

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190185-O/U/cw-cs

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Stiefel, die Obergerichterin lic. iur. Schärer sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Samocec

## Urteil vom 11. Oktober 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. A. Wicky

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Dezember 2018 (DG180095)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 1. November 2018 (Urk. D1/16) ist diesem Urteil beigeheftet.

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig
  - des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 StGB sowie
  - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 107 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl vom 30. September 2016 von der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen ausgefallten Geldstrafe von 21 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird verzichtet.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a lit. c StGB für 10 Jahre des Landes (Hoheitsgebiet der Schweiz) verwiesen.
6. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
7. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin 1 (B.\_\_\_\_\_ AG) eine Umtriebsentschädigung von Fr. 40.– (Restbetrag von insgesamt Fr. 150.–) zu bezahlen.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'600.00; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'100.00 Gebühr Vorverfahren

Fr. 50.00 Auslagen ausserkantonale Verfahrenskosten

Fr. 9'866.90 amtliche Verteidigung (inkl. Auslagen und MWST)

**Fr. 15'616.90 Total**

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

9. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 8 werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

### **Berufungsanträge:**

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 72)

"1. Die Dispositivziffern Nr. 2 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Dezember 2018 seien aufzuheben;

2. Der Berufungskläger sei mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft sowie des vorzeitigen Strafvollzugs von 403 Tagen, zu bestrafen;

3. Der Berufungskläger sei umgehend aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu entlassen und es sei auf eine Entschädigung für die entstandene Überhaft zu verzichten;

4. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem sei abzusehen;

5. Die Kosten für das vorliegende Berufungsverfahren und für die amtliche Verteidigung (zzgl. MwSt.) seien auf die Staatskasse zu nehmen."

b) Der Anklagebehörde:

(Urk. 73)

"1. Der Beschuldigte sei mit einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu bestrafen.

2. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei abzusehen."

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Verfahrensgang und Prozessuales**

##### 1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Dezember 2018 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Diebstahls und des mehrfachen Hausfriedensbruchs schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft. Von einem Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen vom 30. September 2016 ausgefallenen Geldstrafe von 21 Tagessätzen zu Fr. 30.– sah die Vorinstanz ab. Weiter verwies sie den Beschuldigten für 10 Jahre des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem an. Ferner entschied die Vorinstanz über die Schadenersatzbegehren der Privatklägerschaft und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens (Urk. 52 S. 33 f.).

1.2. Gegen das mündlich eröffnete Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 20. Dezember 2018 Berufung an (Urk. 44) und reichte nach Erhalt des

begründeten Urteils am 28. März 2019 (Urk. 49) mit Eingabe vom 11. April 2019 (Datum Poststempel) fristgerecht seine Berufungserklärung samt Beilagen ein (Urk. 56 und 57/1-6). Mit Präsidialverfügung vom 15. April 2019 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerschaft zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder einen Nichteintretensantrag zu stellen (Urk. 59). Mit Eingabe vom 23. April 2019 erklärte die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung (Urk. 62). Die Privatklägerschaft liess die ihr angeetzte Frist unbenützt verstreichen (vgl. Urk. 60/3-4). Mit Präsidialverfügung vom 29. Mai 2019 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um ihre Anschlussberufung zu verdeutlichen, namentlich um anzugeben, inwiefern das vorinstanzliche Urteil abzuändern sei (Urk. 64). Am 11. Juni 2019 reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist ihre verdeutlichte Anschlussberufung ein (Urk. 66).

1.3. Am 4. Juli 2019 wurde auf den 11. Oktober 2019 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 69). Diese fand in Anwesenheit des Beschuldigten und dessen amtlicher Verteidigung sowie des Vertreters der Anklagebehörde statt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Umfang der Anfechtung

2.1. Der Beschuldigte beantragte mit seiner Berufungserklärung eine angemessene Reduktion der ausgefallten Freiheitsstrafe und die Gewährung des teilbedingten Vollzugs. Zudem sei von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen (Urk. 56 S. 3 ff.) Anlässlich der Berufungsverhandlung focht er den unbedingten Vollzug der Freiheitsstrafe (Dispositivziffer 3) nicht mehr an (Urk. 72 S. 1 und 12). Aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Strafe hat die vorinstanzliche Regelung des Strafvollzugs nach wie vor als mitangefochten zu gelten.

2.2. Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Anschlussberufung dagegen eine Erhöhung der ausgefallten Freiheitsstrafe auf 30 Monate, wobei diese zu vollziehen sei. In Übereinstimmung mit der amtlichen Verteidigung beantragt sie zudem, dass auf eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem zu verzichten sei (Urk. 66 S. 2; Urk. 73 S. 1).

2.3. Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Dezember 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 4 (Widerruf), 5 (Landesverweisung) und 7 (Schadenersatz) in Rechtskraft erwachsen ist. Ebenfalls in Rechtskraft erwachsen sind die vorinstanzlichen Dispositivziffern 8-9 (Kostendispositiv), da die Verteidigung mit ihrer Berufung den vorinstanzlichen Schuldpruch nicht angefochten hat und in ihrer Berufungserklärung auch keine Beanstandung des vorinstanzlichen Kostendispositivs erfolgte.

## **II. Strafe und Vollzug**

1. In Bezug auf das anwendbare Recht wies bereits die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass sich sämtliche zu beurteilenden Taten nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts) am 1. Januar 2018 abspielten (Urk. 52 S. 14 f.). Dementsprechend ist das neue Sanktionenrecht anzuwenden.

2. Ausgangspunkt für die Strafzumessung stellt als schwerste vom Beschuldigten begangene Tat der gewerbsmässige Diebstahl dar, für welchen die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit einer Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen vorgesehen ist (Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 139 Ziff. 2 StGB; Art. 49 Abs. StGB). Es bestehen keine aussergewöhnlichen Umstände, die es angezeigt erscheinen lassen, diesen Strafrahmen zu verlassen, weshalb die Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu bemessen ist. Die Deliktsmehrheit und die teilweise mehrfache Tatbegehung sind innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafe erhöhend zu berücksichtigen.

3. Innerhalb des Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB; vgl. zu den Einzelheiten BGE 123 IV 49 E. 2 und BGE 136 IV 55).

3.1. Ist der Täter wegen einer Mehrheit, teilweise mehrfach, begangener Taten zu bestrafen, hat das Gericht basierend auf der Tatkomponente zunächst

die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt zu bestimmen. In einem weiteren Schritt sind die übrigen Delikte – wiederum basierend auf der Tatkomponente – zu beurteilen, und es ist dafür unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände die hypothetische Strafe ausgehend vom jeweils einschlägigen Strafraumen zu ermitteln. Sind für die einzelnen Delikte gleichartige Strafen auszufallen, ist sodann unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips die hypothetische Gesamtstrafe für sämtliche dieser Delikte festzulegen (Art. 49 Abs. 1 StGB; BGE 6B\_808/2017 E. 2.1.1; BGE 138 IV 120 E. 5.2). Dabei ist namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts ist dabei in der Regel geringer zu veranschlagen, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (BGE 6B\_323/2010 E. 3.2).

3.2. Nach der Festlegung der hypothetischen Gesamtstrafe für sämtliche Delikte sind schliesslich die Täterkomponente (BGE 6B\_865/2009 E. 1.6.1; BGE 6B\_496/2011 E. 2 und E. 4.2) und gegebenenfalls weitere tat- und täterunabhängige Umstände zu berücksichtigen.

4. Kommen für einen Normverstoss Freiheitsstrafe und Geldstrafe alternativ in Betracht, ist die Wahl der Sanktionsart zu begründen, wobei als wichtigste Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkung auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen sind (BGE 134 IV 97 E. 4.2).

4.1. Das Gesetz sieht für den gewerbsmässigen Diebstahl und den Hausfriedensbruch nebst einer Freiheitsstrafe alternativ eine Geldstrafe als mögliche Sanktion vor (Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 139 Ziff. 2 StGB und Art. 186 StGB). Was die Wahl der Strafart im vorliegenden Fall betrifft, ist vorwegzunehmen, dass der Beschuldigte bereits vor der Begehung der zu beurteilenden Delikte mehrfach verurteilt wurde (Urk. D1/13/2 S. 1 f.; Urk. D1/13/4 S. 1; Urk. D1/13/3 S. 2; Urk. D1/13/4 S. 1; Urk. 54). In Anbetracht dessen, dass ihn diese zahlreichen Strafen jedoch offenkundig nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten vermochten,

erweist es sich daher als angezeigt, für sämtliche zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe auszufällen.

4.2. In Bezug auf die objektive Tatschwere des gewerbsmässigen Diebstahls ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte, teilweise im Zusammenwirken mit dem mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_, innerhalb von nur 20 Tagen insgesamt 6 Diebstähle in verschiedenen Einkaufszentren beging. Der dabei erbeutete Deliktsbetrag, welcher sich – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 72 S. 3) – aus dem Warenwert der gestohlenen Produkte und dem (entgangenen) Verkaufserlös zusammensetzt, betrug knapp Fr. 20'000.–. Dementsprechend ist die deliktische Intensität und die Deliktssumme auch innerhalb des Tatbestandes des gewerbsmässigen Diebstahls als beträchtlich zu qualifizieren. Das Tatvorgehen, welches darin bestand, dass das Deliktsgut an einem blickgeschützten Ort in einem Rucksack verstaut wurde, worauf der Beschuldigte oder der mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ mit diesem Rucksack einfach zum Einkaufszentrum hinausmarschierten, ist als wenig raffiniert, aber effektiv zu bezeichnen. Trotz der Einfachheit ihrer Ausführung liegt den einzelnen Diebstählen eine gewisse Planmässigkeit zugrunde. So hat sich der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben die B.\_\_\_\_\_-Filiale in Winterthur nicht zufällig als Zielobjekt ausgesucht. Aufgrund im Jahre 2016 in derselben B.\_\_\_\_\_-Filiale bereits begangener Diebstähle habe er gewusst, dass die Diebstahlsicherungsschranken dort in so grosser Entfernung zum Ausgang stünden, dass man mit dem Diebesgut einfach um diese herumgehen könne, ohne den Diebstahlalarm auszulösen (Urk. D1/3 S. 5; Prot. I S. 9; Prot. II S. 15). Bei den Diebstählen in den verschiedenen D.\_\_\_\_\_-Filialen entwendete der Beschuldigte hingegen lediglich Kosmetikartikel ohne Diebstahlsicherung (Prot. I S. 11; Prot. II S. 15), welche daher einfacher aus dem Ladenlokal herausgetragen werden konnten. Auch die Wahl des Diebesguts scheint nicht zufällig erfolgt zu sein, da sich Kosmetikprodukte und Parfums tendenziell einfach ohne grosses Risiko weiterverkaufen lassen. Gemäss eigenen Angaben verkaufte der Beschuldigte die Deliktsware an "Animierdamen" in Clubs und Salons an der E.\_\_\_\_\_-strasse in Zürich (Urk. D1/4 S. 8; Prot. I S. 12; Prot. II S. 15 f.). Auch wenn der Warenwert des gesamten Diebesguts mit knapp Fr. 20'000.– beträchtlich war, machte der Beschuldigte geltend, dass der durch den Weiterverkauf des Diebesguts erzielte

Erlös nicht sehr gross gewesen sei. Die Kosmetikartikel habe er für etwa Fr. 2.– oder Fr. 3.– pro Stück und die Parfums, je nach Grösse, für Fr. 15.– bis Fr. 25.– pro Flasche weiterverkauft (Urk. D1/2 S. 2 und 5; Urk. D1/4 S. 8). Er und C. \_\_\_\_\_ hätten durch den Verkauf des Diebesguts zusammen jeweils Fr. 900.– eingenommen (Urk. D1/2 S. 2). Auch wenn es sich somit im Verhältnis zum Warenwert um einen relativ geringen Erlös für den Beschuldigten handelte, ändert dies nichts an der beträchtlichen Deliktssumme. Aus diesem Umstand vermag der Beschuldigte daher nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Angesichts des Umstands, dass trotz der überdurchschnittlichen deliktischen Intensität immer noch deutlich gravierendere Fälle des gewerbsmässigen Diebstahls vorstellbar sind, ist die objektive Tatschwere dennoch als noch leicht zu qualifizieren.

4.3. Zur subjektiven Tatschwere ist zunächst zu bemerken, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte und mit seiner Delinquenz egoistisch finanzielle Motive verfolgte. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 52 S. 18), befand sich der Beschuldigte im deliktischen Zeitraum nicht in einer finanziellen Notlage. Anlässlich seiner Einvernahmen gab er an, bis Juli 2018 erwerbstätig gewesen zu sein und so EUR 1'200.– pro Monat verdient zu haben (Urk. D1/2 S. 6). Per 15. September 2018 hätte er gemäss eigenen Angaben eine neue Arbeitsstelle antreten sollen (Urk. D1/4 S. 3; Prot. I S. 9 und 16), was ihm dann aufgrund der Verhaftung aber nicht möglich war. Auch wenn der Beschuldigte im Deliktszeitraum angesichts des zuvor niedrigen Einkommens und der anschliessenden Erwerbslosigkeit in eher knappen finanziellen Verhältnissen lebte, so kann dennoch nicht von einer finanziellen Notlage die Rede sein. Dies gilt umso mehr, als dass die Lebenspartnerin des Beschuldigten während des deliktischen Zeitraums ein Einkommen von EUR 1'200.– pro Monat erwirtschaftete (Urk. D1/2 S. 6). Schliesslich vermögen auch die vom Beschuldigten behaupteten Spielschulden in der Höhe von EUR 350.– sowie Schulden bei einem Freund in Rumänien im Umfang von EUR 2'200.– keine finanzielle Notlage zu begründen (Urk. D1/2 S.6; Prot. I S. 12). Der Gesamtschuldbetrag erweist sich im Verhältnis zur Einkommenssituation des Beschuldigten und seiner Lebenspartnerin nicht als so hoch, als dass die Begehung von Diebstählen als einzige Lösung für die Begleichung der Schulden gesehen werden konnte, zumal er Aussicht auf eine bal-

dige Wiederbeschäftigung hatte. Es wäre ihm damit ohne Weiteres zumutbar und möglich gewesen, sich mit legalen Einkünften zu begnügen, zumal er anlässlich der Berufungsverhandlung auch angab, dass er und seine Partnerin alles gehabt und nichts vermisst hätten (Prot. II S. 12).

4.4. Wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 38 S. 6 f.; Prot. I S. 24), bringt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren vor, dass die Spielsucht des Beschuldigten strafmindernd zu berücksichtigen sei (Urk. 56 S. 4; Urk. 72 S. 4 f.). Der Beschuldigte selbst machte nie explizit geltend, dass seine Spielsucht bzw. ein darauf basierender Leidensdruck einen wesentlichen Grund für seinen Tatentschluss dargestellt hätte. Als Motiv für seine Tatbegehung gab der Beschuldigte an, dass er seine Darlehensschulden habe abbezahlen wollen (Prot. II S. 12 und 14). Dass er nach der Tilgung seiner Schulden den Rest des Deliktserlös gemäss eigenen Aussagen verspielt habe (Prot. II S. 14), bedeutet lediglich, dass er das Vorhandensein überschüssiger finanzieller Mittel als günstige Gelegenheit zum Spielen nutzte. An seinem ursprünglichen Tatmotiv vermag dies hingegen nichts zu ändern. Entsprechend liegen keine Hinweise dazu vor, dass er lediglich delinquierte, um eine allfällige Spielsucht zu finanzieren. Eine Strafminderung unter diesem Titel fällt daher ausser Betracht. Insgesamt vermag die subjektive Tatschwere damit die objektive nicht zu relativieren.

4.5. Angesichts des insgesamt als noch leicht zu qualifizierenden Tatverschuldens erscheint eine Einsatzstrafe von 17 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

4.6. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere des mehrfachen Hausfriedensbruchs ist festzuhalten, dass der Beschuldigte am 8. August 2016 von der B. \_\_\_\_\_ AG für die Dauer von 36 Monaten mit einem Hausverbot für sämtliche B. \_\_\_\_\_-Filialen belegt wurde (Urk. D1/7/4). Mit dem Betreten der B. \_\_\_\_\_-Filiale in Winterthur am 17. und am 31. August 2018 zwecks Begehung von Ladendiebstählen missachtete der Beschuldigte dieses Hausverbot und verletzte so das Hausrecht der B. \_\_\_\_\_ AG. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 52 S. 20), ist zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er sich grundsätzlich unauffällig verhielt und sich nur kurze Zeit innerhalb der B. \_\_\_\_\_-Filiale

aufhielt. Zugunsten des Beschuldigten ist auch zu berücksichtigen, dass er nicht das Hausrecht von Privatpersonen verletzte, welche sich dadurch hätten ängstigen können. Bei der subjektiven Tatschwere ist die eventualvorsätzliche Tatbegehung zu berücksichtigen. Insgesamt ist das Tatverschulden des Beschuldigten als sehr leicht zu qualifizieren.

4.7. Die beiden Hausfriedensbrüche stehen zeitlich, sachlich und situativ in direktem und unauflösllichem Zusammenhang mit dem gewerbsmässigen Diebstahl. Sie betreffen zwar ein anderes Rechtsgut, stellen aber aufgrund der konkreten Umstände aus Sicht der B.\_\_\_\_\_ AG kein entscheidendes zusätzliches Unrecht dar. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des als sehr leicht zu qualifizierenden Tatverschuldens des Beschuldigten ist die Einsatzstrafe für den gewerbsmässigen Diebstahl in Anwendung des Asperationsprinzips um einen Monat Freiheitsstrafe auf 18 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

5. Zum Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist bekannt, dass er am tt. Dezember 1981 in F.\_\_\_\_\_ [Ortschaft] in Rumänien geboren wurde und dort mit einer jüngeren Schwester bei seinen Eltern aufwuchs (Urk. D1/4 S. 11; Prot. I S. 13; Prot. II S. 9). Er habe 8 Jahre die Schule besucht und anschliessend an der Berufsschule eine Ausbildung zum Automechaniker begonnen, diese nach einem Jahr aber abgebrochen (Prot. I S. 14; Prot. II S. 10). Als Grund dafür gab er an, dass er im Jahre 1997 eine Prüfung für den Übertritt ins nächste Ausbildungsjahr nicht habe ablegen können, da er zuvor an einem Fussballspiel im Rahmen einer Messerstecherei verletzt worden sei und deswegen zwei Wochen im Spital habe verbringen müssen. Er habe wegen dieses Vorfalls auch einen Schock erlitten und eineinhalb Wochen in der Psychiatrie verbracht (Prot. I S. 14; Prot. II S. 10). Im Alter von 15 Jahren habe er grosse psychische Probleme gehabt. Im Kindesalter sei bei ihm eine bipolare Persönlichkeitsstörung festgestellt worden. Aktuell nehme er keine Medikamente und leide auch nicht unter psychischen Problemen (Urk. D1/3 S. 6; Urk. D1/4 S. 11 Prot. I S. 16; Prot. II S. 8 und 16). Im Jahre 2012 habe der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben Rumänien verlassen und sei nach Deutschland gegangen, wo er als Pizza-iolo und auch auf dem Bau gearbeitet habe (Urk. D1/4 S. 11; Prot. I S. 15; Prot. II

S. 7 und 11 f.). Er habe vier Jahre lang eine Beziehung mit einer Partnerin namens G. \_\_\_\_\_ geführt. Diese habe zwei Söhne gehabt, welche gemäss den Angaben des Beschuldigten nicht von ihm stammten (Urk. D1/4 S. 11; Prot. I S. 16; Prot. II S. 11). Aktuell lebe er mit seiner Freundin H. \_\_\_\_\_ in I. \_\_\_\_\_ [Ortschaft] in Deutschland, wo er seit März 2018 auch gemeldet sei (Prot. I S. 19; Prot. II S. 10 und 14). Zu seinen finanziellen Verhältnissen gab der Beschuldigte an, dass er bis im Juli 2018 ein Einkommen von EUR 1'200.– pro Monat erwirtschaftet habe (Urk. D1/2 S. 6). Im September 2018 hätte er eine neue Arbeitsstelle als Gipser oder Plattenleger antreten sollen (Prot. I S. 16). Der Beschuldigte gab überdies an, dass seine Partnerin als Reinigungskraft in einem Museum arbeite und so EUR 1'200.– pro Monat verdiene (Urk. D1/2 S. 6; Prot. II S. 12). Insgesamt ergeben sich aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Umstände.

6. Der Beschuldigte weist mehrere Vorstrafen in der Schweiz und im Ausland auf. Ausländische Vorstrafen dürfen im Rahmen der Strafzumessung mitberücksichtigt werden (BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, 4. Auflage 2019, Art. 47 StGB N 134), dies jedoch nur, wenn sie den Grundsätzen des Schweizerischen Rechts nicht widersprechen (BGE 105 IV 225 E. 2) und sie auch noch berücksichtigt werden dürften, wenn sie in der Schweiz verhängt worden wären (BGE 135 IV 87 E. 2.3. f.).

6.1. Gemäss Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 10. August 2016 wegen mehrfachen Diebstahls mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Kurz darauf wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen vom 30. September 2016 wegen geringfügiger Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch mit 21 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– bestraft, wobei der Vollzug der Geldstrafe zugunsten einer zweijährigen Probezeit aufgeschoben wurde (Urk. 54).

6.2. In Deutschland wurde der Beschuldigte wegen bandenmässigen Diebstahls, Diebstahls und Erschleichens von Leistungen, begangen in den

Jahren 2014 und 2015, verurteilt (Urk. D1/13/2 S. 1 f.; Urk. D1/13/4 S. 1). Gemäss seinen Aussagen sei er aufgrund eines dieser Delikte zunächst mit einer Geldstrafe von EUR 900.– bestraft worden, welche später zufolge Nichtbezahlens in eine Freiheitsstrafe von 90 Tagen umgewandelt worden sei. Anschliessend sei noch "für das zweite Delikt" eine Zusatzstrafe verhängt worden. Insgesamt habe er in Deutschland 9 Monate im Gefängnis verbracht, wobei noch ein Strafrest von etwa 6 Monaten bestehe (Urk. D1/4 S. 10; Prot. I S. 17). Weiter wurde der Beschuldigte in Österreich am 16. Dezember 2016 durch das Landesgericht J. \_\_\_\_\_ wegen versuchten Einbruchdiebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt, wovon er 12 Monate verbüsst habe (Urk. D1/13/3 S. 2; Prot. I S. 17 f.; Prot. II S. 13). Schliesslich weist der Beschuldigte auch Vorstrafen in Rumänien auf, wo er im Jahre 2002 wegen Raubes zu 7 Jahren Gefängnis, im Jahre 2007 wegen qualifizierten Diebstahls zu 3 Jahren Gefängnis und im Jahre 2008 wiederum wegen Raubes zu 4,5 Jahren Gefängnis verurteilt wurde (Urk. D1/13/4 S. 1).

6.3. Die in Deutschland und Österreich ausgefallten Geld- und Freiheitsstrafen stehen unbestritten im Einklang mit den Grundsätzen des Schweizerischen Rechts und wären auch heute noch im Strafregister verzeichnet, wären sie in der Schweiz ausgeprochen worden (Art. 369 Abs. 1 lit. b und c StGB bzw. Art. 369 Abs. 3 StGB). Dementsprechend sind sie im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

6.4. In Bezug auf die rumänischen Vorstrafen macht die Verteidigung geltend, dass die in Rumänien bis zum 31. Januar 2014 geltende Fassung des Strafgesetzbuches – anders als die seit diesem Zeitpunkt geltende neue Fassung – sehr hohe Mindeststrafen für qualifizierten Diebstahl und Raub vorgesehen habe, was im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sei (Urk. 56 S. 4; Urk. 72 S. 9). Sofern die Verteidigung damit geltend machen will, dass die in Rumänien in den Jahren 2002, 2007 und 2008 ausgefallten Freiheitsstrafen nicht mit der Schweizerischen Rechtsordnung vereinbar seien, ist ihr zu entgegnen, dass das Schweizerische Strafgesetzbuch in den Jahren 2002 und 2008 für den Tatbestand des Raubes die Bestrafung mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder

Gefängnis nicht unter 6 Monaten (Art. 140 Ziff. 1 aStGB; Stand am 26. März 2002) bzw. die Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen vorsah (Art. 140 Ziff. 1 aStGB; Stand am 1. Januar 2008). Für den qualifizierten Diebstahl sah das StGB im Jahre 2007 die Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren und Geldstrafe nicht unter 90 bzw. 180 Tagessätzen vor (Art. 139 Ziff. 2 und 3 aStGB; Stand am 19. Dezember 2006). Die in Rumänien in den Jahren 2002 und 2008 wegen Raubes ausgesprochenen Freiheitsstrafen von 7 und 4,5 Jahren sowie die im Jahre 2007 wegen qualifizierten Diebstahls ausgefallte Freiheitsstrafe von 3 Jahren liegen mithin allesamt innerhalb der zum gleichen Zeitpunkt in der Schweiz für dieselben Delikte anwendbaren Strafraumen und sind damit mit den Grundsätzen der Schweizerischen Rechtsordnung vereinbar. Abgesehen von der im Jahre 2002 ausgesprochenen Freiheitsstrafe wären diese Strafen auch heute noch im Strafregister verzeichnet, wären sie in der Schweiz ausgesprochen worden, (Art. 369 Abs. 1 lit. a und b StGB). Dementsprechend sind die rumänischen Vorstrafen aus den Jahren 2007 und 2008 im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

6.5. Der Umstand, dass der Beschuldigte im In- und Ausland zahlreiche und hauptsächlich einschlägige Vorstrafen wegen Diebstahls aufweist, wirkt sich deutlich strafe erhöhend aus.

7. Strafmindernd ist dagegen zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte von Anfang des Vorverfahrens an geständig und zudem auch reuig und einsichtig zeigte.

8. Insgesamt überwiegen die strafe erhöhenden täterbezogenen Strafzumessungsgründe leicht, weshalb es sich rechtfertigt, die ausgehend von der Tatkomponente festgesetzte Strafe von 18 auf 21 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

9. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 56 S. 5 f.; Urk. 72 S. 11), stellt der Umstand allein, dass die Vorinstanz für die Begründung ihres Urteils mehr als 90 Tage benötigte, bei Weitem keine Verletzung des Beschleunigungs-

gebotes dar, welche eine Strafminderung rechtfertigen würde. Bei den Begründungsfristen gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO handelt es sich um Ordnungsvorschriften, deren Missachtung die Gültigkeit bzw. Rechtskraft des Urteils nicht tangiert (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage 2018, Art. 84 StPO N 5). Die Nichteinhaltung dieser Fristen stellt auch nicht per se bereits eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes dar, sondern kann vielmehr ein Indiz für eine solche Verletzung bilden (Brüschweiler, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 84 StPO N 6). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 28. März 2019, mithin 99 Tage nach der Urteilsfällung am 19. Dezember 2018 zugestellt (Urk. 49). Die Ordnungsfrist von 90 Tagen wurde damit nur um wenige Tage überschritten. Weitere Indizien für eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes, insbesondere eine längerdauernde Untätigkeit der Vorinstanz o.ä., sind nicht ersichtlich. Mangels Verletzung des Beschleunigungsgebotes hat es bei der Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bleiben. An die Freiheitsstrafe sind insgesamt 403 Tage Haft (107 Tage Untersuchungshaft und 296 Tage vorzeitiger Strafvollzug) anzurechnen.

10. Die Strafe ist sodann unter Hinweis auf die grundsätzlich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 52 S. 24 ff.) zu vollziehen. An diesem Ergebnis hätte schliesslich auch die von der Verteidigung in ihrer Berufungserklärung noch vorgebrachte Rüge nichts zu ändern vermocht, wonach die Vorinstanz es unterlassen habe, den teilbedingten Vollzug zu prüfen (Urk. 52 S. 4 f.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.4). Dieser wäre aufgrund der Strafhöhe von 24 Monaten grundsätzlich möglich (Art. 43 Abs 1 StGB). Vor dem Hintergrund, dass sich der Beschuldigte trotz wiederholt verbüsster mehrmonatiger und sogar mehrjähriger Haftstrafen in keinster Weise beeindrucken liess und immer wieder aufs Neue straffällig wurde, ist nicht zu erwarten, dass ihn der teilbedingte Vollzug der auszufällenden Freiheitsstrafe im Umfang von 6 bis maximal 12 Monaten (Art. 43 Abs. 2 und Abs. 3 StGB) von weiterer Delinquenz abhalten würde. Dem Beschuldigten ist damit auch in Bezug auf den teilbedingten Vollzug eine schlechte Legalprognose zu stellen.

#### **IV. Ausschreibung im Schengener Informationssystem**

1. Die Vorinstanz sah die Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem als erfüllt an und ordnete diese dementsprechend an (Urk. 52 S. 29 ff.).

2. Die amtliche Verteidigung bringt im Berufungsverfahren dagegen vor, dass der Beschuldigte als Staatsbürger von Rumänien Staatsbürger eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union und damit kein Drittstaatenangehöriger im Sinne von Art. 2 lit. f der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung; SR 362.0) sei. Folglich werde er vom persönlichen Anwendungsbereich der N-SIS-Verordnung nicht erfasst, weshalb die von der Vorinstanz angeordnete Ausschreibung im Schengener Informationssystem aufzuheben sei (Urk. 56 S. 5; Urk. 72 S. 13). Mit derselben Begründung beantragt auch die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren, dass von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen sei (Urk. 66 S. 1; Urk. 73 S. 1 und 4).

3. Den zutreffenden Vorbringen der amtlichen Verteidigung und der Staatsanwaltschaft ist zu folgen. Voraussetzung für die Ausschreibung einer Landesverweisung im Schengener Informationssystem ist unter anderem, dass es sich beim betroffenen Ausländer um einen Drittstaatsangehörigen handelt (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ). Jedoch ist die Mitgliedschaft eines Staates im Schengenraum nicht alleiniges Kriterium dafür, dass dieser nicht als Drittstaat im Sinne dieser Bestimmungen zur SIS-Ausschreibung gilt (Art. 2 lit. f der N-SIS-Verordnung; Art. 3 lit. d Abs. 1 SIS-II-Verordnung [Verordnung EG Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates]). Vielmehr gilt erst als Drittstaatsangehöriger, wer weder Bürger eines Mitgliedstaates des Schengenraums noch Bürger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder der EFTA ist. Auch wenn es sich bei Rumänien nicht um einen Schengenstaat handelt, so gilt der Beschuldigte angesichts der Mitgliedschaft Rumäniens in der Europäischen Union nicht als Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 2 lit. f der N-SIS-Verordnung (vgl. auch Art. 3 lit. d Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem ist da-

her abzusehen, zumal auch keine anderen Ausschreibungstatbestände der N-SIS-Verordnung einschlägig sind (vgl. Art. 23 ff. N-SIS-Verordnung).

4. Im Übrigen wäre selbst dann von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen, wenn es sich beim Beschuldigten um einen Drittstaatenangehörigen handeln würde.

4.1. Landesverweisungen werden nur dann ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ), es sei denn, ein anderer Schengen-Vertragsstaat hätte dieser Person aus humanitären oder anderen gewichtigen Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt oder zugesichert (Art. 25 SDÜ; vgl. zum Ganzen BVGer. C-4656/2012, Erw. 5). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Auch ein Blick auf den englischen, französischen oder italienischen Text des Abkommens [vgl. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922(02))] verschafft keine Klarheit, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Ersteres kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengen-Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte. Mit der Ausweitung einer ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahme auf den gesamten Schengenraum wird deren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich nur bei gravierenden Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen.

4.2. Der Beschuldigte wurde wegen gewerbsmässigem Diebstahl und mehrfachem Hausfriedensbruch verurteilt, wobei keiner dieser Tatbestände eine Mindeststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe vorsieht. Dementsprechend wären die Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem nicht erfüllt.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Ausgangsgemäss – der Beschuldigte obsiegt teilweise in Bezug auf den Verzicht auf die SIS-Ausschreibung – sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter Rückforderungsvorbehalt (Art. 135 Abs. 4 StPO) für drei Viertel der Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Der vom amtlichen Verteidiger für das Berufungsverfahren geltend gemachte Aufwand erweist sich grundsätzlich als angemessen und ist einzig in Bezug auf die geschätzte Dauer der Berufungsverhandlung um 2 Stunden zu reduzieren (vgl. Urk. 70/2 und Prot. II S. 5 und 17). Dementsprechend ist Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit Fr. 7'740.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Dezember 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Verzicht Widerruf), 5 (Landesverweisung), 7 (Zivilforderung) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird bestraft mit 21 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 403 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
3. Von einer Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–. Die weiteren Kosten betragen Fr. 7'740.– (amtliche Verteidigung).
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und im übrigen Umfang auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von zwei Dritteln vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland;
  - die Privatklägerschaft;

- 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 KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten;
- 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, 11. Oktober 2019

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Samocec