

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140116-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Burger, der
Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
Oswald

Urteil vom 3. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidrige Einreise etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
19. Dezember 2013 (DG130072)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 14).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG,
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, sowie
 - des Stellenantritts ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG.

2. Die mit Entscheid des Office des juges d'application des Peines, Lausanne, vom 20. April 2012 verfügten bedingte Entlassung wird widerrufen und die Rückversetzung in den Vollzug der Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten Freiheitsstrafe [Urteil des Cour de cassation pénale du tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009] angeordnet.

3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe gemäss Dispositiv-Ziffer 2 bestraft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten als **Gesamtstrafe**, wovon 20 Tage durch Haft (gerechnet vom 24. September 2013 bis und mit 13. Oktober 2013) erstanden sind.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 14. Oktober 2013 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

4. Der Antrag, das vom Beschuldigten erstellte DNA-Profil sei umgehend zu vernichten, wird abgewiesen.

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'500.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	4'550.00	Kosten amtl. Verteidigung
Fr.	9'650.00	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46 S. 1)

1. Der Schuldspruch gemäss Ziff. 1 des angefochtenen Urteils sei zu bestätigen.
2. In Abänderung von Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids sei die mit Entscheid des Office des juges d'application des Peines, Lausanne, vom 20. April 2012 für eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 1 Jahr und 10 Monaten verfügte bedingte Entlassung nicht zu widerrufen und die Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten Freiheitsstrafe nicht zu vollziehen.
3. In Abänderung von Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten zu bestrafen, wobei die erstandene Haft und der vorzeitige Strafantritt an die Strafe anzurechnen seien.
4. Eventualiter: Sollte Antrag 2 nicht gefolgt werden, so wird beantragt, einen *teilbedingten Vollzug* der Freiheitsstrafe anzuordnen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, wobei die Entschädigung einstweilen von der Staatskasse zu tragen ist.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 42, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Der Beschuldigte A._____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Dezember 2013 der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG, des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie des Stellenantritts ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG schuldig gesprochen. Die mit Entscheid des Office des juges d'application des Peines, Lausanne, vom 20. April 2012 verfügte bedingte Entlassung wurde widerrufen und die Rückversetzung in den Vollzug der Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten Freiheitsstrafe [Urteil des Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009] angeordnet. Unter Einbezug dieser Reststrafe wurde der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten als Gesamtstrafe bestraft, wovon 20 Tage durch Haft erstanden waren. Sodann wurde davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 14. Oktober 2013 im vorzeitigen Strafvollzug befindet. Der Antrag, das vom Beschuldigten erstellte DNA-Profil zu löschen, wurde abgewiesen (Urk. 36).

Das vorinstanzliche Urteil wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2013 mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 18, Urk. 27). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2013 meldete der Beschuldigte fristgerecht die Berufung an

(Urk. 30). Das begründete Urteil wurde der Staatsanwaltschaft am 14. Februar 2014 und dem Beschuldigten am 17. Februar 2014 zugestellt (Urk. 33).

Mit Eingabe vom 7. März 2014 reichte die Verteidigung des Beschuldigten fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 38). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 42). Beweisergänzungen wurden keine beantragt.

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf den Schuldspruch und die Bemessung der Strafe (Urk. 38 S. 2). Da der geständige Beschuldigte vor Vorinstanz einen Schuldspruch beantragte und aus seinen Anträgen in der Berufungserklärung nicht hervorgeht, dass er einen Freispruch bzw. eine Änderung des Schuldspruchs verlangt, ist hingegen davon auszugehen, dass der Schuldspruch nicht angefochten ist. So beantragte die Verteidigung auch anlässlich der Berufungsverhandlung eine Bestätigung des Schuldspruchs (Urk. 46 S. 1). Der Beschuldigte beantragte jedoch den Verzicht auf die Rückversetzung (Dispositivziffer 2) sowie eine Reduktion der ausgefallten Strafe und eine Abänderung des vollumfänglich unbedingt ausgesprochenen Vollzugs der Strafe (Dispositivziffer 3). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Dezember 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Abweisung beantragte Vernichtung DNA-Profil), 5 und 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II. Rückversetzung

1. Gemäss Art. 89 Abs. 1 StGB ordnet das Gericht die Rückversetzung an, wenn der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht. Auf eine Rückversetzung kann verzichtet werden, wenn trotz

des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird (Art. 89 Abs. 2 StGB).

2. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009 zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten, unter Anrechnung von 399 Tagen Untersuchungshaft, verurteilt. Am 23. Mai 2012 wurde er aufgrund des Entscheids des Office des juges d'application des Peines, Lausanne, vom 20. April 2012 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen, unter Ansetzung einer bis zum 23. März 2014 laufenden Probezeit (Urk. 10/1, Urk. 10/2). Der Beschuldigte beging die Delikte, für welche er von der Vorinstanz rechtskräftig verurteilt wurde, im Zeitraum vom 1. oder 2. Februar 2013 bis 25. September 2013 (gemäss Anklageschrift; verhaftet wurde der Beschuldigte allerdings am 24. September 2013) und damit innerhalb dieser Probezeit.

3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass dem Beschuldigten eine schlechte Prognose auszustellen, die bedingte Entlassung zu widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der mit Urteil des Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009 ausgefallten Freiheitsstrafe (Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten) zurückzusetzen sei (Urk. 36 S. 4 ff.). Der Beschuldigte liess beantragen, auf die Rückversetzung zu verzichten (Urk. 38 S. 2, Urk. 46 S. 1). Vor Vorinstanz machte die Verteidigung diesbezüglich geltend, es bestehe kein nennenswertes Risiko für die Begehung weiterer Straftaten, da sich die Vergehen im Verstoss gegen das Ausländergesetz erschöpfen. Da gegen den Beschuldigten eine Einreisesperre in die Schweiz verfügt worden sei und er auch eingesehen habe, dass er die Schweiz definitiv verlassen müsse, bestehe auch kein Risiko einer weiteren relevanten Straffälligkeit in der Schweiz mehr. Es genüge, wenn der Beschuldigte verwarnt und die Probezeit um maximal die Hälfte verlängert werde. Sodann seien die fehlende Einschlägigkeit der aktuellen Vergehen, deren Geringfügigkeit im Vergleich zu seinen Vortaten und -strafen, die positive Entwicklung des Beschuldigten und das durchaus nachvollziehbare und achtenswerte Motiv des Beschuldigten und sein nicht (mehr) zu beanstandendes Verhalten im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen. Weiter zu be-

rücksichtigen sei, dass dem Beschuldigten nicht bewusst gewesen sei, dass er mit seinem Vergehen gegen das AuG gleich einen Widerrufgrund seiner Reststrafe riskiere (Urk. 25 S. 8 f.). Die Verteidigung wiederholte auch anlässlich der Berufungsverhandlung, der Beschuldigte haben nicht damit rechnen müssen, dass eine erneute Einreise in die Schweiz diese Konsequenz haben würde. Dies gelte umso mehr, wenn man sich seine dazumal deutlich schwerer wiegende Delinquenz vergegenwärtige. Komme hinzu, dass die damals von den Ausländerbehörden ausgefallte Einreisesperre ihm gegenüber nicht einmal eröffnet, sondern erst im Rahmen des vorliegenden Verfahrens anlässlich der polizeilichen Einvernahme ordentlich verfügt worden sei (Urk. 46 S. 3). Eine Schlechtprognose könne dem Beschuldigten nicht gestellt werden. Der Beschuldigte sei nicht in die Schweiz zurückgekommen, in der Absicht, sich dauerhaft in die Kriminalität zu begeben. Vielmehr habe er das Ziel gehabt, sich ein ordentliches Leben aufzubauen. Zwar sei er erneut straffällig geworden, jedoch erschienen seine aktuellen Vergehen deutlich geringer im Vergleich zu seinen Vortaten (Urk. 46 S. 5 ff.).

Auch wenn gegen den Beschuldigten eine Einreisesperre in die Schweiz verfügt wurde (vgl. Urk. 2 S. 4, Urk. 6, Urk. 7/4), kann nicht ausgeschlossen werden, dass er erneut delinquierte. So hat er schliesslich bereits vor der Begehung der vorliegenden Delikte gewusst, dass er um ein Visum hätte ersuchen und eine Arbeitsbewilligung hätte beantragen müssen, ohne dass ihn dies davon abgehalten hätte, sich erneut strafbar zu machen. Anlässlich der Eröffnung der Einreisesperre bei der Polizei am 25. September 2013 brachte er sodann zum Ausdruck, dass ihn das nicht interessiere (Urk. 2 S. 4) und er wiederkommen werde (Urk. 6 S. 1). Auch bei der Staatsanwaltschaft führte er am 26. September 2013 und damit einen Tag nach Kenntnisnahme der Einreisesperre aus, er werde in der Schweiz bleiben oder wieder kommen (Urk. 3 S. 4). Der Beschuldigte versties nicht das erste Mal gegen das Ausländergesetz. Bereits vom 1. Mai 2008 bis 2. September 2008 hielt er sich rechtswidrig in der Schweiz auf (Urk. 10/1).

Der Beschuldigte hatte - wie er vor Vorinstanz selber bestätigte (Prot. I S. 9) - Kenntnis vom Entscheid des Office des juges d'application des Peines, Lausanne, vom 20. April 2012, mit welchem für die bedingte Entlassung eine Probezeit von 1 Jahr und 10 Monate angeordnet wurde, wurde ihm dieser doch in der Straf-

vollzugsanstalt übergeben (Urk. 10/2 S. 5). Er wusste demnach, dass ihm bei einem erneuten Delikt die Rückversetzung drohte. Dabei musste er damit rechnen, dass diese auch bei einer Tat erfolgt, welche weniger gravierend ist, als vorherige Delikte, wusste er doch - wie bereits erwähnt - von der Pflicht, ein Visum und eine Arbeitsbewilligung einzuholen und machte er sich bereits einmal wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz strafbar. Trotz laufender Probezeit und Vorstrafen, von denen eine teilweise einschlägig ist (vgl. Urk. 10/1), liess sich der Beschuldigte nicht davon abhalten, neue Straftaten zu begehen. Verwarnungen genügen offensichtlich nicht.

Unter diesen Umständen kann dem Beschuldigten keine günstige Prognose gestellt werden, weshalb die Vorinstanz zu Recht die Rückversetzung des Beschuldigten in den Strafvollzug angeordnet hat. Daran würden auch die eventualiter beantragten Beweisergänzungen der Verteidigung (Befragung der Pflegefamilie des Beschuldigten und Einholen eines Führungsberichts; Prot. II S. 10, Urk. 46 S. 9 und 11) nichts ändern. Der Beschuldigte ist demnach in den Vollzug der mit Urteil des Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009 ausgefallten Freiheitsstrafe (Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten) zurückzusetzen.

III. Strafzumessung

1. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Der Beschuldigte wurde am 11. Juni 2013 vom Ministère public du canton de Fribourg zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten verurteilt (Urk. 10/1 und Fax des Strafbefehls). Die rechtswidrige Einreise des Beschuldigten vom 1. oder 2. Februar 2013 erfolgte damit vor dieser Verurteilung, weshalb an sich eine Zusatzstrafe im Raum steht. Eine solche kann jedoch nur ausgefällt werden, wenn die frühere Verurteilung rechtskräftig ist (vgl. BGE 129 IV 117). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist die Rechtskraft des genannten Strafbefehls nicht nachgewiesen (vgl. Urk. 36 S. 6). So wurde der Strafbefehl

gemäss Mitteilungssatz nur dem Anzeigeerstatler und dem Migrationsamt mitgeteilt (vgl. Fax des Strafbefehls S. 2) und gab der Beschuldigte an, vom Strafbefehl keine Kenntnis zu haben (Urk. 4 S. 5, Prot. I S. 12). Mangels anderer Angaben kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Strafbefehl vom 11. Juni 2013 in Rechtskraft erwachsen ist. Demnach ist er vorliegend ausser Acht zu lassen bzw. keine Zusatzstrafe zu fällen. Diese Vorgehensweise wurde im Übrigen von keiner Partei beanstandet.

2. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 36 S. 6 ff.).

3. Für die rechtswidrige Einreise, den rechtswidrigen Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c AuG sieht das Gesetz eine abstrakte Strafdrohung einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

Der Beschuldigte hat zwar durch mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt. Die Taten stehen aber in sehr engem Zusammenhang, fallen unter den selben Artikel des Ausländergesetzes und sind gemäss abstrakter Strafdrohung des Gesetzes mit der selben Strafe bedroht, so dass es sich vorliegend rechtfertigt, nicht eine Einsatzstrafe für die "schwerste" Tat festzulegen und unter Einbezug der anderen Straftaten angemessen zu erhöhen, sondern die Delikte bei der Beurteilung zusammen zu behandeln. Die Deliktsmehrheit ist innerhalb des ordentlichen Strafraumens strafferhöhend zu berücksichtigen.

4. Innerhalb des festgelegten Strafraumens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter

nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

4.1. Betreffend die objektive Tatschwere ist hervorzuheben, dass sich der Beschuldigte durch seine Einreise in die Schweiz und den Aufenthalt und die Arbeitstätigkeit in der Schweiz über behördliche Regelungen betreffend Ausländer hinwegsetzte, welche die öffentliche Ordnung sowie die innere und äussere Sicherheit des Landes schützen. Durch sein Verhalten demonstrierte er eine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber den geltenden ausländerrechtlichen Regelungen. So versuchte er nicht einmal, die entsprechenden Visa und Bewilligungen erhältlich zu machen. Durch die illegale Arbeitstätigkeit leistete er sodann keine Steuern und Sozialabgaben. Der rechtswidrige Aufenthalt und die nicht bewilligte Arbeitstätigkeit erstreckte sich über fast acht Monate und damit insgesamt über einen nicht unerheblichen Zeitraum. Das objektive Tatverschulden wiegt erheblich.

Was die subjektive Tatschwere betrifft, so handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich. Seinem Handeln lagen egoistische Motive zu Grunde, ging es ihm doch um den finanziellen Vorteil, welchen er sich durch den Aufenthalt und die Arbeit in der Schweiz erhoffte. Der relativ lange Zeitraum seines rechtswidrigen Aufenthalts und der nicht bewilligten Arbeitstätigkeit lassen auf einen relativ ausgeprägten deliktischen Willen schliessen. Auch in subjektiver Hinsicht wiegt das Verschulden des Beschuldigten erheblich.

Insgesamt erweist sich eine Einsatzstrafe von acht Monaten Freiheitsstrafe als dem Verschulden angemessen.

Es ist vorliegend aus Gründen der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit der Strafe eine Freiheitsstrafe und nicht eine Geldstrafe auszufällen. Der

Beschuldigte wurde schon zweimal zur einer Freiheitsstrafe und einmal zu einer Geldstrafe verurteilt (vgl. Urk. 10/1). Dennoch delinquierte er erneut und teilweise einschlägig. Der Beschuldigte lässt sich von Vorstrafen offensichtlich nicht abschrecken und manifestiert damit seine Gleichgültigkeit gegenüber ihm auferlegte oder drohende Strafen. Kommt hinzu, dass er weder über Einkommen noch über Vermögen verfügt. Er wird früher oder später ausreisen müssen, weshalb die Vollstreckung der Geldstrafe erheblich erschwert, wenn gar unmöglich sein würde. Eine Geldstrafe erwiese sich daher als unzweckmässig. Vielmehr erscheint es vorliegend zweckdienlich, dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe aufzuerlegen. Dies lässt sich auch durchaus mit den Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld vereinbaren, lebt er doch weder in stabilen Verhältnissen noch geht er einer (legalen) Arbeit nach.

4.2. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 36 S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, er sei am tt.mm.1982 in Albanien geboren worden, habe die Grundschule besucht, aber keine Berufsausbildung abgeschlossen. Er hielt sich verschiedentlich in der Schweiz, in Griechenland, in Italien und in Albanien auf. Der Beschuldigte ist ledig und hat keine Kinder. Nach seiner Entlassung möchte er nach Albanien zurückkehren (Prot. II S. 6 ff. und S. 11).

Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung wären.

Erheblich straf erhöhend sind die Vorstrafen des Beschuldigten sowie das Delinquieren während laufender Probezeit zu berücksichtigen (vgl. Urk. 10/1).

Das Geständnis des Beschuldigten fällt erheblich strafmindernd ins Gewicht.

Sonstige Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich. Die eben Erwähnten halten sich in etwa die Waage.

4.3. Wenn, wie hier, für die neuen Straftaten die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind (vgl. Ziff. IV nachstehend) und diese mit der

durch die Rückversetzung vollziehbaren Reststrafe zusammentrifft, so bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 StGB).

Unter Einbezug der Reststrafe von 1 Jahr und 9 Monaten sowie unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erweist sich eine Freiheitsstrafe von 28 Monaten als Gesamtstrafe als angemessen. An diese Freiheitsstrafe sind 252 Tage erstandene Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug bis und mit heute anzurechnen (Art. 51 StGB, Urk. 8/1, Urk. 19).

IV. Vollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, was auf den Beschuldigten zutrifft (vgl. Urk. 10/1), so ist der Aufschieb nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB).

2. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz liegen keine besonders günstige Umstände vor, welche einen bedingten Vollzug der acht Monaten Freiheitsstrafe für die neuen Delikte rechtfertigen würden. Wie bereits unter Ziffer II vorstehend ausgeführt, delinquierte der Beschuldigte trotz laufender Probezeit und Vorstrafen. Der Beschuldigte liess sich nicht davon abhalten, neue Straftaten zu begehen, obwohl er damit die Rückversetzung in den Vollzug der Reststrafe riskierte. Es mangelt an Einsicht des Beschuldigten und seine Lebensumstände haben sich nicht so geändert, dass man davon ausgehen könnte, er würde das Delinquieren künftig unterlassen. Bei der neuen Strafe sind die Voraussetzungen des unbedingten Vollzugs ohne Weiteres gegeben.

Da die Bildung einer Gesamtstrafe voraussetzt, dass sowohl bei der neuen Strafe als auch bei der Reststrafe die Voraussetzungen des unbedingten Vollzugs gegeben sind, ist entsprechend auch die Gesamtstrafe immer vollständig zu voll-

ziehen. Es kommt weder der bedingte noch der teilbedingte Vollzug der Gesamtstrafe in Betracht (BSK StGB I-Koller, 3. Auflage 2013, Art. 89 N 10; BGE 135 IV 146 E. 2.4.2). Die Freiheitsstrafe ist damit zu vollziehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollständig. Es sind ihm daher die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 4'000.– (inkl. 8% MWST) festzusetzen sind, sind - unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO - auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Dezember 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (keine Vernichtung des DNA-Profiles) sowie 5 und 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Urteil des Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009 ausgefallten Freiheitsstrafe rückversetzt.
2. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrestes (1 Jahr und 9 Monate) bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 252 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'600.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'000.00 amtliche Verteidigung
5. 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 bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Gefängnis Affoltern durch den zuführenden Polizeibeamtensowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Bundesamt für Migrationund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale in die Akten Prozess Nr. PE08.015648-JLR/DST/TDE (im Dispositiv)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.
7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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, 3. Juni 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Oswald