

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110552-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Th. Meyer, Vorsitzender, lic.iur. Burger und
Oberrichterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin lic.iur.
Leuthard

Urteil vom 10. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfachen Diebstahl etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht in Zivil-
und Strafsachen, vom 11. Juli 2011 (GG110012)**

Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. Mai 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. HD 12).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB,
 - des versuchten Diebstahles im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB,
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 24. Februar 2011 verfügte bedingte Entlassung wird widerrufen und es wird die Rückversetzung in den Vollzug der Reststrafe von 236 Tagen Freiheitsstrafe angeordnet.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrestes bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten als Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 25. November 2010, wovon bis zum Antritt des vorzeitigen Strafvollzuges 12 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die Privatkläger werden mit ihren Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg verwiesen.

6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
- Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 900.– Gebühr Strafuntersuchung
- Fr. 840.– Kosten Kantonspolizei
7. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit sofort definitiv abgeschrieben.
8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden sofort definitiv abgeschrieben.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 50 S. 2)

1. Es sei eine stationäre Massnahme im Sinne der Art. 59 Abs. 1 StGB und Art. 60 Abs. 1 StGB anzuordnen.
2. Der im Zeitpunkt des Antritts der Massnahme noch nicht vollzogene Rest der Freiheitsstrafe gemäss den Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Urteils sei zum Zweck der stationären Massnahme aufzuschieben.

b) Der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 56 und Urk. 42 sinngemäss)

Dem Antrag der Verteidigung auf Anordnung einer stationären Massnahme gemäss Art. 59 und 60 StGB sei stattzugeben.

Erwägungen:

I. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 trat die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO).

II. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil vom 11. Juli 2011 sprach das Einzelgericht in Strafsachen am Bezirksgericht Hinwil den Beschuldigten des mehrfachen Diebstahls, des versuchten Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung und des mehrfachen Hausfriedensbruchs schuldig. Zudem widerrief es die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 24. Februar 2011 verfügte bedingte Entlassung und ordnete die Rückversetzung in den Vollzug der Reststrafe von 236 Tagen Freiheitsstrafe an. Unter Einbezug dieses Strafrestes bestrafte es den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten als Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 25. November 2010. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Die Privatkläger wurden mit ihren Schadenersatzforderungen auf den Zivilweg verwiesen. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit sofort definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden ebenfalls abgeschrieben (Urk. 36 S. 9 f.).

2. Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 22. Juli 2011 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 30, vgl. Urk. 29; Art. 399 Abs. 1 StPO). Mit Eingabe vom 18. August 2011 hat die Verteidigung sodann innert Frist die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 37, vgl. Urk. 34; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Berufung des Beschuldigten beschränkt sich auf die Anordnung einer stationären Massnahme. Alle anderen Teile des Urteils wurden nicht angefochten (Urk. 37

S. 2). Die Berufungserklärung wurde den Privatklägern sowie der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 6. September 2011 zugestellt, wobei ihnen Frist angesetzt wurde, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Es wurde keine Anschlussberufung erhoben. Die Staatsanwaltschaft erklärte sich in ihrem Schreiben vom 16. September 2011 mit dem Berufungsantrag des Beschuldigten, es sei eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 und 60 StGB anzuordnen, einverstanden (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung des Obergerichts vom 28. Oktober 2011 wurde im Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsbegründung einzureichen (Urk. 46). Letztere ging am 4. November 2011 innert Frist beim Gericht ein (Urk. 50, vgl. Urk. 47). Die Staatsanwaltschaft reichte mit Eingabe vom 15. November 2011 ihre Berufungsantwort ein, worin sie darauf verwies, dass sei bereits mit Eingabe vom 16. September 2011 ihr Einverständnis mit der Anordnung einer stationären Massnahme erklärt habe (Urk. 56). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 55).

3. Die Berufung hat nur im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Das vorinstanzliche Urteil blieb hinsichtlich des Schuldpunkts (Ziff. 1), der Rückversetzung (Ziff. 2), der Strafzumessung (Ziff. 3), der Schadenersatzansprüche (Ziff. 5) und des Kostendispositivs (Ziff. 6 und 7) unangefochten. Es ist daher vorab festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz insoweit rechtskräftig geworden ist.

Der unbedingte Vollzug der von der Vorinstanz ausgesprochenen Freiheitsstrafe (Ziff. 4) wurde ebenso wenig angefochten. Die Verteidigung beantragt allerdings, es sei die (unbedingt ausgesprochene) Freiheitsstrafe zugunsten der stationären Massnahme aufzuschieben (Urk. 50 S. 2). Vor diesem Hintergrund wäre es missverständlich, Ziffer 4 des vorinstanzlichen Dispositives für rechtskräftig zu erklären, wonach "der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht aufgeschoben wird".

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet somit die Frage, ob eine stationären Massnahme anzuordnen und ob diesfalls die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe aufzuschieben ist.

4. Der Beschuldigte wurde am 7. April 2011 verhaftet und hernach in Untersuchungshaft versetzt (Urk. HD 8/2 und Urk. HD 8/6). Am 19. April 2011 wurde ihm der vorzeitige Strafvollzug bewilligt (Urk. HD 8/7). Mit Schreiben vom 12. August 2011 liess der Beschuldigte durch den Betriebsleiter des Rehabilitationszentrums C._____ den Antrag auf vorzeitigen Massnahmeantritt stellen (Urk. 36a), welcher ihm mit Präsidialverfügung des Obergerichts vom 28. Oktober 2011 bewilligt wurde (Urk. 45). Mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 10. November 2011 wurde der Beschuldigte im Rahmen des vorzeitigen Massnahmeantritts per 18. November 2011 in das Rehabilitationszentrum C._____ eingewiesen (Urk. 54).

III. Massnahme

1. Die Verteidigung stellte den Antrag, es sei eine stationäre Massnahme im Sinne der Art. 59 Abs. 1 StGB und Art. 60 Abs. 1 StGB anzuordnen, und es sei der im Zeitpunkt des Antritts der Massnahme noch nicht vollzogene Rest der Freiheitsstrafe gemäss den Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Urteils zum Zweck der stationären Massnahme aufzuschieben (Urk. 50 S. 2).

2. Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht genügt, um einer gegebenen Rückfallgefahr entgegenzutreten, der Täter behandlungsbedürftig ist oder die öffentliche Sicherheit seine Behandlung erfordert und die besonderen Voraussetzungen für die betreffende Massnahme erfüllt sind (Art. 56 Abs. 1 StGB). Der mit der Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters darf zudem mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere neuerlicher Straftaten nicht unverhältnismässig sein (Art. 56 Abs. 2 StGB). Das Gericht stützt sich beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 3 StGB). Ist der Täter psychisch schwer gestört oder von Suchtstoffen abhängig, so kann das Gericht eine stationäre Massnahme anordnen, wenn der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung oder seiner Sucht in Zusammen-

hang steht, und zu erwarten ist, dass damit der Gefahr weiterer Straftaten begegnet werden kann (Art. 59 Abs. 1 StGB und Art. 60 Abs. 1 StGB).

Der Vollzug einer stationären Massnahme nach Art. 59 oder Art. 60 StGB geht einer zugleich ausgesprochenen Freiheitsstrafe vor (Art. 57 Abs. 2 StGB). Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist daher stets für die Dauer der stationär durchgeführten Massnahme aufzuschieben.

3. Der Beschuldigte hat sich im vorliegenden Verfahren des mehrfachen, teilweise versuchten Diebstahls, des mehrfachen Hausfriedensbruchs und der mehrfachen Sachbeschädigung schuldig gemacht (Urk. 36 S. 9). Des Weiteren weist der Beschuldigte acht Vorstrafen auf, wovon sechs einschlägig sind (Urk. HD 10/2).

Im Zusammenhang mit zwei früheren Strafverfahren gegen den Beschuldigten wegen Diebstahls etc., welche zu den Verurteilungen vom 2. April 2009 und 25. November 2010 führten, veranlassten die damaligen Untersuchungsbehörden, dass der Beschuldigte psychiatrisch begutachtet wurde (Urk. HD 9/1 und Urk. HD 9/2).

Dr. Z._____ hielt in seinem ausführlichen Gutachten vom 28. Oktober 2008 fest, dass der Beschuldigte zur Zeit der damaligen Taten (2007/2008) an einer Störung durch multiplen Substanzgebrauch mit partiellem Abhängigkeitssyndrom sowie an einer unreifen (infantilen) Persönlichkeitsstörung gemäss ICD-10 F 60.4 gelitten habe (Urk. HD 9/1 S. 25 f., S. 36). Die damaligen Straftaten des Beschuldigten stünden im Zusammenhang mit der festgestellten psychischen Störung und der Abhängigkeit von Suchtmitteln. Sodann bestehe beim Beschuldigten die Gefahr von erneuten Straftaten. Zur Behandlung der festgestellten Persönlichkeitsstörung und Suchtmittelabhängigkeit empfahl der Gutachter eine stationäre Massnahme in einer Institution für Drogentherapie, hielt allerdings fest, dass sich der Beschuldigte bisher nicht bereit erklärt habe, sich einer solchen Behandlung zu unterziehen (a.a.O. S. 37 f.).

Facharzt D._____ bestätigte in seinem Gutachten vom 5. September 2010 weitgehend die Schlussfolgerungen von Dr. Z._____. Lediglich in Bezug auf die dazumal gestellte Diagnose einer unreifen Persönlichkeitsstörung hielt er fest, dass die diagnostische Beurteilung dahingehend erweitert werden müsse, als dass man beim Beschuldigten auch von deutlich dissozialen Persönlichkeitsanteilen ausgehen müsse. In Ergänzung zum Gutachten von Dr. Z._____ stellte D._____ daher zusätzlich die Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung gemäss ICD-10 F 60.2. Die dem Beschuldigten im damaligen Verfahren vorgeworfenen Taten stünden mit seiner Sucht und den Persönlichkeitsstörungen in Zusammenhang (Urk. HD 9/2 S. 14 f., S. 19). Auch D._____ kam zum Schluss, dass beim Beschuldigten die Gefahr bestehe, erneut Straftaten zu begehen, wobei er die Rückfallgefahr für vergleichbare Taten hoch einstufte (a.a.O. S. 18 f.). Vor dem Hintergrund der gestellten Diagnosen erachtete D._____ die Indikation für eine therapeutische Intervention für unzweifelhaft gegeben. Er empfahl ein stationäres Setting, welches sich allerdings nicht lediglich auf die Behandlung der Suchtmittelkonsumproblematik des Beschuldigten fokussieren dürfe, sondern auch den persönlichkeitsstörungsbedingten Defiziten Beachtung schenken müsse. Angezeigt sei daher eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB. Eine ambulante Therapie könne keine legalprognostisch nachhaltig positiven Veränderungen bewirken. Wie schon Dr. Z._____ erwähnte auch D._____, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Begutachtung nur wenig bzw. keine Therapiebereitschaft erkennen lasse. Die Therapiefähigkeit des Beschuldigten sei deshalb aber nicht grundsätzlich in Frage zu stellen (a.a.O. S. 18-20).

4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vorliegend sowohl die Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB als auch einer solchen nach Art. 60 StGB erfüllt sind. Bei den vom Angeklagten begangenen Anlasstaten handelt es sich um Verbrechen (Diebstahl) und Vergehen (Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch). Des Weiteren lässt sich den überzeugenden Ausführungen der beiden Gutachter entnehmen, dass der Beschuldigte behandlungsbedürftig ist, wurden bei ihm doch zwei schwere psychische Störungen und eine Abhängigkeit von Suchtstoffen diagnostiziert, welche mit den von ihm begangenen Delikten in Zusammenhang stehen. Die Behand-

lungsfähigkeit wurde ebenfalls nicht grundsätzlich in Frage gestellt. An der Behandlungsbereitschaft des Beschuldigten, welcher insbesondere bei der Suchtbehandlung nach Art. 60 Abs. 2 StGB besonders Rechnung zu tragen ist, hat es in der Vergangenheit jedoch gefehlt. Insbesondere hat der Beschuldigte seit Aufhebung der mit Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 2. April 2009 angeordneten stationären Massnahme die erneute Anordnung einer stationären Massnahme abgelehnt (vgl. Urk. 50 S. 3 f., Urk. 26 S. 5 f., Urk. 27), weshalb die Vorinstanz mangels diesbezüglicher Kooperation des Beschuldigten von der Anordnung einer solchen absah (Urk. 36 S. 8). Inzwischen hat der Beschuldigte seine Meinung geändert und sich von sich aus um einen Therapieplatz im Rehabilitationszentrum C._____ bemüht (Urk. 36a S. 1). In der Folge wurde die Motivation des Beschuldigten, sich einer Massnahme zu unterziehen, anlässlich eines Bewerbungsgesprächs mit einem Vertreter des Rehabilitationszentrums C._____ überprüft. Da sich der Beschuldigte auch nach Besprechung der Rahmenbedingungen einer stationären Drogentherapie im C._____ motiviert zeigte, erklärte sich das C._____ bereit, den Beschuldigten aufzunehmen (Urk. 36a S. 2 f.). Wie bereits erwähnt, wurde dem Beschuldigten hernach der vorzeitige Massnahmeantritt bewilligt und wurde er ins C._____ eingewiesen (Urk. 45 und Urk. 54).

5. Gestützt auf die beiden Gutachten sowie aufgrund der übereinstimmenden Anträge der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung (Urk. 50 S. 2 und Urk. 56 in Verbindung mit Urk. 42) ist heute somit eine stationäre Massnahme anzuordnen. Da der Beschuldigte von sich aus Anstrengungen unternommen hat, eine Drogentherapie zu absolvieren und diese auch schon begonnen hat, ist vorliegend - entgegen den Empfehlungen des Gutachters D._____ - eine Massnahme nach Art. 60 StGB anzuordnen. Von der gleichzeitigen Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB ist - obwohl rechtlich möglich (vgl. Art. 56a Abs. 2 StGB) - abzusehen, weil dies mit Blick auf die unterschiedlichen Modalitäten der Beendigung der Massnahme zu Unklarheiten führen kann (Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, N 57 zu Art. 60 StGB). Darüber hinaus hat das Bundesgericht festgestellt, dass im Fall einer Konkurrenz die Suchtbehandlung als Sonderfall Art. 59 StGB vorgehe (BGE 102 IV 234).

Der Vollzug der von der Vorinstanz ausgefallten Freiheitsstrafe ist zu Gunsten der stationären Massnahme aufzuschieben (Art. 57 Abs. 2 StGB).

6. Aufgrund der Gutheissung der Berufung erübrigt es sich, als Ersatz von Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils festzuhalten, dass die Vorinstanz eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgefällt hat, ergibt sich doch bereits aus der Anordnung einer Massnahme, dass die Voraussetzungen für den bedingten Vollzug nicht gegeben sind (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB).

7. Schliesslich ist anzumerken, dass über die Anrechnung des vom Beschuldigten im vorliegenden Verfahren erstandenen vorzeitigen Straf- und Massnahmevollzuges an die Freiheitsstrafe erst nach Beendigung der Massnahme zu befinden ist (Basler Kommentar, a.a.O., N 10 zu Art. 57 StGB, vgl. auch Art. 62b Abs. 3 StGB und Art. 62c Abs. 2 StGB).

IV. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen vollumfänglich. Eine Kostenaufgabe zu Lasten des Beschuldigten wäre gemäss Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO möglich, da die Voraussetzungen des Obsiegens erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen wurden. Um die Resozialisierung des Beschuldigten nicht zu erschweren, und da die Kosten wohl sowieso uneinbringlich wären, ist aber darauf zu verzichten. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren fällt deshalb ausser Ansatz.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Juli 2011 bezüglich des Schuldpunkts (Ziff. 1), der Rückversetzung (Ziff. 2), der Strafzumessung (Ziff. 3), der Schadenersatzansprüche (Ziff. 5) und des Kostendispositivs (Ziff. 6 und 7) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Es wird eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) angeordnet.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (im Doppel)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

6. 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, 10. Januar 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic.iur. Th. Meyer

lic.iur. Leuthard