

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110709-O/U/eh

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, Ersatzoberberrichter lic.iur. R. Affolter und Ersatzoberberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Burri

Urteil vom 1. März 2012

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Diebstahl**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht, vom
13. September 2011 (GB110008)**

Anklage:

(Urk. 15)

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 1. April 2011 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 51)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 14 Tagen Freiheitsstrafe.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 150.00 Schadenersatz zu bezahlen.
5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'200.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. 150.00 Auslagen Untersuchung
Fr. 1'350.00 amtliche Verteidigung Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen (insbesondere Gebühr für das Vorverfahren) bleiben vorbehalten.
6. Die Verfahrenskosten, einschliesslich diejenigen für das Vorverfahren, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber zufolge Uneinbringlichkeit auf die Gerichtskasse abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung während der Untersuchung werden auf die Gerichtskasse genommen; für Letztere bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 67)

1. Die Ziffern 2., 3. und 6. des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 13. September 2011 seien aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei mit einer zu vollziehenden Geldstrafe von 14 Tagessätzen à Fr. 10.-- zu verurteilen.
3. Die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei dem Beschuldigten für das vorinstanzliche Verfahren eine Entschädigung in der Höhe von CHF 1'944.-- zuzusprechen, zahlbar an den Rechtsvertreter.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zahlbar an den Rechtsvertreter) zu Lasten der Staatskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich Urk. 58)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Das Gericht erwägt:

1. Prozessverlauf

1.1. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis führte gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung wegen Diebstahl und Widerhandlung gegen das Ausländergesetz. Die B._____ AG konstituierte sich im Verfahren gegen den Beschuldigten als Privatklägerin (Urk. 11/2). Nach Abschluss der Strafuntersuchung erliess die Staatsanwaltschaft mit Datum vom 1. April 2011 einen Strafbefehl gegen den

Beschuldigten wegen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 14 Tagessätzen zu Fr. 30.--. Der Vollzug der Geldstrafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 15). Das Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz stellte die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 1. April 2011 ein (Urk. 14).

1.2. Gegen den Strafbefehl vom 1. April 2011 erhob der Verteidiger namens des Beschuldigten mit Schreiben vom 15. April 2011 Einsprache (Urk. 19). Die Staatsanwaltschaft hielt am Strafbefehl vom 1. April 2011 fest und überwies die Akten an das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht, unter dem Hinweis, dass der Strafbefehl als Anklage gelte (Urk. 21).

1.3. Mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft, Büro für amtliche Mandate, vom 11. Februar 2011 wurde dem Beschuldigten mit Wirkung ab 17. Dezember 2010 Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 9/4). Nach Eingang der Akten der Staatsanwaltschaft verfügte der Einzelrichter des Bezirksgericht Dietikon mit Verfügung vom 4. Mai 2011 die Entlassung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als amtlicher Verteidiger, da nach der Einstellung des Verfahrens wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz nur noch der Vorwurf des Diebstahls zu beurteilen sei und es sich dabei um einen Bagatellfall handle, bei welcher Beurteilung sich keine Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht stellen würden (Urk. 25).

1.4. Am 13. September 2011 wurde die Hauptverhandlung vor Vorinstanz durchgeführt, zu welcher der Beschuldigte persönlich in Begleitung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ erschien, welcher seit dem 5. Juli 2011 als erbetener Verteidiger des Beschuldigten amtet (Prot. I. S. 7ff.; Urk. 35). Das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 13. September 2011 des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 14 Tagen. Weiter wurde er verpflichtet, der Privatklägerin B. _____ AG Schadenersatz von Fr. 150.-- zu bezahlen und die Verfahrenskosten wurden ihm auferlegt, jedoch abgeschrieben (Urk. 49 bzw. 51).

1.5. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, erhob der Verteidiger des Beschuldigten in dessen Namen nach der Urteilsöffnung zuhanden des Protokolls Berufung (Prot. I S. 10; Urk. 44).

1.6. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2011 reichte der Verteidiger fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung ein. Er beantragt die Aufhebung der Dispositivziffern 2. und 3. und anstelle der ausgesprochenen Freiheitsstrafe sei eine angemessene Geldstrafe auszusprechen, unter entsprechender Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 53).

1.7. Mit Präsidialverfügung der hiesigen Kammer vom 13. Dezember 2011 wurde der Privatklägerin eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt. Der Beschuldigte wurde aufgefordert, dem Gericht das Datenerfassungsblatt samt Beilagen innert der angesetzten Frist einzureichen (Urk. 55). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Eingabe vom 15. Dezember 2011 Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 58). Am 16. Dezember 2011 teilte der Verteidiger telefonisch mit, dass er keine Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten einreichen könne. Der Beschuldigte wechsele einerseits ständig den Wohnort und er könne diesen nur schlecht bzw. gar nicht erreichen und andererseits sei der Beschuldigte abgewiesener Asylbewerber und erziele daher kein Einkommen. Pro Tag erhalte er lediglich einen Migrosgutschein im Betrag von Fr. 10.-- (Urk. 57).

1.8. Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte persönlich und sein erbetener Verteidiger und der Verteidiger stellte namens des Beschuldigten die eingangs erwähnten Berufungsanträge.

2. Umfang der Berufung

Die Berufung ist beschränkt auf die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe (Dispositivziffer 2), die Anordnung des Vollzugs der ausgesprochenen Strafe (Dispositivziffer 3) und die Kostenverlegung (Dispositivziffer 6).

In Rechtskraft erwachsen sind demnach Dispositiv Ziffern 1 (Schuldpruch), 4 (Zivilansprüche) und 5 (Kostenfestsetzung).

3. Strafzumessung

3.1. Den heute zu beurteilenden Diebstahl beging der Beschuldigte am 30. Dezember 2010. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. September 2011 wegen Hausfriedensbruch und geringfügigem Diebstahl zu einer unbedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.-- verurteilt. Am 29. September 2011 erliess die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gegen den Beschuldigten einen weiteren Strafbefehl, ebenfalls wegen Hausfriedensbruch und geringfügigem Diebstahl, und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.-- und einer Busse von Fr. 50.--, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. September 2011 (Urk. 52 und 48).

Es stellt sich daher die Frage, ob im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe auszufällen ist. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist stets, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich. Die Bildung einer Gesamtstrafe - und mithin einer Zusatzstrafe - ist also nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57). Nach dem Sinn dieser Bestimmung soll der Täter durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden (Ackermann, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel 2007, N 54 zu Art. 49 StGB; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. A., Zürich 2007, S. 109 ff.; BGE 129 IV 115). Es stellt sich somit die Frage, welche Strafe der Richter am 5. September 2011 ausgefällt hätte, wenn er die vorliegen-

de einschlägige Tat und die dem Strafbefehl vom 29. September 2011 zugrundeliegende Straftat vom 25. August 2011 ebenfalls mitberücksichtigt hätte. Das Gericht muss bei der Ausfällung einer Zusatzstrafe also eine Gesamtbewertung vornehmen (Ackermann, Basler Kommentar, a.a.O., N 71 zu Art. 49 StGB). Vorliegend bedeutet dies, dass für die Wahl der Strafart von der hypothetischen Gesamtstrafe auszugehen ist.

3.2. Die Vorinstanz fällte eine unbedingte Freiheitsstrafe von 14 Tagen aus. Die Verteidigung beantragt, der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Da eine Zusatzstrafe nur bei Ausfällung einer gleichartigen Strafe in Betracht kommt, ist vorweg ist zu prüfen, welche Sanktionsart bei einer gleichzeitigen Beurteilung sämtlicher drei Delikte auszufallen gewesen wäre.

3.2.1. Die Verteidigung beantragt wie erwähnt, der Beschuldigte sei anstatt einer Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Verteidiger aus, die Begründung der Vorinstanz, weshalb der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe statt einer grundsätzlich vorgehenden Geldstrafe zu bestrafen sei, greife nicht. Grundsätzlich sei jegliche Sozialhilfe zweckgebunden. Die im vorliegenden Fall zur Diskussion stehenden Migros Gutscheine seien aber, weil Existenzielles, wie Nahrung, Unterkunft und Krankenversicherung, bereits vom Staat gestellt würden, als kleines Taschengeld zu verstehen, über welches der Empfänger frei verfügen könne. Einer ratenweisen Abzahlung der beantragten CHF 140.-- Geldstrafe im Sinne von Art. 35 StGB stehe deshalb weder rechtlich noch praktisch etwas im Wege. Das Bundesgericht spreche sich klar dafür aus, dass das Primat der Geldstrafe auch für Nothilfeempfänger, wie es der Beschuldigte sei, gelten solle (Urk. 67 S. 5).

3.2.2. Die Vorinstanz begründet die Ausfällung einer Freiheitsstrafe - und nicht einer Geldstrafe - damit, dass der Beschuldigte nicht als einkommensschwach gelte, sondern über gar kein Einkommen und Vermögen verfüge. Der Beschuldigte erhalte pro Tag einen Einkaufsgutschein der Migros im Wert von Fr. 10.--, welcher jedoch zweckgebunden sei. Der Beschuldigte habe daher keine Möglich-

keit an Geld zu kommen und es sei ihm nicht einmal möglich, Fr. 1.-- als Tagesatz zu bezahlen. Es sei somit von vornherein ausgeschlossen, dass der Beschuldigte in der Lage sei, eine Geldstrafe selbst bei einer minimalen Tagesatzhöhe zu leisten. Auch die Gewährung der Ratenzahlung oder der Verlängerung der Zahlungsfrist würde daran nichts ändern (Urk. 51 S. 9 Ziff. 3.3.).

3.2.3. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt im Bereich der leichteren Kriminalität die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit, im Bereich der mittleren Kriminalität die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe als Regelsanktion. Die Geldstrafe stellt die Hauptsanktion dar und Freiheitsstrafen sollen nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift, bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit gelten gegenüber der Freiheitsstrafe als weniger eingriffsintensive Sanktionen und gelten damit als mildere Strafen. Die Geldstrafe kann auch für einkommensschwache Täter, d.h. für solche mit sehr geringem, gar unter dem Existenzminimum liegenden Einkommen ausgefällt werden (BGE 134 IV 97 E. 4.2.1., 4.2.2. und 5.2.3.). Mit Art. 41 StGB hat der Gesetzgeber für Strafen unter sechs Monaten eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt. Das Gericht hat die Wahl der Sanktionsart zu begründen (Art. 50 StGB). Der blosse Verweis auf die Schwere des Verschuldens und die Vorstrafen genügt den Begründungsanforderungen nicht (Urteil des Bundesgerichts vom 18. Februar 2010, 6B_721/2009, E. 4.2.).

3.2.4. Wie erwähnt ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Geldstrafe auch für einkommensschwache Täter vorgesehen. Es sei auch bei Tätern mit niedrigsten Einkommen, so auch dem Beschuldigten, nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese, allenfalls unter Inanspruchnahme von Zahlungserleichterungen, in der Lage sind, eine Geldstrafe mit entsprechend tiefem Ansatz zu leisten. Die Ausfällung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe würde zu einer

antizipierten Ersatzfreiheitsstrafe führen, die dem Grundgedanken des Gesetzes zuwiderlaufen würde (BGE 134 IV 97, E. 5.2.4.). Das Bundesgericht hielt in einem vergleichbaren Fall den Vollzug einer Geldstrafe für grundsätzlich möglich. Die Bezahlung einer Geldstrafe bei Ratenzahlungen und einer langen Zahlungsfrist sei auch bei einem Täter, welcher aufgrund der Nothilfe über ein minimales Einkommen von wöchentlich Fr. 60.-- in Form von Migrosgutscheinen verfüge, nicht von vornherein ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juli 2010, 6B_610/2009, E. 1.5.).

Die Begründung der Vorinstanz, weshalb eine Freiheits- und nicht eine Geldstrafe auszusprechen ist, widerspricht daher der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie sie ihr schon bei Urteilsfällung bekannt war (vgl. Urk. 51 S. 9). Aus welchen Gründen die Vorinstanz davon abwich, ist ihrem Entscheid nicht zu entnehmen, was den Ärger des erbetenen Verteidigers bei Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids (vgl. Prot. I S. 10) nachvollziehbar macht.

3.3. Vorliegend ist nun zu prüfen, welche Strafe der Richter am 5. September 2011 ausgefällt hätte, wenn er den heute zu beurteilenden Diebstahl sowie die mit Strafbefehl vom 29. September 2011 rechtskräftig erledigte Straftat ebenfalls mitzubeurteilen gehabt hätte.

Die Staatsanwaltschaft hat in beiden Strafbefehlen für Hausfriedensbruch (Vergehen) und für privilegierten Diebstahl (Übertretung) je eine Geldstrafe ausgefällt, was nicht korrekt ist. Richtigerweise hätte eine Geldstrafe mit einer Busse verbunden werden müssen (BGE 137 IV 57). An diesen falschen Sanktionen kann heute nichts mehr geändert werden. Bei der Strafzumessung muss heute jedoch von diesen rechtskräftigen Sanktionen ausgegangen werden. Dies wirkt sich letztlich zu Gunsten des Beschuldigten aus. Für die Bildung der Gesamtstrafe sind die beiden Hausfriedensbrüche und der heute neu zu beurteilende Diebstahl heranzuziehen. Die beiden privilegierten Diebstähle haben ausser Betracht zu fallen. Hingegen sind dann schliesslich von der Gesamtstrafe die beiden rechtskräftigen Geldstrafen abzuziehen, was sich wie erwähnt zu Gunsten des Beschuldigten auswirkt.

Da der Beschuldigte am 5. September 2011 zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt worden ist und die Staatsanwaltschaft am 29. September 2011 eine Zusatzstrafe von 10 Tagessätzen Geldstrafe ausfällte, wäre er unter Mitberücksichtigung der heute zu beurteilenden Tat zweifellos nicht zu einer Strafe von über einem halben Jahr verurteilt worden, womit die Grenze von 6 Monaten für gemeinnützige Arbeit (Art. 37 Abs. 1 StGB) bzw. von einem Jahr für Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 StGB) insgesamt nicht überschritten wäre und als Strafart für die Zusatzstrafe auch deshalb nur eine Geldstrafe in Frage kommt. Dass gemeinnützige Arbeit bei einem abgewiesenen Asylbewerber als Sanktion nicht in Frage kommt, hat die Vorinstanz bereits korrekt ausgeführt (Urk. 51 Ziff. 3.2. S. 8f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Damit ist unter Berücksichtigung der Verurteilung am 5. September 2011 und der Zusatzstrafe vom 29. September 2011 zunächst eine gedankliche, mithin eine hypothetische Gesamtstrafe zu bestimmen und in den Erwägungen zu beziffern, von welcher sodann die Dauer der in den rechtskräftigen Entscheiden ausgefallten Strafen (hier insgesamt 40 Tagessätze) in Abzug zu bringen ist. Die Differenz ist dann die Zusatzstrafe (vgl. u.a. Urteile des Bundesgerichts 6B_151/2011 und 6S.442/2000, Erw. 2.a mit Hinweisen).

3.3.1. In beiden rechtskräftig entschiedenen Verfahren (Strafbefehl vom 5. September 2011 und vom 29. September 2011) machte sich der Beschuldigte des Hausfriedensbruchs und des geringfügigen Diebstahls schuldig. Heute ist ein Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB zu beurteilen. Der relevante Strafrahmen umfasst daher Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Strafschärfend ist die Deliktsmehrheit (Diebstahl und Hausfriedensbruch, nicht jedoch die privilegierten Diebstähle) zu berücksichtigen. Ausserordentliche Gründe, welche eine Überschreitung des ordentlichen Strafrahmens gebieten würden, liegen jedoch nicht vor.

3.3.2. Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung

des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

3.3.2.1. Innerhalb des Strafrahmens misst das Gericht gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben (BGE 136 IV 55 E.5.4.; Entscheide des Bundesgerichts 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, 6B_865/2009 vom 25. März 2010 und 6B_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, die sich aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben.

3.3.2.2. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Dem Tatverschulden kommt nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle zu (Urteil des Bundesgerichtes 6B_165/2011 vom 19. Juli 2011

E. 1.5.2.; BGE 136 IV 55 E. 5.4. und BGE 134 IV 17 E. 2.1.). Dieses beurteilt sich anhand der gesamten Tatumstände. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen einen geringeren Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzu-lasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das Strafgesetzbuch selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b StGB), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Helferschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmin-dernd auswirken, was zu einer mildernden Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv.

3.3.2.3. Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte

Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/ Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, Zürich 2010, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Entscheidung des Bundesgerichts 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 47 StGB).

3.3.2.4. Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien bewertet (Urteil des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.).

3.3.2.5. Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Das Bundesgericht drängt in seiner aktuellen Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B_524/2010 und 6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4., 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2., 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.). Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht (Urteil des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.).

3.4. Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist die objektive Tatschwere. Sowohl beim heute zu beurteilenden Delikt als auch bei den beiden rechtskräftigen Verurteilungen behändigte der Beschuldigte in einem Verkaufsgeschäft Lebensmittel.

Beim Diebstahl am 5. September 2011 und dem heute zu beurteilenden Diebstahl vom 30. Dezember 2010 ging der Beschuldigte in der gleichen Manier vor. Er behändigte Flaschen mit alkoholischem Inhalt (Whisky, Cognac und Wein) und packte diese in seinen mitgeführten Rucksack. Die Vorinstanz führte zum objektiven Tatverschulden korrekt aus, dass es sich beim heute zu beurteilenden Diebstahl um einen Deliktsbetrag nahe an der Grenze zum geringfügigen Diebstahl (Art. 139 i.V.m. Art. 172ter StGB), und somit einer Übertretung, handelt. Der bereits beurteilte Diebstahl vom 5. September 2011 betraf einen Deliktsbetrag von Fr. 155.20 und am 25. August 2011 ging es um Lebensmittel im Betrag von Fr. 106.10. Beim heute zu beurteilenden Diebstahl packte der Beschuldigte in der B._____ Filiale in C._____ vier teure Weinflaschen - zwei Flaschen à Fr. 75.90 und zwei à Fr. 91.90 - in seinen Rucksack und ging anschliessend zur Kasse, wo er eine Flasche Evian und eine Flasche Fanta bezahlte und in einen ebenfalls von ihm mitgeführten Plastiksack legte. Der Beschuldigte führte am 30. Dezember 2010 und am 5. September 2011 zum Zweck des Diebstahls einen Rucksack - und am 30. Dezember 2010 zusätzlich einen separaten Plastiksack - mit sich. Dieses Vorgehen zeugt doch mindestens von einer gewissen Planung und einem gezielten Vorgehen und nicht einer rein spontanen Handlung.

Zum subjektiven Tatverschulden ist anzuführen, dass er aus rein finanziellen Motiven handelte. Er führte im Strafverfahren den heutigen Diebstahl betreffend aus, es sei Silvester gewesen, deshalb habe er den Wein gestohlen (Urk. HD 4/4 S. 2). Auch die am 25. August und 5. September 2011 gestohlenen Waren verwendete er für den Eigenkonsum. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass der Beschuldigte als abgewiesener Asylbewerber in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebt. Da der Beschuldigte jedoch teuren Wein, Whisky und Cognac, somit Luxusgüter, entwendete, kann nicht von einer finanziellen Notlage ausgegangen werden. Eine solche macht er auch nicht geltend. Er wollte sich wohl vielmehr etwas gönnen, was er sich finanziell nicht leisten konnte.

Das Tatverschulden ist insgesamt als noch leicht zu qualifizieren. Hätte der Richter am 5. September 2011 alle drei Taten (zwei Hausfriedensbrüche und den Diebstahl) gleichzeitig zu beurteilen gehabt, wäre eine Einsatzstrafe im Bereich von 70 Tagessätzen angemessen gewesen.

3.5. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 51 S. 7; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, er sei nun seit beinahe fünf Monaten fest im Nothilfezentrum in D._____. Er habe keinen Aufenthaltsstatus. Den N-Ausweis habe er nicht mehr. Seit 1. Januar 2012 erhalte er anstatt Migros Gutscheinen Bargeld von Fr. 10.-- pro Tag (Urk. 66 S. 2f.).

Den persönlichen Verhältnissen sind keine strafzumessungsrelevanten Faktoren zu entnehmen.

3.6. Der Beschuldigte weist sechs Vorstrafen, wovon zwei einschlägige, auf (Urk. 52). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass diese erheblich strafe erhöhend zu berücksichtigen sind. Weiter ist der Vorinstanz zu folgen, dass das erst an der Schlusseinvernahme abgelegte Geständnis nur leicht strafmindernd zu veranschlagen ist. An der heutigen Berufungsverhandlung hinterliess der Beschuldigte einen bedenklichen Eindruck was seine Einsicht und Gesetzestreue angeht. Er scheint nicht eingesehen zu haben, dass sein Verhalten falsch ist und war und insbesondere scheint er keinen Willen zu haben, sich inskünftig an die Schweizer Rechtsordnung zu halten. Beispielhaft ist seine Antwort auf die Frage, weshalb er seit er in der Schweiz sei, immer wieder delinquire. Er antwortete darauf: "Delinquieren in welchem Sinn, gegen welches Gesetz verstossen?".

Die Straferhöhungsgründe überwiegen insgesamt daher deutlich.

3.7. Unter Berücksichtigung der sich strafe erhöhend auswirkenden Vorstrafen wäre die Einsatzstrafe auf 90 Tagessätze zu erhöhen. Unter Berücksichtigung der rechtskräftigen Verurteilung zu insgesamt 40 Tagessätzen wäre daher eine Zusatzstrafe von 50 Tagessätzen dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO) muss es jedoch bei einer Zusatzstrafe von 14 Tagessätzen sein Bewenden haben.

3.8. Bei der Berechnung der Tagessatzhöhe bildet das *Einkommen*, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt, ganz gleich, aus welcher Quelle die

Einkünfte stammen, den Ausgangspunkt. Denn massgebend ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (vgl. BGE 116 IV 4 E. 3a S. 8). Zum Einkommen zählen ausser den Einkünften aus selbständiger und unselbständiger Arbeit namentlich die Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb, aus der Land- und Forstwirtschaft und aus dem Vermögen (Miet- und Pachtzinsen, Kapitalzinsen, Dividenden usw.), ferner privat- und öffentlichrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge, Renten, Sozialversicherungs- und Sozialhilfeleistungen sowie Naturaleinkünfte (Botschaft 1998 S. 2019). Was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufliesst, ist abzuziehen, so die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung, sowie die notwendigen Berufsauslagen bzw. bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftskosten (Botschaft 1998 S. 2019). Das Nettoprinzip verlangt, dass bei den ermittelten Einkünften - innerhalb der Grenzen des Rechtsmissbrauchs - nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen sind. Weiter nennt das Gesetz das *Vermögen* als Bemessungskriterium. Gemeint ist die Substanz des Vermögens, da dessen Ertrag bereits Einkommen darstellt. Die Frage, ob und in welchem Ausmass das Vermögen zur Bestimmung des Tagessatzes heranzuziehen ist, beantwortet sich nach Sinn und Zweck der Geldstrafe. Wer seinen Lebensunterhalt aus laufenden Einkommen bestreitet, soll die Geldstrafe daraus bezahlen und sich in seiner gewohnten Lebensführung einschränken müssen, gleichviel, ob es sich um Arbeits-, Vermögens- oder Rentenertrag handelt. Fehlendes Vermögen stellt insoweit keinen Grund dar, die Höhe des Tagessatzes zu senken, ebenso wenig wie vorhandenes Vermögen zu einer Erhöhung führen soll. Denn die Geldstrafe will den Täter in erster Linie in seinem Einkommen treffen und nicht in den Quellen, aus denen es fliesst. Das Vermögen ist bei der Bemessung des Tagessatzes daher nur (subsidiär) zu berücksichtigen, wenn besondere Vermögensverhältnisse einem vergleichsweise geringen Einkommen gegenüberstehen. Mit anderen Worten bleibt es von Bedeutung, wenn der Täter ohnehin von der Substanz des Vermögens lebt, und es bildet Bemessungsgrundlage in dem Ausmass, in dem er selbst es für seinen Alltag anzehrt (BGE 134 IV 60, E. 6.1 und 6.2.).

Der Beschuldigte erhielt früher wie erwähnt täglich einen Migrosutschein im Wert von Fr. 10.-- und seit diesem Jahr täglich Bargeld im Betrag von Fr. 10.--. Weitere Einkünfte oder Vermögen hat er nicht. Das Bundesgericht hielt im Entscheid 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010 fest, dass auch bei einem abgewiesenen Asylbewerber, welche Naturalleistungen in Form von täglichen Migros Gutscheinen im Wert von Fr. 10.-- eine Tagessätzhöhe von Fr. 10.-- nicht unterschritten werden dürfe. Der Tagessatz ist deshalb auch im vorliegenden Fall auf Fr. 10.-- festzusetzen.

3.9. Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 14 Tagessätzen zu Fr. 10.-- als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. September 2011 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. September 2011 zu bestrafen.

4. Strafvollzug

Den Ausführungen der Vorinstanz zum Strafvollzug ist vollumfänglich zuzustimmen und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 51 S. 10f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Aufgrund der zahlreichen, teilweise einschlägigen, Vorstrafen ist dem Beschuldigten eine eigentliche Schlechtprognose zu stellen. Die Geldstrafe ist daher zu vollziehen.

5. Kosten

5.1. Der Verteidiger verlangt für das vorinstanzliche Verfahren eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'944.--, zahlbar an ihn als Rechtsvertreter und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Zur Begründung der Entschädigungsforderung führt er an, er habe nicht den gesamten Strafbefehl in Frage gestellt und wenn er vor Vorinstanz obsiegt hätte, hätte er eine Entschädigung erhalten (Prot. II S. 6).

5.1.1. Wird Einsprache gegen einen Strafbefehl im Sinne von Art. 354 StPO erhoben und entschliesst sich die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl festzuhalten, wird der Strafbefehl zur Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO). Es tritt entgegen der Verteidigung keine Teilrechtskraft ein. Im Weiteren richtet sich die Kostentragungspflicht im erstinstanzlichen Verfahren - anders als im Rechtsmittelverfahren - nicht nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 426 StPO). Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind daher dem Beschuldigten aufzuerlegen, jedoch sofort definitiv abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung während der Untersuchung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt eine Nachforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

5.1.2. Für die Aufwendungen im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit der ersten nicht ordnungsgemäss Vorladung und dem Erscheinen für Vorinstanz am 28. Juni 2011 ist dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zuzusprechen, zahlbar direkt an den Verteidiger RA lic. iur. X.____ (Art. 246 Abs. 3 lit. a StPO).

5.2. Der Beschuldigte obsiegt mit seinen Berufungsanträgen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Dem Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zuzusprechen, zahlbar direkt an den Verteidiger RA lic. iur. X.____.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht Strafsachen, vom 13. September 2011, wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 2. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
 3. (...)
 4. (...)
 5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin Fr. 150.00 Schadenersatz zu bezahlen.
 6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'200.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.		Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	150.00	Auslagen Untersuchung
Fr.	1'350.00	amtliche Verteidigung Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen (insbesondere Gebühr für das Vorverfahren) bleiben vorbehalten.
 7. (...)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 14 Tagessätzen zu Fr.10.--, als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 5. September 2011 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. September 2011.

2. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden dem Beschuldigen auferlegt, jedoch sofort definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung während der Untersuchung werden auf die Gerichtskasse genommen; für letztere bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen, zahlbar direkt an den Verteidiger RA lic. iur. X._____.
6. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen, zahlbar direkt an den Verteidiger RA lic. iur. X._____.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
 - Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (überbracht)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - Staatsanwaltschaft Limmattal/Albisund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A. 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
I. Strafkammer

Zürich, 1. März 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. R. Naef

lic. iur. N. Burri