

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110440-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
lic. iur. et phil. Glur sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Laufer

Urteil vom 8. November 2011

in Sachen

1. ...

2. **A.**_____,

Angeklagter und Appellant

2 verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, vertreten durch Leitende Staatsanwältin

lic. iur. Wiederkehr,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **gewerbsmässiger Diebstahl etc. und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom

1. Dezember 2010 (DG100019)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 15. September 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 28).

Urteil der Vorinstanz:

1.a) ...

1.b) ...

2.a) Der Angeklagte 2 ist schuldig

- des mehrfachen Diebstahlversuches im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 StGB (ND 31 und ND 32)
- des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 StGB (ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - 71)
- der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB (ND 31, ND 32, ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - ND 71)
- des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB (ND 31, ND 32, ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - 71)
- der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 lit. a AuG und im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (ND 73).

2.b) Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls, des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung hinsichtlich ND 34a und ND 57 wird der Angeklagte 2 freigesprochen.

3. Vom Vorwurf des bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 3 Abs. 2 StGB werden die Angeklagten freigesprochen.

4. Vom Vorwurf der Sachbeschädigung mit grossem Schaden im Sinne von Art. 144 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 StGB werden die Angeklagten freigesprochen.
- 5.a) ...
- 5.b) ...
- 6.a) Der Angeklagte 2 wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 322 Tage durch Haft bzw. vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
- 6.b) Die Freiheitsstrafe des Angeklagten 2 wird vollzogen.
7. Auf die Schadenersatzbegehren der Geschädigten 5 (B._____), 30 (C._____), 31 (D._____), 38 (E._____) sowie auf die Genugtuungsbegehren des Geschädigten 5 (B._____) und der Geschädigten 31 (D._____) wird nicht eingetreten.
8. ...
9. Die Geschädigten 13 (F._____), 17 (G._____) und 39 (H._____; ND 41) werden mit ihren Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
10. Der Geschädigte 18 (I._____) wird mit seinem Schadenersatzbegehren gegenüber dem Angeklagten 2 auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
11. Es wird vorgemerkt, dass der Angeklagte 2 das Schadenersatzbegehren des Geschädigten 11 (J._____) dem Grundsatz nach anerkannt hat. Für die Festlegung der Höhe wird der Geschädigte 11 mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
12. Die Angeklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet:
 - der Geschädigten 39 (H.____ AG; ND 60) Schadenersatz in der Höhe von Fr. 11'583.40 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Geschädigte

mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

- dem Geschädigten 16 (K._____) Schadenersatz in der Höhe von Fr. 200.00 zu bezahlen.

13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 8'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 7'409.00 Kosten Kantonspolizei (HD act. 21);

Fr. 14'705.00 amtl. Verteidigungskosten Angeklagter 1

Fr. 23'618.35 amtl. Verteidigungskosten Angeklagter 2

Diese Kosten werden den Angeklagten 1 und 2 unter Berücksichtigung der eingestellten Verfahren und der Teilfreisprüche unter solidarischer Haftung je zu einem Viertel auferlegt.

14. ...

Beschluss der Vorinstanz:

Auf den Vorwurf des Hausfriedensbruches sowie der Sachbeschädigung hinsichtlich ND 57 wird nicht eingetreten.

Weiterer Beschluss der Vorinstanz:

1. ...

2. Die gegen den Angeklagten 2 mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallte Freiheitsstrafe von 26 Monaten wird hinsichtlich des bedingt aufgeschobenen Anteils von 13 Monaten widerrufen und dieser Strafteil vollzogen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft.

Weiterer Beschluss der Vorinstanz:

Die mit Verfügung vom 15. September 2010 durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis beschlagnahmten Gegenstände gemäss HD act. 7/10-12 werden eingezogen und bei der Gerichtskasse während einem Jahr ab Rechtskraft zuhanden von rechtmässigen Eigentümern aufbewahrt. Anschliessend werden sie der Kasse des Bezirksgerichts Horgen zur Verwertung bzw. Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Gerichts- und Untersuchungskosten gemäss vorstehendem Urteil, Dispositiv-Ziffern 13 und 14 verwendet.

Berufungsanträge:

a) **des Verteidigers des Angeklagten:**

(Urk. 75 S. 2)

1. Es sei Ziffer 6 des angefochtenen Urteilsdispositivs des Bezirksgerichts Horgen vom 1. Dezember 2010 wie folgt abzuändern:

"6.a)

Der Angeklagte 2 wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, wovon 663 Tage durch Haft bzw. vorzeitigen Strafantritt (Stand: 8. November 2011) erstanden sind."

2. Es sei Ziffer 2 des mitangefochtenen Beschlusses des Bezirksgerichts Horgen vom 1. Dezember (S. 63 des angefochtenen Urteils) wie folgt abzuändern:

"2.

Von einem Widerruf der gegen den Angeklagten 2 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallten Freiheitsstrafe wird hinsichtlich des bedingt aufgeschobenen Anteils von 13 Monaten abgesehen. Stattdessen sei die ausgesprochene Probezeit um zwei Jahre auf fünf Jahre zu verlängern."

3. Der Gefangene ist infolge zwischenzeitlich vollständiger Verbüßung der von der Verteidigung beantragten Freiheitsstrafe umgehend aus dem Strafvollzug zu entlassen.
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz.
- b) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:
(Urk. 65)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I.

1. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 15. September 2010 legt dem Angeklagten im Wesentlichen die gewerbsmässige und teilweise bandenmässige Begehung von Einbruchdiebstählen zur Last (Urk. 28). Im Anschluss an die Hauptverhandlung vom 1. Dezember 2010 sprach die II. Abteilung des Bezirksgerichts Horgen den Angeklagten des mehrfachen Diebstahlversuchs, des gewerbsmässigen Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung, des mehrfachen Hausfriedensbruchs und der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten. Ferner wurde die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallte teilbedingte Freiheitsstrafe von 26 Monaten widerrufen und der Vollzug des aufgeschobenen Strafteils von 13 Monaten angeordnet (Prot. I S. 28 ff.).

2. Dieses Urteil wurde dem Angeklagten am 17. Dezember 2010 schriftlich eröffnet (Urk. 47/2), worauf sein damaliger Vertreter am 22. Dezember 2010 rechtzeitig die Berufung erklärte (Urk. 51). Die Begründung des vorinstanzlichen Urteils wurde dem zwischenzeitlich mandatierten neuen Vertreter des Angeklagten am 29. März 2011 zugestellt (Urk. 61/2). Dieser benannte mit Eingabe vom 18. April 2011 innert der gesetzlichen Frist seine Beanstandungen (Urk. 62). Die Staatsanwaltschaft verlangte mit Eingabe vom 6. Mai 2011 die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 65). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

3. Der Angeklagte beantragt die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten und den Verzicht auf den Widerruf des teilbedingten Vollzugs der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 ausgesprochenen Freiheitsstrafe (Urk. 62 S. 4; Urk. 75 S. 2). Die übrigen Teile des vorinstanzlichen Entscheids (insbesondere der Entscheid über den Schuldpunkt) blieben demnach unangefochten und sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. Diese Feststellung bezieht sich allerdings nur auf den Appellanten und nicht auf den von der Vorinstanz gleichzeitig abgeurteilten Mitangeklagten L._____, wie präzisierend anzumerken ist.

4. Da der vorinstanzliche Entscheid vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung gefällt wurde, richtet sich das Verfahren gemäss den Übergangsbestimmungen nach dem bisherigen kantonalen Recht (Art. 453 Abs. 1 StPO).

II.

1. Es liegt sowohl Deliktsmehrheit als auch mehrfache Tatbegehung vor, so dass nach Art. 49 StGB vorzugehen ist. Da alle begangenen Delikte mit Freiheitsstrafe bedroht sind, ist eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei ist vom schwersten Delikt auszugehen, für das eine sogenannte Einsatzstrafe auszufallen ist, die anschliessend nach Massgabe des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen ist.

2. Der Strafrahmen für gewerbsmässigen Diebstahl als schwerstem der vom Angeklagten begangenen Delikte reicht bis zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren (Art. 139 Ziff. 2 StGB). Diese obere Grenze könnte wegen der Deliktsmehrheit und mehrfachen Tatbegehung grundsätzlich um die Hälfte überschritten werden (Art. 49 Abs. 1 StGB), wie die Vorinstanz richtig erwähnte (Urk. 68 S. 38 E. 4.2.3).

Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens wird die Strafe nach dem Verschulden zugemessen. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Ferner berücksichtigt das Gericht das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB).

3. Der Angeklagte wurde in erster Linie wegen der Begehung von Einbruchdiebstählen verurteilt. In diesem Zusammenhang verwirklichte er typischerweise jeweils sowohl die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls als auch der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs. Für die Bestimmung des Tatverschuldens erscheint es sachgerecht, diese Deliktsskomplexe nicht auseinanderzunehmen, sondern als Einheit zu betrachten.

Aufgrund der Chronologie und weiterer Umstände (Alleintäterschaft vs. Mittäterschaft) lassen sich sodann die in Alleintäterschaft begangenen Diebstahlversuche am 15. und 16. Januar 2009 (ND 31 und 32), die in Alleintäterschaft begangenen Einbruchdiebstähle am 20. und 26. November 2009 (ND 54 und 55) sowie die zusammen mit dem Mitangeklagten L._____ zwischen dem 30. Dezember 2009 und dem 14. Januar 2010 begangene Serie von 15 Einbruchdiebstählen unterscheiden (ND 56 und ND 58-71). Es erscheint sinnvoll, diese Gruppen für die Strafzumessung zusammenzufassen. Dies drängt sich umso mehr auf, als sich die (für die Strafzumessung bedeutsame) Gewerbsmässigkeit erst aus dem zeitlichen Zusammenhang ergibt, wie die Vorinstanz erwog (vgl. Urk. 68 S. 32).

Angesichts der Anzahl der Delikte und der Deliktssumme erscheint die in Mittäterschaft mit L._____ begangene Serie von 15 Einbruchdiebstählen klar am gewichtigsten, weshalb für die Festsetzung der Einheitsstrafe diese Delikte als Ausgangspunkt zu nehmen sind.

4. Zwischen dem 30. Dezember 2009 und seiner Verhaftung am 14. Januar 2010 beging der Angeklagte zusammen mit dem Mitangeklagten L._____ insgesamt 15 Einbruchdiebstähle. Das Vorgehen war in der Regel ähnlich: Sie verschafften sich durch eine schlecht gesicherte Fenstertüre Zugang zur Wohnung und suchten diese nach Wertgegenständen (Schmuck, Bargeld und Luxusartikel) ab. Neben der Türe beschädigten sie jeweils auch Einrichtungsgegenstände, in denen sie Wertsachen vermuteten. Der Erfolg variierte stark und bewegte sich laut Anklageschrift zwischen ca. Fr. 200.– (ND 56) und Fr. 42'922.– (ND 71). Die gesamte Deliktssumme betrug laut Angaben im vorinstanzlichen Urteil Fr. 131'200.– (Urk. 68 S. 39). Für das Tatverschulden ist jedoch weniger die Deliktssumme von Bedeutung, die letztlich zufällig war und davon abhing, was der Angeklagte und sein Komplize jeweils vorfanden, als das Verhältnis zwischen der Anzahl Delikte und der kurzen Zeitspanne (ein halber Monat), in der diese verwirklicht wurden, was auf eine grosse kriminelle Energie deutet.

Die für gewerbsmässiges Handeln verhältnismässig kurze Dauer des deliktischen Handelns relativiert dieses Verschulden ein Stück weit. Dazu ist allerdings anzumerken, dass die zeitliche Konzentration auf die Wintermonate für derartige Delikte typisch ist. Anscheinend korrespondieren diese saisonalen Schwankungen mit den legalen Aktivitäten des Angeklagten als Marktfahrer in seiner ... Heimat [in M._____ (Land)] (vgl. Urk. 62 S. 10). Zudem wurde die Serie erst durch die Verhaftung des Angeklagten und seines Komplizen gestoppt, was ein unfreiwilliges Ereignis darstellte. Dies dürfte auch der Grund dafür gewesen sein, dass anscheinend zumindest Teile des Deliktsguts sichergestellt werden konnten, und nicht etwa der Umstand, dass der Angeklagte und sein Komplize angeblich nicht wussten, was sie damit anfangen sollten (Prot. I S. 22 ff.). Wie schon aus der Qualifikation als gewerbsmässiger Diebstahl erhellt, handelte der Angeklagte aus finanziellen Motiven.

Wenn es bei einigen Taten in Bezug auf den Tatbestand des Diebstahls nur beim Versuch blieb, so ist dies darauf zurückzuführen, dass der Angeklagte und sein Komplize an diesen Orten nichts fanden, was sie interessierte (ND 63 und 65), die Alarmanlage losging (ND 61) oder dass sie überrascht wurden (ND 70). Zu Sachbeschädigungen kam es in diesen Fällen trotzdem, was die Ernsthaftigkeit des deliktischen Willens des Angeklagten zeigt. Dass sie unverrichteter Dinge wieder abzogen, als sie einmal überrascht wurden (ND 70), wirkt sich insofern aus, dass dem Angeklagten keine Gewaltanwendung vorgeworfen wird, mindert jedoch nicht das mit diesem Diebstahlversuch grundsätzlich verbundene Verschulden.

Der Angeklagte beging diese Delikte in Mittäterschaft mit L._____. Mittäter zeichnen sich dadurch aus, dass sie als Hauptbeteiligte erscheinen (Forster, Basler Kommentar, Vor Art. 24 StGB N 9 m.H. auf BGE 125 IV 134 E.3.a). Sie werden deshalb grundsätzlich wie Alleintäter bestraft. Vom Vorwurf der Bandenmässigkeit wurden der Angeklagte und sein Komplize hingegen freigesprochen. Es sind keine Anhaltspunkte für die These der Verteidigung ersichtlich, dass der Angeklagte unter dem Einfluss seines Komplizen gehandelt habe und wesentlich von dessen krimineller Energie angetrieben worden sei (Urk. 62 S. 11). Dass er durchaus alleine die für die Begehung derartiger Delikte notwendige kriminelle Energie aufbrachte (vgl. Urk. 62 S. 12), zeigen überdies die Delikte, die er in Alleintäterschaft beging, die allesamt in die Zeit vor der Serie mit L._____ fallen.

In Bezug auf das Verhältnis zum Mitangeklagten L._____ rügt die Verteidigung, dass die Gleichmässigkeit der Strafzumessung im vorinstanzlichen Urteil nicht gewährleistet sei (Urk. 62 S. 8 ff; Urk. 75 S. 4 ff.). Es ist einzuräumen, dass die vorinstanzliche Begründung der Strafzumessung eine Überprüfung der Proportionalität der gegen die beiden Mitangeklagten ausgefallten Strafen nicht erlaubt. Indem die gemeinsam mit L._____ begangenen Delikte zusammengefasst und für diese eine Einsatzstrafe gebildet wird, wird diesem Einwand hier Rechnung getragen.

Das mit dieser Einbruchsserie verbundene objektive und subjektive Tatverschulden ist als erheblich zu bezeichnen. Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter

Strafzumessungsfaktoren erscheint eine Einsatzstrafe von 18 Monaten angemessen.

5. Wegen der beiden Einbruchdiebstähle im November 2009 und der beiden Diebstahlversuche im Januar 2009, die der Angeklagte in Alleintäterschaft beging, ist die Einsatzstrafe um vier Monate zu erhöhen. Mit dieser Straferhöhung ist auch die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz abgegolten, die im Vergleich zu den Einbruchdiebstählen nicht wesentlich ins Gewicht fällt und überdies zum Zweck der Begehung dieser Delikte erfolgt sein dürfte, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 68 S. 40). Die widrigen ökonomischen Perspektiven in M. _____ [Land] und die Absicht, ein Einkommen für seine Familie zu erzielen, die die Verteidigung als Grund für seine Einreise in die Schweiz und als Tatmotiv anführt (vgl. Urk. 62 S. 10; Urk. 75 S. 5 ff.), lassen vor dem Hintergrund seiner entsprechenden einschlägigen Erfahrungen keinen anderen Schluss zu.

In Bezug auf die beiden vollendeten Einbruchdiebstähle ist die hohe Deliktssumme von Fr. 41'500.– (ND 54) und Fr. 36'228.60 (ND 55) verschuldensmässig bedeutsam (vgl. Urk. 68 S. 39). Die beiden Versuche fallen mit Blick auf das objektive Tatverschulden hingegen weniger ins Gewicht. In subjektiver Hinsicht ist jedoch anzumerken, dass es im einen Fall nur deshalb beim Versuch blieb, weil der Angeklagte überrascht wurde, worauf er sich unverrichteter Dinge entfernte (ND 31), was ihn in subjektiver Hinsicht nicht entlastet (vgl. oben). Im anderen Fall brachte er es nicht fertig, das Diebesgut abzutransportieren, das sich in einem schweren Tresor befand (vgl. ND 32/1 S. 2), was ebenfalls ein ungünstiger äusserer Umstand ist, aus dem er zu seinen Gunsten nichts ableiten kann.

6. Der Angeklagte wurde 1973 in der Kleinstadt N. _____ in M. _____ [Land] geboren, wo er auch aufgewachsen ist. Nach dem Abschluss der Mittelschule und einem abgebrochenen Jurastudium wurde er Markthändler. Er heiratete im Jahr 1998, im darauffolgenden Jahr kam eine Tochter zur Welt, der im Jahr 2002 eine weitere Tochter und im Jahr 2006 ein Sohn folgte. Seine Frau lebt mit den Kindern zusammen mit seinen Eltern und der Familie seines Bruders in seinem Elternhaus in M. _____.

Im Herbst 2005 kam der Angeklagte nach O._____, wo er einen Asylantrag stellte, der abgewiesen wurde. Im Januar 2006 reiste er in die Schweiz. Weil er keinen Pass und kein Visum hatte, wurde er mit Strafbefehl vom 15. Januar 2006 mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 30 Tagen bestraft. Am 1. Februar 2006 wurde er sodann wegen der Beteiligung an verschiedenen Einbruchdiebstählen verhaftet und am 7. Februar 2007 von der 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich zu einer teilweise bedingten Freiheitsstrafe von 26 Monaten verurteilt. Nach der Verbüßung des nicht aufgeschobenen Strafteils von 13 Monaten wurde er im April 2007 ... [nach] M._____ ausgeschafft. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, hielt er sich jedoch spätestens im Januar 2009 wieder in der Schweiz auf.

Mit dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 und dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Januar 2006 weist der Angeklagte sowohl in Bezug auf Einbruchdiebstähle als auch in ausländerrechtlicher Hinsicht einschlägige Vorstrafen auf. Es ist somit entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 62 S. 7; Urk. 75 S. 4) nicht zu beanstanden, wenn ihn die Vorinstanz als mehrfach einschlägig vorbestraft bezeichnet (Urk. 68 S. 47 E. 7.4). Es ist jedoch zu beachten, dass in Bezug auf Einbruchdiebstähle mit dem Urteil vom 7. Februar 2007 nur eine einschlägige Vorstrafe vorliegt, die jedoch wegen mehrfacher Tatbegehung ausgefällt wurde. Sodann wurde der Strafbefehl vom 15. Januar 2006 mit Urteil vom 7. Februar 2007 widerrufen und über die Bildung einer Gesamtstrafe in die damals ausgefällt Strafe einbezogen. Es ist daher nachfolgend von einer Vorstrafe in der Einzahl die Rede.

Wie der Verteidiger bemerkt, wirkt sich die Vorstrafe des Angeklagten über die Legalprognose auch auf den Entscheid über den Vollzug der neuen und den Widerruf des bedingten Teils der letzten Strafe aus (Urk. 62 S. 7), was eine Folge des Umstandes ist, dass er während laufender Probezeit delinquierte. Der Entscheid über diese Fragen ist jedoch von der Strafzumessung zu trennen und der Einfluss des früheren deliktischen Verhaltens des Angeklagten damit nicht abgegolten.

Seit dem Wegfall des Strafschärfungsgrundes des Rückfalls im Zuge der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs sind Vorstrafen im Rahmen des Vor-

lebens zu würdigen (Urk. 62 S. 7 ff.). Es mag aus kriminologischer Sicht zutreffen, dass eine vorbestrafte Person ein grösseres Risiko aufweist, kriminell zu werden, als jemand, der noch nie straffällig wurde. Unser Strafrecht beruht jedoch auf der Grundannahme, dass der Mensch über die Fähigkeit verfügt, das Unrecht einer Tat zu erkennen (Einsichtsfähigkeit) und danach zu handeln (Steuerungsfähigkeit), was im Begriff der Schuldfähigkeit zum Ausdruck kommt. Sind diese Fähigkeiten nicht gegeben, fehlt die Schuldfähigkeit (vgl. Art. 19 StGB), was bei haltlosen, antriebs- und willensschwachen, in ihrer Persönlichkeit gestörten Menschen - so werden Rückfalltäter in der Lehre beschrieben (vgl. die Zitate bei Wiprächtiger, Basler Kommentar, Art. 47 StGB N 105) - der Fall sein dürfte. Vorbehältlich solch pathologischer Fälle, die allerdings nicht verallgemeinert werden können, ist die von der Verteidigung zitierte Lehrmeinung jedoch abzulehnen, wonach das Verschulden eines Wiederholungstäter geringer erscheine, weil es für ihn schwieriger sei rechtstreu zu bleiben als für einen Ersttäter (vgl. Urk. 62 S. 8 m.H. auf Trechsel/Affolter-Eijsten, Art. 47 StGB N 31). Aufgrund der allgemein-menschlichen Fähigkeit, aus Fehlern zu lernen, sollte es einem Vorbestraften vielmehr leichter fallen, einen Rückfall zu vermeiden.

Die Vorstrafe des Angeklagten ist daher straf erhöhend zu berücksichtigen. Diese Auswirkung ist allerdings nicht so massiv wie im Urteil der Vorinstanz (Urk. 68 S. 42 lit. b), da der für die Strafzumessung vor allem wesentliche Umstand, dass es sich um eine einschlägige Vorstrafe handelt, bereits in die Beurteilung des subjektiven Tatverschuldens eingeflossen ist und dort zur Qualifikation des subjektiven Tatverschuldens des Angeklagten als erheblich beigetragen hat.

Der Umstand, dass der Angeklagte heute von seiner in M._____ lebenden Familie getrennt ist (Urk. 62 S. 10), ist darauf zurückzuführen, dass er wiederholt als Kriminaltourist in die Schweiz einreiste, hier Delikte beging und dabei erwischt wurde. Dies stellt keine besondere Strafe mpfindlichkeit dar, die strafmindernd zu berücksichtigen wäre. Die Befürchtung, seine Familie werde ohne ihn verelenden (vgl. Urk. 62 S. 10 ff.), erscheint angesichts ihrer Wohnsituation bei seinen Eltern überzogen. Die schwierige wirtschaftliche Situation in M._____, die der Angeklag-

te ausser in diesem Zusammenhang auch als Tatmotiv anführt (Urk. 62 S. 10; Urk. 75 S. 5 ff.), hat keinen Einfluss auf die Strafzumessung.

Das grundsätzlich kooperative Nachtatverhalten des Angeklagten ist strafmindernd zu berücksichtigen, was sich allerdings nur geringfügig auswirkt und die mit dem Rückfall verbundene Straferhöhung nicht zu kompensieren vermag, so dass es im Ergebnis zu einer Straferhöhung um zwei Monate kommt.

7. Die Einsatzstrafe von 18 Monaten erhöht sich somit um insgesamt sechs Monate. Der Angeklagte ist demnach zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu verurteilen. Daran ist die bis heute verbüsste Haft anzurechnen (Art. 51 StGB).

III.

1. Da der Angeklagte am 7. Februar 2007 zu einer Freiheitsstrafe von 26 Monaten verurteilt worden war, ist die Gewährung des bedingten Vollzugs der mit diesem Urteil ausgefallten Strafe nur möglich, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Die Vorinstanz erkannte zurecht, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, und verweigerte dem Angeklagten den bedingten Aufschub des Vollzugs seiner Strafe (Urk. 68 S. 47 E. 7.4). Dieser Entscheid, der vom Angeklagten akzeptiert wird (Urk. 62 S. 11), ist zu bestätigen.

2. Der Angeklagte wurde von der Vorinstanz wegen Delikten verurteilt, die er in der Zeit zwischen dem 15. Januar 2009 und dem 14. Januar 2010 beging. Er verletzte damit die Probezeit von drei Jahren, die ihm mit dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 für den bedingten Teil der damals ausgefallten Strafe angesetzt worden war. Es ist daher zu prüfen, ob die Gewährung des teilbedingten Vollzugs zu widerrufen ist, was davon abhängt, ob zu erwarten ist, dass der Angeklagte weitere Straftaten begeht (Art. 46 Abs. 1 StGB).

Aus der einschlägigen Vorstrafe des Angeklagten schloss die Vorinstanz zurecht auf eine gewisse Unbelehrbarkeit, an der anscheinend auch die Erfahrung des Strafvollzugs nichts geändert habe (Urk. 68 S. 47 E. 7.4). Der Auffassung der Verteidigung, wonach der Angeklagte durch die Dauer der Haft während des vorlie-

genden Verfahrens genügend abgeschreckt worden sei, um sich in Zukunft wohl zu verhalten und nicht mehr deliktisch in Erscheinung zu treten, so dass es als Ersatzmassnahme für einen Widerruf genüge, die Probezeit zu verlängern (Urk. 62 S. 13), kann angesichts des Verhaltens des Angeklagten nach seiner letzten Entlassung aus dem Strafvollzug nicht gefolgt werden: Auch damals hatte der Angeklagte einen Teil der Strafe verbüsst, während ein anderer Teil bedingt aufgeschoben worden war. Er stand damit genau vor der von seinem Verteidiger anvisierten Situation, was ihn jedoch anscheinend wenig beeindruckte und insbesondere nicht davon abhielt, während laufender Probezeit wieder in die Schweiz einzureisen und einschlägig zu delinquirieren (Urk. 68 S. 49 E. 8.7).

Aufgrund seiner Taten und Worte in der Vergangenheit kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Angeklagte in dieser Situation heute anders verhalten würde. Seine Reuebekundungen und Beteuerungen, er werde nach seiner Entlassung zu seiner Familie in den M. _____ zurückkehren und dort bleiben (Prot. I S. 11 und S. 27; Prot. II. S. 11), vermögen die aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit bestehenden Bedenken nicht zu zerstreuen und sind zudem bereits aus dem letzten Verfahren bekannt (vgl. Beizugsakten des Bezirksgerichts Zürich, Verfahren DG060554, Prot. S. 5 und 24), was ihre Überzeugungskraft zusätzlich mindert. Es ist demnach zu befürchten, dass der Vollzug der neuen Strafe nicht genügt, um den Angeklagten von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten.

Diese schlechte Legalprognose hat zur Folge, dass der im Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 gewährte Aufschub des Vollzugs der Hälfte der damals ausgefallten Freiheitsstrafe von 26 Monaten zu widerrufen und der Vollzug dieses Strafteils anzuordnen ist.

IV.

Der Angeklagte dringt mit einem seiner Anträge (betreffend Strafzumessung) durch, während er mit dem anderen (betreffend Widerruf) unterliegt. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu fünf Achteln dem Angeklagten aufzuerlegen und zu drei Achteln auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a

StPO/ZH). Für das Berufungsverfahren ist dem Angeklagten sodann eine (reduzierte) Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– für anwaltliche Verteidigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, II. Abteilung, vom 1. Dezember 2010 hinsichtlich des Angeklagten A._____ in Bezug auf den Schuldpunkt (Dispositivziffern 2-4), die Zivilansprüche (Dispositivziffern 7, 9-12) und das Kostendispositiv (Dispositivziffer 13) sowie die gleichentags ergangenen Beschlüsse (hinsichtlich des Angeklagten A._____) mit Ausnahme von Dispositivziffer 2 des Beschlusses betreffend Widerruf in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 663 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die gegen den Angeklagten A._____ mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallte Freiheitsstrafe von 26 Monaten wird hinsichtlich des bedingt aufgeschobenen Anteils von 13 Monaten widerrufen und dieser Strafteil vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'400.–. Über die weiteren Kosten stellt die Gerichtskasse Rechnung.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu fünf Achteln dem Angeklagten A._____ auferlegt und zu drei Achteln auf die Gerichtskasse genommen.

6. Dem Angeklagten A._____ wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen. Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten A._____
- die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Strafanstalt P._____ (durch die zuführenden Polizeibeamten)
- die Geschädigte H._____ AG im Dispositiv hinsichtlich der Zivilansprüche
- den Geschädigten K._____ im Dispositiv hinsichtlich der Zivilansprüche

(Geschädigten wird eine vollständige Ausfertigung dieses Entscheides nur auf Verlangen zugestellt [§ 186 Abs. 2 des kantonalen Gerichtsverfassungsgesetzes].)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten A._____
- die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
- das Bundesamt für Migration

und nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- das Bezirksgericht Zürich, in die Akten Prozess Nr. DG060554 (im Dispositiv)
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- das Migrationsamt des Kantons Zürich.

8. 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

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Laufer