

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Urteil vom 3. September 2019

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter B. Oberholzer, Hp. Blaser Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1S 18 7
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger/Anschluss- berufungsbeklagter Beschuldigter	X ____ amtlich verteidigt durch: RA lic. iur. A____
Berufungsbeklagte/ Anschlussberufungsklägerin Anklägerin	Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden vertreten durch: Staatsanwalt
Privatklägerin 1	O ____ AG
Privatklägerin 2	Restaurant H ____
Privatklägerin 3	P ____ GmbH , Brühlgasse 11, 9000 St. Gallen
Gegenstand	mehrfacher Diebstahl, mehrfacher Hausfriedensbruch, mehr- fache Sachbeschädigung, Hehlerei, SVG-Widerhandlungen Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts SA3 17 3 vom 28.05.2018

Anträge

a) der Staatsanwaltschaft/Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen:
 - des mehrfachen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 StGB
 - des Diebstahlversuchs i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB
 - der mehrfachen Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 Abs. 1 StGB
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs i.S.v. Art. 186 StGB
 - der Hehlerei i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 StGB
 - des mehrfachen Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzug des Führerausweises i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG
 - des Führens eines Motorfahrzeuges in nicht fahrfähigem Zustand i.S.v. Art. 91 Abs. 2 lit. a und b SVG.
2. Er sei zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 15 Tagen zu verurteilen.
3. Er sei im Weiteren zu verurteilen zu einer Busse von Fr. 1'000.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 10 Tagen.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.
5. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 24 Monaten sei zu widerrufen.
6. Die Zivilforderung des Privatklägers C___ sei in der Höhe von Fr. 449.00 gutzuheissen.
7. Kosten zu Lasten des Beschuldigten.

Die Anklägerin beantragte im zweiten Parteivortrag an Schranken, dass die Anträge wie folgt anzupassen seien:

- Ziffer 2: Der Beschuldigte sei zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 15 Tagen, zu verurteilen.
- Die Ziffer 5 sei zu streichen.

im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung des Beschuldigten sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichtes vom 28. Mai 2018 sei zu bestätigen.
2. Ev. sei die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft gutzuheissen, die Schuldsprüche der Vorinstanz seien zu bestätigen und der Beschuldigte sei zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 15 Tagen zu verurteilen.
3. Der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe sei zu verweigern.
4. Unter Kostenfolge zu Lasten des Beschuldigten gemäss Art. 426 und 428 StPO.

b) der Privatkläger:

im erstinstanzlichen Verfahren:

Der Privatkläger 1 beantragt sinngemäss, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihm den Schaden in der Höhe von CHF 800.00 zu ersetzen.

Der Privatkläger 2 beantragt, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihn für den Schaden in der Höhe von CHF 449.00 zu entschädigen.

Der Privatkläger 3 beantragt sinngemäss, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihm den Schaden in der Höhe von insgesamt CHF 1'100.00 zu ersetzen.

Die Privatklägerin 4 beantragt sinngemäss, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihr den Schaden in der Höhe von CHF 1'200.00 zu ersetzen.

Der Privatkläger 5 beantragt sinngemäss, der Beschuldigte sei zu verpflichten, ihm den Schaden in der Höhe von insgesamt CHF 4'692.00 zu ersetzen.

im Berufungsverfahren:

(keine Anträge)

c) des Beschuldigten/Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei das Strafverfahren in Bezug auf die Vorwürfe des Lenkens eines Motorfahrzeugs trotz Entzug des Führerausweises gemäss Ziffer 5.1 und 5.2 der Anklageschrift einzustellen.
2. In den übrigen Anklagepunkten sei gemäss Anklage ein Schuldspruch zu fällen.
3. Es sei eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen, bedingt aufgeschoben mit einer Probezeit von 3 Jahren, auszusprechen.
4. Vom Widerruf der alten Strafe sei abzusehen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

im Berufungsverfahren:

in der Berufungserklärung:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts vom 28. Mai 2018 sei in Ziff. 2, 3, 4 und 5 aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen bedingt aufgeschoben mit einer Probezeit von drei Jahren zu bestrafen. Von einem Widerruf der bedingt ausgefallenen Strafe von 24 Monaten des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 sei abzusehen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

an Schranken:

1. Die Anfechtung der Schuldsprüche (Ziffer 2) wird zurückgezogen.
2. Auf den Widerruf sei zu verzichten und es sei eine bedingte Geldstrafe auszusprechen oder - falls die Strafe nicht bedingt ausgesprochen wird - gemeinnützige Arbeit anzuordnen.

Sachverhalt

A. Übersicht

Am 27. Dezember 2012 hat der Privatkläger 2 Anzeige gegen den Beschuldigten wegen Diebstahls erstattet. Der Beschuldigte habe am 29. Oktober 2012 sein Mobiltelefon aus seiner Wohnung in H___ entwendet (act. B3/3.2 und B3/3.3). Am 12./13. Dezember 2012 wurde in das Restaurant Hirschen, St. Gallen, eingebrochen. Die Täterschaft entwendete Bargeld in der Höhe von CHF 1'000.00 und ein Serviceportemonnaie. Danach konnte sie sich unerkannt vom Tatort entfernen (act. B3/4.1). Im Rahmen von Verkehrskontrollen wurde der Beschuldigte als Lenker identifiziert, obwohl er nicht im Besitz eines Führerausweises war (act. B3/6.2 und B3/7.1). Am 4. Januar 2013 wurde anlässlich einer Verkehrskontrolle ausserdem festgestellt, dass der Beschuldigte nach Konsum von Alkohol und Drogen ein Fahrzeug gelenkt hat (act. B3/8.1). Am 9./10. Januar 2013 wurde in das Restaurant T___, St. Gallen, eingebrochen. Die Täterschaft hat Bargeld (CHF 50.00), ein Fernsehgerät, zwei Lautsprecher und eine Hi-Fi-Anlage entwendet (act. B3/10.1). Der Beschuldigte wurde sodann erkannt, als er am 11. Januar 2013 der "K___" drei Mobiltelefone verkaufte, die aus einem Diebstahl stammten (act. B3/14.2). Am 27. Dezember 2014 versuchte eine unbekannte Täterschaft, in das Bürogebäude der O___ AG, St. Gallen, einzubrechen (act. B3/5.1). Am 14. April 2015 wurde aus dem P___, St. Gallen, Bargeld entwendet (act. B3/29.1).

B. Prozessgeschichte

Am 14. April 2016 wurde der Beschuldigte in St. Gallen verhaftet (act. B3/12.4 ff.). Er wurde im Rahmen des Vorverfahrens mehrmals zu den ihm vorgeworfenen Tatvorgängen einvernommen (act. B3/11). Der Beschuldigte legte dabei ein vollumfängliches Geständ-

nis ab, welches er in der Schlusseinvernahme vom 28. April 2016 bestätigte (act. B3/11.9). Der Beschuldigte gab dabei an, dass er die Taten teilweise mit B___ begangen habe. B___ wurde am 26. Juli 2016 in St. Gallen verhaftet. Auch gegen ihn eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung (vgl. Verfahren Nr. U 16 583; SA3 17 2.).

Die Staatsanwaltschaft erhob am 12. Oktober 2017 Anklage gegen den Beschuldigten (SA3 2017 3; act. B3/52) und gegen B___ (SA3 2017 2, act. 12). Aufgrund der Mittäterschaft vereinigte das Gericht diese Verfahren mit Verfügung vom 5. Dezember 2017 (act. B3/53). Das Verfahren wurde unter der Verfahrensnummer SA3 2017 2 geführt. Mit gleicher Verfügung wurde zur Hauptverhandlung am 28. Mai 2018 vorgeladen.

Am 28. Mai 2018 blieb B___ der Hauptverhandlung unentschuldigt fern, weshalb die Verfahren mit Gerichtsbeschluss wieder getrennt wurden. Die Privatk Kläger nahmen an der Hauptverhandlung nicht teil (act. B3/55). Das Urteil wurde den Parteien im Anschluss an die Verhandlung mündlich eröffnet und kurz begründet. Das Dispositiv wurde am 30. Mai 2018 versandt (act. B3/59). Der Beschuldigte meldete mit Eingabe vom 5. Juni 2018 fristgerecht Berufung an (act. B3/60), worauf die Urteilsbegründung ausgefertigt wurde.

C. Entscheidung der Vorinstanz

Das Kantonsgericht, 3. Abteilung, fällte am 28. Mai 2018 folgendes Urteil (SA3 17 3):

- „1. Das Verfahren wird eingestellt hinsichtlich der Vorwürfe
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB zum Nachteil des Privatk lagers 4 (begangen am 14. April 2015);
 - des mehrfachen Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (begangen im Zeitraum zwischen dem 4. und 22. August 2010 und am 14. April 2011).
2. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB zum Nachteil des Privatk lagers 3 (begangen am 12./13. Dezember 2012), des Privatk lagers 5 (begangen am 9./10. Januar 2013) und der Privatk lägerin 1 (begangen am 27. Dezember 2014);
 - des Diebstahlversuchs im Sinne von Art. 139 Ziffer 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB zum Nachteil der Privatk lägerin 1 (begangen am 27. Dezember 2014);
 - des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziffer 1 StGB zum Nachteil des Privatk lagers 3 (begangen am 12./13. Dezember 2012), des Privatk lagers 5 (begangen am 9./10. Januar 2013) und des Privatk lagers 4 (begangen am 14. April 2015);
 - der unrechtmässigen Aneignung im Sinne von Art. 137 Ziffer 1 StGB zum Nachteil des Privatk lagers 2 (begangen am 29. Oktober 2012);
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB zum Nachteil des Privatk lagers 3 (begangen am 12./13. Dezember 2012), des Privatk lagers 5 (begangen am 9./10. Januar 2013) und der Privatk lägerin 1 (begangen am 27. Dezember 2014);
 - der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziffer 1 StGB zum Nachteil der Organisation Wildberger (begangen am 11. Januar 2013);

- des Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (begangen am 4. Januar 2013);
 - des Führens eines Motorfahrzeuges in nicht fahrfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG (begangen am 4. Januar 2013).
3. Der Beschuldigte wird verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 18 Tagen.
 4. Der Vollzug der Freiheitstrafe wird bedingt aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren.
 5. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten wird widerrufen und die Strafe vollzogen. Die Untersuchungshaft von 141 Tagen wird angerechnet.
 6. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte folgende Zivilforderungen anerkannt hat:

a) Privatkläger 2	CHF	449.00
b) Privatkläger 5	CHF	2'546.00
a) Privatklägerin 1	CHF	800.00
b) Privatkläger 3	CHF	1'100.00
 7. Soweit weitergehend werden die Zivilforderungen auf den Zivilweg verwiesen.
 8. Die Verfahrenskosten bestehend aus

CHF	3'200.00	Kosten der Vorverfahren
CHF	3'200.00	Gerichtsgebühr
CHF	4'184.00	Amtliche Verteidigung
CHF	10'584.00	insgesamt,

werden dem Beschuldigten auferlegt. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung werden die auf den Beschuldigten entfallenden Kosten der amtlichen Verteidigung vorläufig vom Staat getragen. Die Nachforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
 9. Rechtsanwalt A___ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger mit CHF 4'184.00 (inkl. Barauslagen und MWST) aus der Staatskasse entschädigt.“

Auf eine Wiedergabe der Urteilsbegründung in den angefochtenen Punkten wird verzichtet und auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

D. Schriftenwechsel im Berufungsverfahren

- a) Gegen das Urteil vom 28. Mai 2018, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 27. Juli 2018 erfolgte (act. B 3/68/2), liess X___ (nachfolgend Berufungskläger) mit Eingabe vom 14. August 2018 (Postaufgabe, act. B 1) Berufung erklären.
- b) Mit Verfügung vom 16. August 2018 wurde der Staatsanwaltschaft (nachfolgend Berufungsbeklagte) sowie den Privatklägern Gelegenheit gegeben, einen schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrag und/oder eine schriftliche Anschluss-

berufung einzureichen (act. B 5). In der Folge reichte die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung ein (act. B 7); die Privatkläger liessen sich nicht vernehmen.

- c) Am 14. September 2018 wurde dem Berufungskläger und den Privatklägern die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis gebracht und ihnen ebenfalls die Möglichkeit zur Einreichung eines schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrages und/oder einer schriftlichen Anschlussberufung eröffnet (act. B 11).
- d) Mit Verfügung vom 17. September 2018 gewährte der Einzelrichter des Obergerichts X___ die amtliche Verteidigung und beauftragte mit der Rechtsverteidigung RA lic. iur. A___, St. Gallen (act. B 12).
- e) Weil der Mittäter, B___, der Hauptverhandlung am 28. Mai 2018 unentschuldigt ferngeblieben war (act. B 2, S. 6), sistierte das erkennende Gericht das vorliegende Berufungsverfahren am 22. Oktober 2018 vorläufig, längstens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen erstinstanzlichen Entscheids im Verfahren SA3 2017 2 resp. bis zu dessen allfälligem Weiterzug an das Obergericht (act. B 13). In der Folge beurteilte das Kantonsgericht, 3. Abteilung, die Anklage gegen B___ am 29. Oktober 2018; der Entscheid erwuchs anschliessend in Rechtskraft (act. B 15).
- f) Mit Beschluss vom 8. Januar 2019 nahm das Obergericht das Verfahren gegen X___ wieder auf (act. B 16).

Auf die entsprechenden Ausführungen und Angaben in den in lit a - f vorstehend angeführten Schriftstücken wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

E. Hauptverhandlung vor dem Obergericht

Die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Obergericht fand am 3. September 2019 in Anwesenheit des Staatsanwaltes sowie des Beschuldigten und seines Verteidigers statt (act. B 24). Das Obergericht führte seine Beratung am gleichen Tag durch und eröffnete sein Urteil den Parteien anschliessend im Dispositiv (act. B 25).

F. Verzicht auf Rechtsmittel

In der Folge verzichteten sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft auf die Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil des Obergerichts (act. B 26 und B 27) und es wird deshalb praxisgemäss lediglich eine Kurzbegründung ausgefertigt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Zuständigkeit, Rechtzeitigkeit der Berufung, Rechtskraft

Die Voraussetzungen, damit auf die Berufung eingetreten werden kann, sind erfüllt.

Als Folge des Rechtsmittelverzichts durch beide Parteien ist das Urteil des Obergerichts vom 3. September 2019 gestützt auf Art. 437 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO am Tag seiner Ausfällung rechtskräftig geworden.

1.2 Gegenstand des Berufungsverfahrens

Festzuhalten ist, dass das Urteil des Kantonsgerichts vom 28. Mai 2018 in Dispositiv Ziffer 1 (Einstellung hinsichtlich des Vorwurfs des Hausfriedensbruchs zum Nachteil des Privatklägers 4, begangen am 14. April 2015 sowie des mehrfachen Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs, begangen im Zeitraum zwischen dem 4. und 22. August 2010 und am 14. April 2011), Ziffer 2 (Schuldsprüche wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs, Diebstahlversuchs, mehrfachen Diebstahls, unrechtmässiger Aneignung, mehrfacher Sachbeschädigung, Hehlerei, Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs, Führens eines Motorfahrzeuges in nicht fahrfähigem Zustand, begangen im Zeitraum vom 12. Dezember 2012 bis am 27. Dezember 2014), Ziffer 6 (teilweise Anerkennung Zivilforderungen), Ziffer 7 (Verweisung der weitergehenden Zivilforderungen auf den Zivilweg), Ziffer 8 (Verfahrenskosten vor dem Kantonsgericht) und Ziffer 9 (Entschädigung des amtlichen Verteidigers im erstinstanzlichen Verfahren) mangels Berufung in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 437 Abs. 1 lit. a StPO).

Im vorliegenden Berufungsverfahren geht es somit einzig noch um das Strafmass, den bedingten Strafvollzug sowie den Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 gewährten bedingten Strafvollzugs für eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten.

2. Materielles

2.1 Vorbemerkung

Von der Gesetzessystematik her wäre grundsätzlich zuerst das Strafmass festzulegen und die Frage, ob die Strafe bedingt oder unbedingt auszusprechen ist, zu entscheiden und erst dann ein allfälliger Widerruf zu prüfen. Weil die Fragestellungen bezüglich des bedingten Strafvollzugs und des Widerrufs aber voneinander abhängen (STEFAN HEIMGARTNER, in: Donatsch [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Aufl. 2018, N. 10 zu Art. 42 StGB; TRECHSEL/PIETH, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, N. 14 zu Art. 42 StGB), wird vorliegend zunächst auf die Widerrufsproblematik eingegangen.

2.2 Widerruf

- 2.2.1 Das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, sprach X___ am 28. April 2010 wegen diverser Vermögensdelikte sowie Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrs- und Betäubungsmittelgesetz schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Busse von CHF 1'000.00. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren bedingt aufgeschoben und die Untersuchungshaft von 141 Tagen angerechnet. Am 18. November 2010 verlängerte die Staatsanwaltschaft Zürich-Siehl die Probezeit um 6 Monate (act. B 3/50 P1).
- 2.2.2 Das Kantonsgericht hat die durch das Bezirksgericht Zürich am 28. April 2010 ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten mit der Begründung widerrufen (act. B 2 E. 8.4, S. 28 f.), der Beschuldigte habe während der Probezeit verschiedene Verbrechen und Vergehen begangen. Die noch laufende Probezeit habe ihn nicht davon abgehalten, diese Delikte zu begehen. Auch die Wirkung der Untersuchungshaft von 141 Tagen habe nicht dazu geführt, dass der Beschuldigte von weiteren Straftaten abgesehen habe. Der Beschuldigte habe sich zwar seit dem Jahr 2015 nichts mehr vorwerfen zu lassen, doch ergebe sich aus dessen Aussagen, dass er sich - wenn er keinen Halt habe - zu strafbaren Handlungen hinreissen lasse. Seine persönliche Situation, er lebe seit 6 Jahren in einer

Beziehung, könne als stabil erachtet werden. Indessen sei seine berufliche Situation schwierig. Er verfüge über keine abgeschlossene Lehre und über keine gesicherten Einkünfte. In finanzieller Hinsicht sei er von seinem Umfeld abhängig. Angesichts der unsicheren beruflichen bzw. finanziellen Lage sei zu erwarten, dass er weitere Straftaten verübe, sobald er wieder unter Druck stehe und den notwendigen Halt verliere. Die Frist gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB sei wegen der Verlängerung der Probezeit um sechs Monate noch nicht abgelaufen. Aufgrund dessen sei die bedingte Strafe von 24 Monaten zu widerrufen. Die Untersuchungshaft von 141 Tagen sei anzurechnen.

- 2.2.3 Gemäss RA lic. iur. A___ kann die durch das Bezirksgericht Zürich im Jahre 2010 bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe heute nicht mehr widerrufen werden (act. B 24, S. 7).
- 2.2.4 Die Staatsanwaltschaft vertritt demgegenüber die Auffassung, Art. 97 Abs. 3 StGB habe auch bezüglich des in Art. 46 Abs. 5 StGB geregelten Zeitablaufs beim Widerrufsrecht zu gelten bzw. sei zumindest analog anzuwenden und die Berufung deshalb vollumfänglich abzuweisen (act. B 23, S. 2 f.).
- 2.2.5 Das Gericht widerruft die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und deshalb zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird (Art. 46 Abs. 1 StGB). Verzichtet das Gericht auf einen Widerruf, kann es den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 2 StGB). Der Widerruf darf nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind (Art. 46 Abs. 5 StGB).
- 2.2.6 In Berücksichtigung der Verlängerung ist die Probezeit für die am 28. April 2010 beurteilten Delikte am 28. Oktober 2015 abgelaufen. Seither sind nun beinahe weitere vier Jahre vergangen.

Zu prüfen ist, ob - wovon die Staatsanwaltschaft ausgeht - wie bei der Verfolgungsverjährung der Erlass des erstinstanzlichen Urteils massgebend ist oder ob drei Jahre nach Ablauf der Probezeit ungeachtet eines allfälligen Weiterzugs des Urteils kein Widerruf mehr ausgesprochen werden darf.

Die herrschende Lehre vertritt einhellig die Auffassung, dass ein Widerruf nicht mehr angeordnet werden darf, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre verstrichen sind (SCHNEIDER/GARRÉ, Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 82 zu Art. 46 StGB; TRECHSEL/PIETH, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl.

2018, N. 16 zu Art. 46 StGB; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, Strafrecht II, 9. Aufl. 2018, S. 165). In diesem Sinne hat sich auch das Bundesgericht geäußert (Urteil Bundesgericht 6B_1073/2010 vom 21. Juni 2011 E. 8.2). Ob überhaupt und inwiefern der Berufungskläger das Ermittlungsverfahren ungebührlich verzögert hat, legt die Staatsanwaltschaft nicht (substantiiert) dar und es ergibt sich auch nicht aus den Akten (Urteil Bundesgericht 6B_1073/2010 vom 21. Juni 2011 E. 8.2).

Eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende Auslegung (extra legem) oder die Ausfüllung von Lücken durch Analogieschluss - wie die Staatsanwaltschaft es macht -, verbietet sich aufgrund des in Art. 1 StGB verankerten Legalitätsprinzips (ANDREAS DONATSCH, in: Donatsch [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Aufl. 2018, N. 27 zu Art. 1 StGB; POPP/BERKEMEIER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 31 zu Art. 1 StGB; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4. Aufl., § 4 Rz. 33).

Vom Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 bedingt gewährten Strafvollzugs ist somit definitiv abzusehen.

2.3 Strafmass

- 2.3.1 Vor dem Kantonsgericht beantragte die Staatsanwaltschaft zunächst, der Berufungskläger sei zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 15 Tagen zu verurteilen. Weiter sei er zu einer Busse von CHF 1'000.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 10 Tagen, zu verurteilen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 bedingt ausgesprochene Freiheitstrafe von 24 Monaten sei zu widerrufen (act. B 2 E. 8.1, S. 24 f.). Im Rahmen des zweiten Vortrags ersuchte die Anklägerin um Anpassung von Ziffer 2 ihres Antrags dahingehend, dass der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten, unter Anrechnung einer Untersuchungshaft von 15 Tagen, zu verurteilen sei. Ziffer 4 des Antrags sei zu streichen. Der beantragte Strafraum gemäss erstem Vortrag habe auf der Annahme beruht, dass gleichzeitig der Widerruf ausgesprochen werde. Da der Widerruf nun nicht mehr möglich sei, sei die Freiheitsstrafe auf 18 Monate Freiheitsstrafe, unbedingt ausgesprochen, zu erhöhen (act. B 2 E. 8.1, S. 25 f.).

Der Beschuldigte hielt demgegenüber eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen, bedingt aufgeschoben mit einer Probezeit von drei Jahren, sowie einen Verzicht auf den Widerruf der alten Strafe für angemessen (act. B 2 E. 8.1, S. 25).

- 2.3.2 Die Vorinstanz hat erwogen (act. B 2 E. 8.3, S. 27 f.), bevor die vorliegend zu beurteilenden Straftaten gemäss den allgemeinen Strafzumessungskriterien geprüft werden könnten, sei die Frage nach der Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB zu klären. Mit Blick auf die Materialien führte sie aus, das Bundesgericht kritisiere, dass bei dem im Rahmen von Art. 46 Abs. 1 aStGB anwendbaren Asperationsprinzip der Täter unberechtigtweise und im Vergleich zu einem Ersttäter bevorteilt würde. Es sei deshalb nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Gerichten mit der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung genau dies habe vorschreiben wollen. Dies umso mehr, als der Gesetzgeber mit der Änderung des StGB eine Verschärfung des Sanktionenrechts beabsichtigt habe. Diesbezüglich sei von einem Versehen des Gesetzgebers auszugehen. Nach dem Gesagten könne davon ausgegangen werden, dass Art. 46 Abs. 1 StGB weiterhin als „Kann-Bestimmung“ zu verstehen sei und es werde im konkreten Fall davon abgesehen, eine Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB zu bilden.

In Würdigung sämtlicher Umstände erachtete das Kantonsgericht in der Folge eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten als dem Verschulden des Berufungsklägers angemessen. Die erstandene Untersuchungshaft von 18 Tagen wurde angerechnet (act. B 2 E. 8.5-8.9, S. 30 ff.).

- 2.3.3 RA lic. iur. A___ führte an Schranken aus (act. B 24, S. 6 f.), es sei eine bedingte Geldstrafe anzuordnen. Was die Strafe für die neuen Taten angehe, könne er der Staatsanwaltschaft nicht folgen. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Strafe für die heute zu beurteilenden Delikte massiv erhöht werden solle, nur weil der Widerruf weg falle. Beim Ablauf der Widerrufsfrist handle es sich um eine gesetzliche Folge ohne Auswirkungen auf das Tatunrecht. Die neuen Delikte würden nicht von einer allzu grossen kriminellen Energie zeugen, eher von Dummheit. Sie würden sich auf jeden Fall am unteren Rand von „Einbruch“ bewegen. Dann kämen noch Hehlerei und SVG-Widerhandlungen dazu. Da hätten zwei „Jungs“ offenbar die Bodenhaftung verloren. Die Delikte seien zwar noch nicht verjährt, lägen aber doch zwischen 4 und 7 Jahre zurück. Die deliktsfreie Zeit sei zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen.

- 2.3.4 Für den Fall, dass das vorinstanzliche Urteil und insbesondere der Widerruf nicht bestätigt werden, verlangt die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten (act. B 23, S. 3 ff.). Die Vorinstanz habe dem Widerruf bei der Strafzumessung eine grosse Bedeu-

tung zugemessen. Es habe den Widerruf „eingerechnet“. Das Absehen von einer Gesamtstrafe nach Art. 46 Abs. 1 StGB stelle aus heutiger Sicht einen Fehlentscheid dar, da die Bildung einer Gesamtstrafe aufgrund eines neuen Entscheides des Bundesgerichtes neu zwingend sei und nicht mehr im freien Ermessen des Gerichts liege. Unter diesem Aspekt müsse der Vorstrafe Beachtung geschenkt und diese bei der Festlegung der neuen Strafe deutlich strafferhöhend berücksichtigt werden. Zutreffend sei, dass nur eine Freiheitsstrafe den Beschuldigten von der Begehung neuer Delikte abzuhalten vermöge. Die von der Vorinstanz angenommene Einsatzstrafe von 4 Monaten erscheine als zu tief; es sei vielmehr von 7 Monaten auszugehen. Die Einsatzstrafe sei dann um mindestens 6 Monate zu schärfen. Auch die täterbezogenen Kriterien seien deutlich zu milde bewertet worden. Hier sei ebenfalls ein Zuschlag von 6 Monaten angemessen. Damit ergebe sich ein Zwischenresultat von 19 Monaten. Dem Geständnis und der Kooperationsbereitschaft könnten mit einem Monat Rechnung getragen werden, so dass letztlich eine Gesamtstrafe von 18 Monaten resultiere.

2.3.5 Das Kantonsgericht hat von der Bildung einer Gesamtstrafe abgesehen (E. 2.3.2). Diese Schlussfolgerung ist aus heutiger Sicht aufgrund des neuen Entscheides des Bundesgerichtes vom 24. Januar 2019 (BGE 145 IV 146 E. 2) als überholt zu bezeichnen. Für den vorliegenden Fall spielt der neue Leitentscheid allerdings keine Rolle: Dieser bezieht sich nämlich explizit auf die Konstellation, in der eine widerrufenen und eine neue Strafe zu beurteilen sind. Dies ist hier aber nicht (mehr) der Fall, weil die durch das Bezirksgericht Zürich am 28. April 2010 ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten nach Ablauf der in Art. 46 Abs. 5 StGB erwähnten Frist definitiv nicht mehr widerrufen werden kann (E. 2.2.7).

2.3.6 Die Staatsanwaltschaft hat ihre Anträge im Laufe des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens angepasst (E. 2.3.1). Dies war zulässig, da Anträge in der Regel abänderbar und widerrufbar sind (HAFNER/FISCHER, Basler Kommentar, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 109 StPO; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 647).

Das Gericht bemisst die Strafe nach dem Verschulden des Täters und berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55; HANS MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, in: SJZ 100 [2004] Nr. 8, S. 173 ff.). 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 Ver-

letzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Asperationsprinzip). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). 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. 2 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorab der Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafraums festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_218/2010 vom 8. Juni 2010 E. 2.1).

- 2.3.7 Unter dem Aspekt der abstrakten Strafandrohung bilden Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB die schwersten vom Berufungskläger begangenen Straftaten. Diese Delikte werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe sanktioniert. Damit ist im vorliegenden Fall ein Schuldspruch wegen verschiedener Tatbestände mit gleichem Strafraum erfolgt, welche gleichartige Strafen zur Folge haben. Das Gericht hat eine Einsatzstrafe ausgehend von derjenigen Straftat, die im konkreten Fall die höchste Strafe nach sich zieht, festzusetzen. Anschliessend ist diese im Rahmen der Strafschärfung angemessen zu erhöhen (HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019, S. 158).

Der Einbruch in das Restaurant T___ vom 9./10. Januar 2013 kann aufgrund der Höhe des Deliktsguts als konkret schwerste Tat qualifiziert werden, weshalb für diese Tat eine **Einsatzstrafe** zu ermitteln ist.

- 2.3.8 Bevor eine Einsatzstrafe zu bestimmen ist, ist abzuklären, ob die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt sind (vgl. Art. 49 Abs. 1 StGB). Dabei ist gleichzeitig die Sanktionsart zu bezeichnen. Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs stellt eine Vielzahl von Sanktionen und Kombinationsmöglichkeiten der einzelnen Sanktionen zur

Verfügung. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz, zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass es die vom Verteidiger erwähnte gemeinnützige Arbeit als eigenständige Sanktionsart seit dem 1. Januar 2018 nicht mehr gibt. Bei dieser handelt es sich heute um eine Vollzugsform, welche nicht mehr durch das Gericht, sondern einzig durch die Vollzugsbehörde angeordnet werden kann (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-29.html>).

X___ wurde wegen Diebstahls, unrechtmässiger Aneignung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzug und Führens eines Motorfahrzeuges in nicht fahrfähigem Zustand schuldig gesprochen (E. C und 1.2). Diese Delikte sind mit gleichartigen Strafen, Geldstrafe oder Freiheitsstrafe, bedroht.

Wie die Vorinstanz erachtet das Obergericht es angesichts der Vorstrafen des Berufungsklägers als zweifelhaft, ob eine Geldstrafe einen präventiven Effekt hätte. So haben die bisher bedingt ausgesprochenen Strafen keinen solchen Effekt gezeigt. Nur eine Freiheitsstrafe kann X___ somit davon abhalten, weitere Straftaten zu begehen. Es sprechen ausserdem keine persönlichen Gründe gegen eine Freiheitsstrafe.

2.3.9 Der Berufungskläger hat zusammen mit B___ den Einbruchdiebstahl begangen. Sie sind in das Restaurant eingebrochen, als dieses geschlossen war und sie sicher sein konnten, dass sich keine Personen darin aufhalten. Beim Einbruch wurden dadurch keine Personen gefährdet. Der Deliktsbetrag beläuft sich auf etwa CHF 4'000.00. Im Vergleich zu den früheren, in Zürich begangenen Diebstählen ist bei den heute zu beurteilenden Taten eine neue Dimension hinzugekommen: Während der Berufungskläger damals ausschliesslich „Autos aufgebrochen“ hat, ist er nun wiederholt in Liegenschaften eingestiegen. Die kriminelle Energie des Beschuldigten ist somit als mittel einzustufen. Denn auch wenn der Einbruch nicht die Idee des Beschuldigten selbst war, liess er sich dennoch leicht davon überzeugen. Dass Drogen oder Alkohol einen Einfluss auf den Entscheid des Beschuldigten hatten, einzubrechen, ist nicht erstellt. Das objektive Tatverschulden ist insgesamt als mittel einzustufen. Auf den Grund für den Einbruch angesprochen, meinte X___, dass er B___ geholfen habe. Es sei die Zeit gewesen, in der sie Dummheiten gemacht hätten. Es sei krass gewesen, wie er sich in der Zeit aufgegeben habe (act. B 3/11.4, S. 4 und B 24, S. 6). Auch wenn der Berufungskläger B___ einen Gefallen gemacht hat, hat er mit Bereicherungsabsicht gehandelt. Im Rahmen des subjektiven Tatverschuldens ist von einem leichten bis mittleren Verschulden auszugehen.

Aufgrund des Verschuldens des Täters ist die Einsatzstrafe auf fünf Monate festzusetzen.

- 2.3.10 In Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 49 Abs. 1 StGB hat eine Strafschärfung zufolge Deliktsmehrheit zu erfolgen. Die Gesamtstrafenzumessung verlangt einen Blick auf das Verhältnis der Einzelstraftaten zueinander. Massgebend sind Kriterien, die sich an der ratio legis von Art. 49 StGB orientieren, mithin der übergreifenden Schuldbetrachtung. Dabei sind 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 wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (JÜRG-BEAT ACKERMANN, Basler Kommentar StGB I, 4. Aufl. 2019, N 122 zu Art. 49 StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_323/2010 vom 23.06.2010, E. 3.2.).

Die Einbruchsdiebstähle und die in diesem Zusammenhang stehende Hehlerei, die X___ zusammen mit B___ verübt hat, stehen zeitlich, sachlich und situativ in einem relativ engen Zusammenhang. Die Umstände der Delikte liegen ähnlich; der Beschuldigte agierte aus Bereicherungsabsicht und beschädigte dafür leichtfertig Türen oder Fenster und drang in fremdes Eigentum ein. Personen wurden dabei jedoch nicht gefährdet. Der Berufungskläger sieht sich zwar als Mittäter, meint jedoch, dass die Initiative von B___ gekommen sei. Die Einbruchsdiebstähle scheinen nicht von langer Hand geplant worden zu sein (act. B 3/55, S. 6). Diese Vermögensdelikte rechtfertigen ebenfalls eine mittlere Strafschärfung.

Die vom Beschuldigten allein begangenen Vermögensdelikte führen darauf zurück, dass sich dem Beschuldigten eine Gelegenheit bot, sich zu bereichern. So hat er ein fremdes Mobiltelefon aus Versehen mitgenommen, dies aber nicht zurückgebracht. Der Schlüssel seiner Freundin ermöglichte es ihm ausserdem, ohne Probleme in den P___ einzudringen. Auch hier hat der Beschuldigte keine Personen gefährdet. Jedoch war seine innere Hemmschwelle tief, wenn er ihm sich bietenden Gelegenheiten so rasch nachgegeben hat. Diese Delikte führen ebenfalls zu einer mittleren Strafschärfung.

Der Beschuldigte hat in nicht fahrfähigem Zustand ein Auto gelenkt. Er hat sowohl Alkohol getrunken, als auch Drogen konsumiert. Das Gefahrenpotenzial ist diesbezüglich als hoch einzustufen. Das Lenken eines Fahrzeuges trotz Entzug des Führerausweises fällt hingegen nur leicht ins Gewicht. Dies rechtfertigt eine leichte Strafschärfung.

Insgesamt rechtfertigt sich eine Strafschärfung um fünf Monate. Die vorläufige Gesamtstrafe beträgt somit zehn Monate.

2.3.11 Die durch die Tatkomponenten ermittelte Strafe ist in einem abschliessenden Schritt aufgrund der Täterkomponenten gegebenenfalls anzupassen (BGE 136 IV 55, E. 5.7). Die verschuldensangemessene Strafe kann durch Umstände, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Zu den täterbezogenen Kriterien zählt unter anderem das Vorleben des Täters, wobei vor allem die Vorstrafen, auch solche des Auslands, belastend gewertet werden (TRECHSEL/THOMMEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, N 30 zu Art. 47 StGB). Weiter sind gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB auch die persönlichen Verhältnisse zu beachten. Diese betreffen sämtliche Lebensumstände des Täters im Zeitpunkt der Strafzumessung, wie beispielsweise Familienstand und Beruf, Gesundheit, soziale Herkunft, Lebenserfahrung, Bildungsstand, mehr oder weniger günstige Lebensverhältnisse, Alkohol- und Drogenabhängigkeit und Behinderung (WIPRÄCHTIGER/KELLER, Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl. 2019, N. 146 zu Art. 47 StGB). Die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit, also der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters, ist in Art. 47 Abs. 1 StGB ebenfalls ausdrücklich vorgeschrieben. Zudem ist auch das Nachtatverhalten in die Strafzumessung einzubeziehen. Dazu gehören die Geständnisbereitschaft, die Einsicht in das begangene Unrecht und Reue (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N 169 zu Art. 47 StGB). Schliesslich ist auch das Verhalten des Beschuldigten im Strafverfahren, etwa weitere Delinquenz während des Strafverfahrens, zu berücksichtigen (TRECHSEL/THOMMEN, a.a.O., N 23 zu Art. 47 StGB).

X___ wurde bereits wegen verschiedener Straftaten schuldig gesprochen (act. B 3/50 P1). Am 19. November 2007 wurde er vom Untersuchungsamt St.Gallen wegen Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen verurteilt. Am 28. April 2010 wurde der Beschuldigte vom Bezirksgericht Zürich wegen folgender Delikte zu 24 Monaten Freiheitsstrafe bedingt verurteilt:

- Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel (mehrfache Begehung)
- Unrechtmässige Aneignung
- Bandenmässiger Diebstahl
- Sachbeschädigung (mehrfache Begehung)
- Betrug
- Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (mehrfache Begehung)
- Geringfügiger betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (mehrfache Begehung)
- Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Versuch)
- Fahren in fahruntüchtigem Zustand (Motorfahrzeug, alkoholisiert)

- Fahren ohne Führerausweis oder trotz Entzug (mehrfache Begehung)
- Übertretung der Verkehrszulassungsverordnung

Am 18. November 2010 befand ihn die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl schliesslich des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage für schuldig.

Diese Delikte sind den im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Taten ähnlich und damit einschlägig, weshalb sie sich strafferhöhend auswirken. Die Anzahl der Delikte rechtfertigt eine deutliche Straferhöhung, konkret von zehn auf dreizehn Monate.

X___ ist türkischer Nationalität. Er verfügt über eine Niederlassungsbewilligung. Laut eigenen Angaben sind seine Eltern getrennt; die Mutter wohnt in Z___, der Vater lebt seit einigen Jahren in der Türkei. Er ist ledig, lebt aber seit mehreren Jahren in einer Beziehung. Der Beschuldigte hat die ordentliche Schule in Z___ besucht. Nach dem 10. Schuljahr hat er eine Lehre als Polymechaniker angefangen. Diese hat er jedoch nach zweieinhalb Jahren abgebrochen. Auch die Lehre als Detailhandelsfachmann hat er nach ca. zwei Jahren abgebrochen. Er hat in der Luxuskleiderbranche als Verkäufer gearbeitet (act. B 3/55 und B 24, S. 4). Diese Verhältnisse sind weder strafferhöhend noch strafmindernd zu berücksichtigen.

Der Berufungskläger ist in allen Punkten geständig und hat zum Teil zur Aufklärung der Tat beigetragen und dadurch die Strafverfolgung erleichtert. Er hat zudem nicht erst gestanden, als er mit erdrückenden Beweisen konfrontiert wurde. Er zeigt auch Einsicht und Reue und hat dazu die geltend gemachten Zivilforderungen mehrheitlich anerkannt, weshalb die Strafe um 3 Monate auf zehn Monate zu mindern ist.

Zusammenfassend beträgt die Gesamtstrafe zehn Monate.

2.4 Bedingter Strafvollzug

- 2.4.1 Bei der Prognosestellung hat die Vorinstanz bei den Ausführungen zum Widerruf angeknüpft und festgehalten (act. B 2 E. 8.10, S. 35), grundsätzlich sei von einer ungünstigen Prognose auszugehen. Nur in Berücksichtigung, dass der Widerruf der durch das Bezirksgericht Zürich bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe eine abschreckende Wirkung auf den Berufungskläger habe, könne die ungünstige Prognose revidiert und der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe von acht Monaten angeordnet werden. Die Probezeit wurde aufgrund der Höhe der Rückfallgefahr auf fünf Jahre festgesetzt.

- 2.4.2 Gemäss der Verteidigung kann dem Berufungskläger eine gute Prognose gestellt werden (act. B 24, S. 7). Als Begründung wird angeführt, dass X___ keine neuen Vermögensdelikte und keine SVG-Widerhandlungen mehr begangen habe. Er habe also bewiesen, dass er auch ohne den Druck des drohenden Widerrufs nicht mehr straffällig geworden sei. Dieser habe zwar keine Arbeit, führe aber den Haushalt und helfe seiner Mutter in Z___. Er mache also nicht nichts, sondern versuche, wieder Fuss zu fassen. Falls das Gericht der Auffassung sei, dass ein „Denkzettel“ nötig sei, würden eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit mehr bringen als ein paar Monate Strafvollzug. Dort würde er nur wieder mit Straftätern in Kontakt kommen.
- 2.4.3 Für die Staatsanwaltschaft kann die Frage nach dem bedingten Strafvollzug für den Beschuldigten in Anbetracht seiner einschlägigen Vorstrafen und dem deliktischen Verhalten während der Probezeit nicht positiv ausfallen (act. B 23, S. 5).
- 2.4.4 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von 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. Spricht das Gericht die Strafe ganz oder teilweise bedingt aus, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Bei der Prüfung der Prognose - für eine bedingte Strafe genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose - ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2). In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1; TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, N 8 f. zu Art. 42 StGB). Bei der Prognosestellung ist die gesamte Wirkung des Urteils zu berücksichtigen, so auch der Widerruf einer früher bedingt aufgeschobenen Strafe (TRECHSEL/PIETH, a.a.O., N 14 zu Art. 42 StGB mit Hinweisen).

Wie bei der Strafzumessung (Art. 50 StGB) müssen die Gründe für die Gewährung oder Nichtgewährung des bedingten Vollzugs der Strafe im Urteil so wiedergegeben werden,

dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_572/2013 vom 20. November 2013 E. 1.3).

2.4.5 Vorliegend geht es um eine Freiheitsstrafe von weniger als zwei Jahren und X___ wurde innerhalb der letzten fünf Jahre nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt (Art. 42 Abs. 2 StGB).

Anders als im erstinstanzlichen Verfahren ist der Widerruf der durch das Bezirksgericht Zürich am 28. April 2010 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten heute nicht mehr möglich (E. 2.2.7) und fällt als Element bei der Prognosestellung ausser Betracht.

Positiv hervorzuheben sind nach Auffassung des erkennenden Gerichts, dass

- X___ offenbar seit längerem in einer stabilen Beziehung lebt, (wieder) engen Kontakt zu seiner Herkunftsfamilie pflegt und sich innerhalb dieser sozialen Systeme auch engagiert, indem er sich im Haushalt betätigt und seiner kranken Mutter beisteht (act. B 24, S. 3 ff.);
- seit den heute zu beurteilenden Delikten - mit Ausnahme des in der Befragung erwähnten Vorfalles (act. B 24, S. 5) - keine neuen Delikte hinzugekommen sind.

Gegen eine günstige Prognose fällt namentlich ins Gewicht:

- X___ ist während laufender Probezeit wiederum mehrfach einschlägig rückfällig geworden und hat sowohl Delikte gegen das Vermögen als auch Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz begangen.
- Die Tatsache, dass er rückfällig geworden ist, obwohl er wegen der am 28. April 2010 durch das Bezirksgericht Zürich beurteilten Taten insgesamt während 141 Tagen, d.h. mehr als 4 1/2 Monaten, in Untersuchungshaft sass.
- Obwohl ihm die Konsequenzen neuerlicher Delinquenz angesichts der mehrmonatigen Untersuchungshaft hätten bewusst sein müssen, liess er sich von seinem Kumpanen und Mittäter zu diversen neuen Straftaten verleiten; er hat aber auch zahlreiche Delikte alleine verübt.
- Trotz seiner Beteuerungen anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung verfügt X___ bis heute nicht über eine geregelte Arbeit, sondern lebt von Einkünften aus Gelegenheitsjobs sowie der Unterstützung durch die Familie und die Freundin.

Wägt man die verschiedenen Faktoren gegeneinander ab, liegen gesamthaft sehr gewichtige Bedenken bezüglich der Legalbewährung des Berufungsklägers vor und dieser kann nach Auffassung des erkennenden Gerichts nur mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von

der Begehung neuer Delikte abgehalten werden. Vom Fehlen einer ungünstigen Prognose kann daher gerade nicht gesprochen werden und die Freiheitsstrafe von 10 Monaten ist zu vollziehen.

Die erstandene Untersuchungshaft von 18 Tagen wird dabei angerechnet.

3 Kosten

3.1 Verfahrenskosten

Fällt die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO), wobei diese Fragen für jede Verfahrensstufe separat zu prüfen sind und demgemäss Kostenauflagen und Entschädigungspflichten für diese durchaus unterschiedlich ausfallen können (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 428 StPO). Die Verfahrenskosten werden vom Kanton getragen, der das Verfahren geführt hat; abweichende Bestimmungen dieses Gesetzes bleiben vorbehalten (Art. 423 Abs. 1 StPO). Art. 426 StPO sieht vor, dass die beschuldigte Person die Verfahrenskosten trägt, wenn sie verurteilt wird.

Das trifft hier für die erstinstanzlichen Verfahrenskosten uneingeschränkt zu, weshalb diese vollumfänglich dem Beschuldigten auferlegt wurden. Dabei bleibt es auch, da die Verlegung der Verfahrenskosten vor erster Instanz nicht angefochten wurde (act. B 1 und E. 1.2).

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Obsiegen oder Unterliegen beurteilt sich grundsätzlich nach den Anträgen der rechtsmittelführenden Partei. Unterliegt eine Partei nur teilweise, werden die Kosten anteilmässig verlegt (BGE 123 IV 156 E. 3c; YVONA GRIESSER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 428 StPO; THOMAS DOMEISEN, Basler Kommentar, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 6 f. zu Art. 428 StPO).

Vor dem Obergericht wurde die Freiheitsstrafe zwar von acht auf zehn Monate erhöht und deren Vollzug unbedingt ausgesprochen. Gleichzeitig wurde aber vom Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 bedingt gewährten Strafvollzugs von 24 Monaten abgesehen. Es ist somit von einem mehrheitlichen Obsiegen des Berufungsklägers auszugehen und scheint daher gerechtfertigt, die zweitinstanzliche Gerichtsge-

büßr in Höhe von nunmehr CHF 2'000.00 (CHF 1'000.00 Reduktion zufolge Verzichts auf das Ergreifen eines Rechtsmittels; Art. 29 Abs. 1 lit. b Gebührentarif, bGS 233.3) zu drei Vierteln auf die Staatskasse zu nehmen und zu einem Viertel dem Berufungskläger aufzuerlegen. Die Gebühr für die Vertretung der Anklage an Schranken wird auf CHF 500.00 festgesetzt (Art. 26 Abs. 1 lit. c. Gebührentarif) und im gleichen Verhältnis auf die Parteien aufgeteilt.

In Ziffer 4 des Urteilsdispositivs wurden die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren fälschlicherweise mit CHF 1'507.85 anstatt mit CHF 377.00 angegeben. Dieser Irrtum ist praxismässig in der schriftlichen Urteilsbegründung zu berichtigen (Art. 83 StPO).

3.2 Entschädigungen

Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren richten sich nach den Artikeln 429-434 (Art. 436 Abs. 1 StPO). Aus den Art. 429-434 StPO folgt ohne weiteres, dass bei einem Schuldspruch grundsätzlich kein Raum für eine Entschädigung des Beschuldigten bleibt (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 1 zu Art. 429 StPO). Erfolgt weder ein vollständiger oder teilweiser Freispruch noch eine Einstellung des Verfahrens, obsiegt die beschuldigte Person aber in anderen Punkten, so hat sie Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen (Art. 436 Abs. 2 StPO). Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sie milder bestraft wird (YVONA GRIESSER, a.a.O., N. 3 zu Art. 436 StPO mit weiteren Hinweisen; WEHRENBURG/FRANK, Basler Kommentar, StPO, 2. Auf. 2014, N. 10 zu Art. 436 StPO).

Das Kantonsgericht hat dem Berufungskläger zu Recht keine Entschädigung zugesprochen, hat aber die Kosten für die amtliche Verteidigung durch RA lic. iur. A___ auf die Staatskasse genommen (act. B 2 E. 10.2, S. 37 und 41). Dieser Punkt wurde nicht angefochten.

Entsprechend der Verlegung der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten sind X___ drei Viertel des Aufwands seines Verteidigers im Berufungsverfahren zu ersetzen (E. 3.1). RA lic. iur. A___ hat eine Kostennote in Höhe von CHF 1'723.20 eingereicht (act. B 22). Für die Hauptverhandlung wurden 2.5 Stunden mit einem Stundenansatz von CHF 280.00 eingesetzt. Zulässig ist jedoch lediglich ein Ansatz von CHF 200.00 (Art. 24 Abs. 1 Anwaltstarif, bGS 145.53). Zusammen mit der Mehrwertsteuer ergibt sich so eine Entschädigung von CHF 1'507.80.

Davon werden X___ CHF 1'130.85 (= 3/4) als (reduzierte) Entschädigung im Berufungsverfahren zugesprochen (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer). Zusätzlich wird RA lic. iur. A___ für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger mit CHF 377.00 (= 1/4, inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Staatskasse entschädigt. Vorbehalten bleibt die Rückerstattung der Kosten durch den Beschuldigten nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO. Weiter wird festgestellt, dass das volle Honorar im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO ebenfalls CHF 377.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) beträgt. Im Urteilsdispositiv wurde die volle Entschädigung fälschlicherweise mit CHF 1'130.85 beziffert. Dieses Versehen wird praxisgemäss gestützt auf Art. 83 StPO in der schriftlichen Urteilsbegründung berichtigt.

In teilweiser Gutheissung von Berufung und Anschlussberufung erkennt das Obergericht:

1. Es wird Vormerk genommen, dass das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2018 (SA3 2017 3) in Dispositiv
 - Ziffer 1 (Einstellung hinsichtlich des Vorwurfs des Hausfriedensbruchs zum Nachteil des Privatklägers 4 sowie des mehrfachen Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs, begangen im Zeitraum zwischen dem 4. und 22. August 2010 und am 14. April 2011)
 - Ziffer 2 (Schuldsprüche wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs, Diebstahlversuchs, mehrfachen Diebstahls, unrechtmässiger Aneignung, mehrfacher Sachbeschädigung, Hehlerei, Lenkens eines Motorfahrzeuges trotz Entzugs, begangen am 4. Januar 2013, Führens eines Motorfahrzeuges in nicht fahrfähigem Zustand, begangen am 4. Januar 2013)
 - Ziffer 6 (teilweise Anerkennung Zivilforderungen)
 - Ziffer 7 (Verweisung der weitergehenden Zivilforderungen auf den Zivilweg)
 - Ziffer 8 (Verfahrenskosten)
 - Ziffer 9 (Entschädigung des amtlichen Verteidigers)

mangels Berufung in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Beschuldigte X___ wird verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 18 Tagen.
3. Vom Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2010 bedingt gewährten Strafvollzugs wird abgesehen.
4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus

CHF	3'200.00	Kosten der Vorverfahren
CHF	4'184.00	amtliche Verteidigung vor erster Instanz
CHF	3'200.00	erstinstanzliche Gerichtsgebühr
CHF	500.00	Gebühr für die Vertretung der Anklage vor dem Obergericht
CHF	377.00	amtliche Verteidigung vor zweiter Instanz
CHF	<u>2'000.00</u>	zweitinstanzliche Gerichtsgebühr (reduziert um ein Drittel)
CHF	13'461.00	insgesamt,

werden im Umfang von CHF 11'586.00 (Verfahrenskosten erste Instanz + 1/4 Verfahrenskosten zweite Instanz) dem Beschuldigten X___ auferlegt und im Umfang von CHF 1'875.00 (3/4 Verfahrenskosten zweite Instanz) auf die Staatskasse genommen. Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung werden die auf den Beschuldigten entfallenden Kosten der amtlichen Verteidigung vor beiden Instanzen vorläufig vom Staat getragen. Die Nachforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

5. RA lic. iur. A___ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger im erstinstanzlichen Verfahren mit CHF 4'184.00 (inkl. Barauslagen und MWSt) - unter Vorbehalt der Rückerstattung der Kosten durch den Beschuldigten nach Art. 135 Abs. 4 lit a StPO - aus der Staatskasse entschädigt. Es wird festgestellt, dass das volle Honorar im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO CHF 4'632.10 (inkl. Barauslagen und MWSt) beträgt.

6. X___ wird für das Berufungsverfahren an seine Anwaltskosten eine (reduzierte) Entschädigung von CHF 1'130.85 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen.

Zusätzlich wird RA lic. iur. A___ für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger im Berufungsverfahren mit CHF 377.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) - unter Vorbehalt der Rückerstattung der Kosten durch den Beschuldigten nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO - aus der Staatskasse entschädigt. Es wird festgestellt, dass das volle Honorar im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO ebenfalls CHF 377.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) beträgt.

7. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Berufungskläger haben am 5. September 2019 schriftlich erklärt, auf die Ergreifung eines Rechtsmittels zu verzichten. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wurde somit um einen Drittel, d.h. um CHF 1'000.00 reduziert.

8. Versand am 28. Februar 2020 an:

- den Beschuldigten über seinen Verteidiger
- die Staatsanwaltschaft (U 16 420)
- die Privatklässler 1 - 3
- das Kantonsgericht Appenzell Ausserrrhoden (SA3 17 3)
- Departement Inneres und Sicherheit, Migration

Der Gerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Barbara Schittli