Reduktion der Freiheitsstrafe von 40 auf 36 Monate (Urk. 73, S. 1; Prot. II, S. 4). Die Staatsanwaltschaft See / Oberland ihrerseits beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 68; Prot. II, S. 5).

3.1. Auf die Argumente der Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen;

vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 138 I 232, E. 5.1. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_484/2013, E. 3.2. vom 3. März 2014).

3.2. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO), das heisst, die Berufung wird entsprechend der Berufungserklärung des Beschuldigten im Sinne von Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO auf die Bemessung der Strafe beschränkt. Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil, worin die neu überprüften und die (teil-) rechtskräftigen Punkte bezeichnet werden (vgl. hierzu Eugster in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 402, N 2; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 1547 und 1549).

4. Unangefochten sind entsprechend der Berufungserklärung des Beschuldigten (Urk. 62) demnach die Dispositiv Ziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Freispruch), 4 (Einziehung Bargeldbetrag), 5 und 6 (Zivilpunkt), 7 (DNA-Probe) sowie 8 bis 10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen). Die Rechtskraft dieser Regelungen ist vorab mit Beschluss festzustellen. Zusätzlich zum Urteil vom 21. November 2013 beschloss die Vorinstanz gleichentags, dass das Verfahren gegen den Beschuldigten in Bezug auf verschiedene Delikte der Anklageziffern 1 und 1a infolge Verjährung einzustellen sei (Urk. 51). Da dieser Beschluss nicht angefochten wurde, ist dessen Rechtskraft in Nachachtung des Urteils des Bundesgerichts 6B_991/2013 vom 24. April 2014 E. 2.5 ebenfalls mittels Beschluss festzustellen.

II. Strafzumessung

1. Betreffend die allgemeinen Regeln der Strafzumessung und die lex mitior kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk.

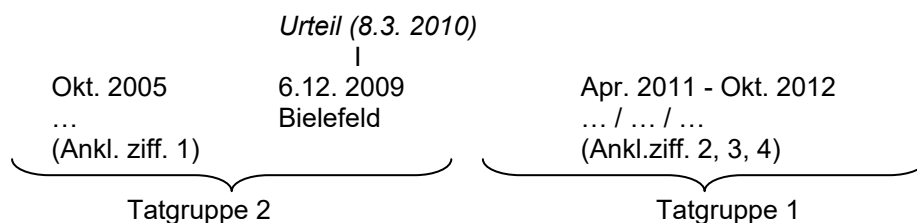
60, S. 9 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend bleibt lediglich darauf hinzuweisen, dass das neue Recht in concreto insbesondere auch deshalb auf die Deliktsbegehung vom Oktober 2005 (Anklageziffer 1) Anwendung findet, weil nach dem neuen Recht der bedingte beziehungsweise teilbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe grundsätzlich möglich ist, auch wenn er im konkreten Fall infolge ungünstiger Prognose, respektive dem Fehlen von besonders günstigen Umständen, nicht gewährt werden kann (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichtes 6B_681/2012 vom 12. März 2012, E. 1.3. m.H. und Urteil des Bundesgerichts 6B_540/2007 vom 16. Mai 2008, E. 3.5. und 4.1.). Im Einzelnen wird darauf bei der konkreten Strafzumessung zurückzukommen sein.

2. Die Vorinstanz hat ebenfalls einlässlich und sehr sorgfältig das Vorgehen zur Bildung einer Gesamtstrafe dargelegt, worauf ebenfalls verwiesen werden kann (Urk. 60, S. 11 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe im Falle teilweiser retrospektiver Konkurrenz nach Art. 47 ff. StGB sowie Art. 49 StGB danach zu unterscheiden, ob die vor dem ersten Entscheid oder die danach begangene Tat schwerer wiegt. Wiegt die *nach* der ersten Verurteilung verübte Tat schwerer, so ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe 1 für diejenige Tatgruppe zu bilden, die als Ganzes schwerer wiegt, und alsdann eine Gesamtstrafe 2 für die andere Tatgruppe. Dabei ist die Zusatzstrafe zum ausländischen Urteil aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe für diejenige Tatgruppe, zu der die Erstverurteilung gehört, und der bereits mit diesem Urteil ausgesprochenen Strafe zu ermitteln (Urteil des Bundesgerichts 6B_446/2013 vom 17. Dezember 2013, E. 1.3.1.; Urteil des Bundesgerichts 6B_390/2012 vom 18. Februar 2013, E. 4.3.1. m.H. und E. 4.3.2. sowie BGE 132 IV 102, E. 8.3.).

Hierzu bleibt der Vollständigkeit halber lediglich anzumerken, dass ausländische Urteile auch bei der Anwendung neuen Rechts weiterhin zu berücksichtigen sind, wenn sie bezüglich Strafwürdigkeit des Verhaltens, Mass der verhängten Strafe und Verfahrensgerechtigkeit den Grundsätzen des schweizerischen Rechts entsprechen (Urteile des Bundesgerichts 6B_857/2010 vom 4. April 2011, E. 5.3. und

6B_244/2010 vom 4. Juni 2010), so dass in Übereinstimmung mit der von der Vorinstanz angeführten Lehre und gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Zusatzstrafe auch zu einem ausländischen Urteil ausgefällt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B_295/2012 vom 15. Februar 2012, E. 5.5.; BGE 132 IV 102, E. 8.2. m.H.).

3. Die Vorinstanz hält fest, dass vorliegend vier Einbruchdiebstähle zu beurteilen sind, die teils vor (Anklageziffer 1) und teils nach dem Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 begangen wurden (Anklageziffern 2, 3 und 4). Schematisch kann dies wie folgt dargestellt werden:



Sie bewertete abstrakt alle je für sich alleine als gleich schwer, hielt jedoch dafür, dass die Einbruchdiebstähle zwischen April 2011 und Oktober 2012 (Anklageziffern 2, 3 und 4) als Tatgruppe schwerer wiegen als der Einbruchdiebstahl vom Oktober 2005, weshalb sie zunächst eine Gesamtstrafe 1 für die Tatgruppe 1 (Delikte nach der Erstverurteilung) bestimmte (Urk. 60, S. 11 f. E. 4.6.).

4.1. Gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich des massgeblichen Strafrahmens für die Tatgruppe 1 bildet die in Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB vorgesehene Bestrafung des bandenmässigen Diebstahls mit einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen den vorliegend zu beachtenden Strafrahmen. Die zusätzliche Qualifikation der Gewerbsmässigkeit wirkt sich auf den Strafrahmen nicht mehr aus. Bei der Festlegung der konkret auszufällenden Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens kann die doppelte Qualifikation hingegen berücksichtigt werden (Niggli/Riedo, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. A., Basel 2013, N 136 zu Art. 139, mit zahlreichen Nachweisen; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 6B_112 2009 E 3.4. vom 16. Juli 2009). Obwohl der Strafschärfungsgrund der Deliktsmehrheit auch aufgrund der mehrfachen Sach-

beschädigung und des mehrfachen Hausfriedensbruchs gegeben ist, ist hier kein Grund ersichtlich, den ordentlichen Strafrahmen zu verlassen. Ein solcher ist nur dann gegeben, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8.), was für den heute zu beurteilenden Fall nicht zutrifft. Die Vorinstanz stellte in ihrem Urteil weiterhin die Strafzumessungskriterien gemäss Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sowie die Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgründe und die straferhöhenden Faktoren im Sinne von Art. 48 und 49 StGB sorgfältig dar (Urk. 60, S. 12, E. 4.7. und E. 4.8.), worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen erneut verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend bleibt anzumerken, dass bei der Gewichtung der Tatkomponente beim banden- und gewerbsmässigen Diebstahl das Doppelverwertungsverbot zu beachten ist und Umstände, welche Tatbestandsmerkmale des qualifizierten Deliktes darstellen, nicht bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens nochmals zulasten des Beschuldigten berücksichtigt werden dürfen (Wiprächtiger/Keller, in: Niggli/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. A., Basel 2013, N 102 zu Art. 47).

Zum objektiven Tatverschulden in Bezug auf die Tatgruppe 1 ist ergänzend zu den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 60, S. 13, E. 4.8.3.-4.8.5.) Folgendes festzuhalten: Der Beschuldigte reiste als eigentlicher Kriminaltourist ohne nähere Beziehung zum Land oder dessen Bewohnern (Urk. 10.2.02, S. 7; Urk. 10.2.03, S. 11 f.; Urk. 10.2.08, S. 3 sowie Urk. 14/2, S. 6) in die Schweiz ein, um sich mittels Einbruchdiebstählen schnell und leicht Geld erhältlich zu machen, wie er unumwunden zugab (Urk. 10.2.03, S. 3 f. und S. 9 f.; Urk. 10.2.04, S. 4; Urk. 14/2, S. 6 und 11 sowie Urk. 48, S. 8). Das deckt sich auch mit dem vom Beschuldigten eingestandenen Tatgeschehen: Der Beschuldigte und der jeweilige Mittäter brachen mittels des mitgeführten Einbruchswerkzeuges und nach Abwarten des geeigneten Momentes in einer höchst professionellen Art und Weise in die zuvor ausgesuchten Geschäftslokale ein und räumten diese regelrecht aus. Dabei half der Beschuldigte selbst tatkräftig mit, stand jedenfalls nicht "nur" Schmiere (Urk. 8.5.12, 8.5.16; Urk. 1.1.8a; Urk. 8.0.1). Sein Tatbeitrag kann daher nicht als untergeordnet bezeichnet werden. Seine anlässlich der Berufungsverhandlung getä-

tigten Ausführungen, er habe lediglich als Aufpasser fungiert (Urk. 73 S. 4; Prot. II S. 12), ist als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Dies gilt um so mehr, als auch DNA Spuren des Beschuldigten in Tatobjekten und an Deliktsgut gefunden wurden. Das Deliktsgut, hauptsächlich bestehend aus Kleidern, Körperpflege- und Kosmetikartikeln, Brillen, optischen Instrumenten und Bargeld, verpackten sie in Abfallsäcke, verbrachten es in ein mitgeführtes Auto und verliessen anschliessend den Tatort, wobei sich der Beschuldigte jeweils vom Mittäter trennte und auf einem anderen Weg wieder zurück nach Serbien reiste, wo er schliesslich seinen Anteil am mittlerweile durch andere Personen erzielten Verkaufserlös der gestohlenen Ware erhielt (Urk. 48, S. 10 und 12). Dieses professionelle und arbeitsteilige Vorgehen erschwerte das Auffinden des Diebesgutes und verringerte das Risiko für die Täter, entdeckt zu werden, was eine hohe kriminelle Energie offenbart. Zutreffend verwies die Vorinstanz darauf, dass es sich bei den vorliegenden Delikten nicht um spontane Einbrüche, sondern um geplante und abgesprochene Aktionen handelte. Das objektive Tatverschulden wiegt keineswegs mehr leicht angesichts des Deliktsbetrages von über einer Million Franken (Urk. 14/7), was sich schliesslich auch unter Berücksichtigung des Doppelverwertungsverbotes zu Lasten des Beschuldigten auswirkt, da das erreichte Ausmass des vom Beschuldigten mitverschuldeten Erfolges als beträchtlich eingestuft werden muss. Dabei darf nicht unerwähnt bleiben, dass der Verteidiger sogar von einem schweren "[sic]" Tatverschulden ausgeht (Urk. 50, S. 6).

Bezüglich der subjektiven Tatkomponente fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Als Tatmotiv kommt einzig die Erlangung finanzieller Vorteile in Betracht. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Aussagen zusammen mit seiner Frau ohne Weiteres seinen Lebensunterhalt auf legale Weise in seiner Heimat Serbien als Kellner hätte verdienen können, ihm das aber nicht genügte (act. 14/2, S. 3 und 11), sich der Beschuldigte jedenfalls nicht in einer finanziellen Notlage befand (Urk. 60, S. 14).

Der Gewichtung des Tatverschuldens durch die Vorinstanz als gerade noch im unteren Drittel des Strafrahmens anzusetzen ist beizupflichten. Es erscheint da-

her eine hypothetische Einsatzstrafe (Gesamtstrafe 1) von 3 Jahren und 6 Monaten Freiheitsstrafe als der Tatkomponente angemessen. In Bezug auf seine persönlichen Verhältnisse wiederholt der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 ff.) seine bereits vor Vorinstanz getätigten Aussagen (Urk. 48 S. 1 ff.) und bringt nichts Neues vor. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann daher auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Mit ihr ist zu schliessen, dass sich daraus keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ergeben (Urk. 60 S. 14). Aus seiner familiären Situation lässt sich im Übrigen auch keine besondere Strafeempfindlichkeit ableiten.

Straferhöhend zu berücksichtigen sind sodann wie erwähnt die zum Zwecke des Diebstahls begangenen mehrfachen Sachbeschädigungen und mehrfachen Hausfriedensbrüche, wobei ein nicht geringer Sachschaden in der Höhe von ca. Fr. 6'125.65 angerichtet wurde (Urk. 14/7, S. 4 f.).

Der Beschuldigte hat eine einschlägige Vorstrafe in Deutschland erwirkt. Der Beschuldigte wurde daher mit Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 10. März 2010 wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten bestraft. Die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgelegt (Urk. 36/225). Noch während laufender Probezeit und offenbar unbeeindruckt vom drohenden Vollzug dieser Strafe delinquierte er rund ein Jahr nach der Verurteilung erneut in der gleichen Weise, indem er zusammen mit einem Mitäter in ein Geschäftslokal einbrach und dieses leer räumte (Anklageziffer 2). Diese einschlägige Vorstrafe sowie die Delinquenz in der Probezeit wirken sich erheblich strafferhöhend aus.

Die Vorinstanz hat ausgeführt, dass sich der Beschuldigte vollumfänglich geständig zeigte, was sich strafmindernd auswirke (Urk. 60, S. 15). Indessen kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Beschuldigte im Laufe der Strafuntersuchung jeweils nur so viel zugab, wie ihm anhand sichergestellter Spuren an den Tatorten nachgewiesen werden konnte (Urk. 10.2.02, S. 10 und 12), so dass dieses Geständnis jedenfalls nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. Entgegen der Ansicht der Verteidigung kann dem Beschuldigten wegen seinem Wohlverhalten während der Untersuchungshaft oder im vorzeitigen Strafvollzug keine

zusätzliche Strafminderung zugebilligt werden, da ein korrektes Verhalten ganz grundsätzlich vorausgesetzt werden kann (Urteil des Bundesgerichtes 6B_204/2013 vom 19. Juli 2013, E. 4.2.3.; Wiprächtiger/Keller, BSK-StGB I, a.a.O., N 142 zu Art. 47 StGB, mit Hinweisen).

Insgesamt wiegen die strafmindernden die verschiedenen (teils erheblich) straf erhöhend zu gewichtenden Faktoren nicht gänzlich auf, weshalb die hypothetische Einsatzstrafe (Gesamtstrafe 1) entgegen der Ansicht der Vorinstanz zu erhöhen ist. In Anbetracht von Tat- und Täterkomponente erscheint somit eine Gesamtstrafe 1 von 4 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen.

4.2 Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich des massgeblichen Strafrahmens für die Tatgruppe 2 (banden- und gewerbsmässiger Diebstahl in zwei Fällen) öffnet sich der vorliegend zu beachtende Strafrahmen (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen) infolge der teilweise versuchten Tatbegehung bezüglich der Erstverurteilung nicht automatisch nach unten, da in concreto keine besonderen Umstände gegeben sind, bei welchen die Festsetzung einer Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens dem Rechtsempfinden widerspräche (BGE 136 IV 55, E. 5.8.).

In Bezug auf das vom Beschuldigten vor dem Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 begangene Delikt bildete die Vorinstanz korrekt zuerst eine hypothetische Gesamtstrafe 2 für den Tatkomplex "erste Verurteilung plus Delikt vor der Erstverurteilung" (Tatgruppe 2), um so die Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld zu ermitteln (Urk. 60, S. 15 f., E. 4.9.).

Der Erstverurteilung lag das Tatgeschehen zugrunde, wonach der Beschuldigte am 6. Dezember 2009 gegen 22.48 Uhr daran war, mit eigens dafür mitgebrachtem Werkzeug in ein Dessous-Geschäft in Bielefeld einzubrechen, um die Dessous zu behändigen, während ein Kollege Schmiere stand (Urk. 36/138). Der Beschuldigte gab den Vorsatz zu, dass er das Diebesgut anschliessend verkaufen wollte (Urk. 36/140). Das Vorhaben scheiterte letztlich nur wegen der Alarmierung der Polizei durch einen Zeugen (Urk. 36/142). Dem Sachverhalt gemäss Anklageziffer 1 lag ein praktisch identisches Tatgeschehen bezüglich des Kleidergeschäf-

tes F._____ in ... zugrunde, wobei in diesem Fall der Einbruch zu Ende geführt wurde, jedoch die gestohlene Ware teilweise zurückgelassen werden musste (Urk. 14/7). Das objektive Tatverschulden bezüglich der Tatgruppe 2 wiegt ebenfalls nicht mehr leicht, namentlich auch weil der Beschuldigte beim Einbruchsvorfall in das Dessous-Geschäft "... " in Bielefeld den eigentlichen Einbruchsvorgang selbst vornahm und auch bezüglich des geplanten Verkaufs einen eigenen Tatbeitrag einräumte (Urk. 36/142 und Urk. 36/140). Das Vorgehen war ebenfalls professionell und die kriminelle Energie ist durchaus vergleichbar mit derjenigen bezüglich der Tatgruppe 1. Subjektiv ist auch hier zu berücksichtigen, dass das einzige Motiv des Beschuldigten darin bestand, mittels der Einbrüche Geld zu verdienen, ohne dass eine Notlage gegeben gewesen wäre (Urk. 36/135). Mit der Vorinstanz ist die hypothetische Einsatzstrafe für die Gesamtstrafe 2 (Tatgruppe 2) auf 16 Monate Freiheitsstrafe festzulegen.

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse und dem Vorleben ist auf das bereits vorstehend und durch die Vorinstanz Erwähnte zu verweisen (Urk. 60, S. 16 f.). Zutreffend berücksichtigte diese auch den Umstand, dass der Beschuldigte bezüglich der Tatgruppe 2 (noch) nicht vorbestraft war, weder in Deutschland noch in der Schweiz, und dass er schliesslich geständig war. Diesbezüglich gilt es einschränkend erneut zu bedenken, dass der Beschuldigte im aktuellen Untersuchungsverfahren lange eine deliktische Tätigkeit und Verurteilung vor dem Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 10. März 2010 leugnete und die Tatbegehung in Uster vom Oktober 2005 (Anlageziffer 1) erst nach Vorhalt sichergestellter Spuren zugab (Urk. 10.2.02, S. 10 und S. 12; Urk. 10.2.06, S. 2 ff. und S. 4). Dass es in einem zu beurteilenden Tatgeschehen beim versuchten Einbruchdiebstahl blieb, ist jedoch nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen, da es durch die Alarmierung der Polizei in Bielefeld äusseren Umständen zuzuschreiben war, dass der Erfolg nicht eintrat. Die Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe um 2 Monate ergibt für die Tatgruppe 2 eine Gesamtstrafe von 14 Monaten, wovon auch die Vorinstanz zu Recht ausging (Urk. 60, S. 17).

Abweichend von der Vorinstanz ist jedoch an dieser Stelle zunächst die bereits mit der Erstverurteilung ausgesprochene Strafe, mithin die mit Strafbefehl des

Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 ausgefallte Freiheitsstrafe von 8 Monaten, von der Gesamtstrafe 2 abzuziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_390/2012 vom 18. Februar 2013, E. 4.3.1. m.H. und E. 4.3.2.), so dass für die Tatgruppe 2 eine - hypothetische - Zusatzstrafe von 6 Monaten auszufallen wäre.

4.3. Wie dargelegt ist jedoch in Nachachtung des Asperationsprinzips für die vor und nach dem Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld begangenen Delikte eine sämtliche Straftaten umfassende Gesamtstrafe zu bilden, indem die Gesamtstrafe 1 angemessen erhöht wird. Dabei ist in Betracht zu ziehen, dass sämtliche Delikte in gleicher Art und Weise und zum gleichen Zweck im Zeitraum von 8 Jahren und trotz zwischenzeitlicher Verurteilung und erstandener Untersuchungshaft begangen wurden. Vorliegend verhält es sich demnach so, dass der Beschuldigte quasi zwei Mal in den Genuss der in aller Regel vorteilhaften Zusatzstrafe kommt, nämlich ein erstes Mal durch die Bildung einer Gesamtstrafe hinsichtlich der Tatgruppe 2, was eigentlich dem "Normalfall" einer retrospektiven Konkurrenz mit Zusatzstrafenbildung entspricht, und ein zweites Mal durch die Bildung einer Gesamtstrafe hinsichtlich der Tatgruppen 1 und 2. Im letzteren Fall jedoch entspreche es nicht der ratio legis der Bestimmung von aArt. 68 Ziff. 2 StGB (sc. und damit von Art. 49 StGB), dass derjenige Täter in den Genuss einer Zusatzstrafe kommen solle, der erneut delinquierte, nachdem er wegen anderer Delikte erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden sei, so das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 5. April 2012 (BGE 138 IV 113, E. 3.4.3. und E. 3.4.1.). Mithin rechtfertigt es sich vorliegend entgegen der Vorinstanz, die reduzierte Gesamtstrafe 2 stärker zu berücksichtigen und sie daher im Umfang von 4 Monaten an die Gesamtstrafe 1 anzurechnen. Im Ergebnis wäre der Beschuldigte daher mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 4 Monaten zu bestrafen.

5. Anzumerken bleibt, dass offenbar auch die Vorinstanz zunächst für die Gesamtstrafe 2 nach Berücksichtigung von Tat- und Täterkomponenten von 14 Monaten Freiheitsstrafe ausging (Urk. 60, S. 17, E. 4.11.), danach jedoch die Gesamtstrafe 2 unter dem Aspekt des Asperationsprinzips um 8 Monate senkte, ohne dass dies nachvollziehbar begründet wäre, da die versuchte Tatbegehung ja bereits unter dem Titel Tat- und Täterkomponente zu berücksichtigen war. Es

scheint, dass es sich dabei um ein Versehen handelt, zog die Vorinstanz doch danach nochmals 8 Monate unter dem Titel Berücksichtigung der bereits ausgefallten Strafe durch das Amtsgericht Bielefeld ab (vgl. Urk. 60, S. 17, E. 4.9.7. - 4.11.). Das kann indes offen bleiben, da das Berufungsgericht in Nachachtung des Schlechterstellungsverbots gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO insgesamt keine höhere Freiheitsstrafe ausfällen darf als die von der Vorinstanz verhängte, nachdem der Beschuldigte allein zu seinen Gunsten appellierte.

Damit ist der Beschuldigte unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 ausgefallten Strafe mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 4 Monaten zu bestrafen.

6. Der Beschuldigte befindet sich seit dem 11. März 2013 in Haft (Urk. 4.1.19 und 4.1.28). Die bis zur Berufungsverhandlung erstandene Haft (Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafantritt) von 527 Tagen ist dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 51 StGB an die Strafe anzurechnen.

III. Widerruf

Bezüglich des Widerrufs der vom Amtsgericht Bielefeld bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 8 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren in Anwendung von Art. 46 StGB kann vollumfänglich auf die vollständigen und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 60, S. 18). Ein Widerruf eines von einem ausländischen Richter gewährten bedingten Strafvollzuges kommt nicht in Betracht (Schneider/Garré in: BSK-StGB I, a.a.O., N 61 zu Art. 46 und Trechsel/Pieth in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 10 zu Art. 46).

IV. Strafvollzug

Da der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von über drei Jahren zu bestrafen ist, fällt eine teilbedingte Strafe (Art. 43 StGB) ausser Betracht.

VI. Kostenfolge

Dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beschuldigten sind ausgangsgemäss die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausgenommen davon sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Entsprechend seinem Antrag (Urk. 73 S. 1; Urk. 74; Prot. II S. 4) ist der amtliche Verteidiger mit Fr. 7'271.60 (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Staatsanwaltschaft ihre Anschlussberufung zurückgezogen hat.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 21. November 2013 bezüglich Dispositiv Ziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Freispruch), 4 (Einziehung Bargeldbetrag), 5 und 6 (Zivilpunkt), 7 (DNA-Probe) sowie 8 bis 10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) sowie der gleichentags ergangene Beschluss (Einstellungen) in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Jahren und 4 Monaten Freiheitsstrafe teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 8. März 2010 (Geschäfts-Nr. Cs 46 Js 56/10) ausgefallten Strafe, wovon 527 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt bis und mit heute erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'271.60 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten und seinen amtlichen Verteidiger (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland (vorab per Fax)
 - die Privatkläger 2 und 4 bis 7 (im Dispositiv)
(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge [Art. 84 Abs. 4 StPO] - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (Geschäfts-Nr. 2013/3084)
 - die Justizvollzugsanstalt G. _____ (übergeben an die zuführenden Beamten der Kantonspolizei)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - den amtlichen Verteidiger im Doppel, für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - das Bundesamt für Migration

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

5. 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. August 2014

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Brühlhart