

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120133-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Ruggli, Ober-
richterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Laufer

Urteil vom 17. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **versuchter Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Strafsachen des Bezirkes
Winterthur vom 10. November 2011 (GB110012)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. April 2011 (Urk. HD 11) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB sowie
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 75 Tagen (wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist) sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. _____ Kosten Dolmetscher (ausstehend)
Fr. _____ Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf die Begründung dieses Urteils verzichtet, so ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) des Beschuldigten:

(Urk. HD 57 S. 1)

1. Das Urteil vom 10. November 2011 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter seien die Punkte 2, 3, 4 und 5 aufzuheben und die Freiheitsstrafe und die Busse in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln.
3. Ich ersuche um unentgeltliche Prozessführung.

b) der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. HD 61)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

Mit Urteil vom 10. November 2011 sprach das Bezirksgericht Winterthur den Beschuldigten des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB sowie der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} StGB schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten

Freiheitsstrafe von 75 Tagen und einer Busse von Fr. 500.– (Urk. HD 52). An die Strafe wurde 1 Tag erstandener Haft angerechnet.

Gegen dieses Urteil, das ihm gleichentags mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 8), meldete der Beschuldigte am 16. November 2011 rechtzeitig Berufung an (Urk. HD 46). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 20. Februar 2012 (Urk. HD 50) reichte er am 30. März 2012 innert der ihm mit Verfügung vom 19. März 2012 angesetzten Frist (Urk. HD 55) seine Berufungserklärung mit den oben erwähnten Anträgen ein (Urk. HD 57). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. HD 61). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt (Urk. HD 61; Prot. II S. 7). Die Berufung wurde nicht beschränkt.

Die Geschädigte B._____ stellte am 13. November 2011 Strafanträge wegen Tötlichkeit und Sachbeschädigung (Urk. HD 2 und Urk. HD 3) und konstituierte sich am 20. Juli 2011 als Privatklägerin (Urk. HD 20).

Die vom Beschuldigten beantragte "unentgeltliche Prozessführung" ist nur für Privatkläger, nicht für Beschuldigte vorgesehen. Sein Antrag ist als sinngemäßes Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten zu behandeln.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz stützte sich für ihren Schuldspruch auf die Aussagen der Privatklägerin B._____ (Urk. HD 6, Urk. HD 7 und Urk. HD 36) in Berücksichtigung derjenigen des Beschuldigten selbst (Urk. HD 5, Urk. HD 35, Urk. HD 37 und Urk. HD 44/1).

2. Der Beschuldigte macht geltend, die Privatklägerin habe nicht die Wahrheit gesagt; er habe weder versucht, einen Diebstahl zu begehen, noch habe er die Privatklägerin bespuckt oder ihre Halskette abgerissen (Urk. HD 57; Urk. HD 67 S. 5 f.).

3. Zur generellen Glaubwürdigkeit sowohl des Beschuldigten als auch der Privatklägerin ist festzuhalten, dass der Beschuldigte ein legitimes Interesse hat, seine Handlungen möglichst positiv darzustellen, und nicht verpflichtet ist, wahrheitsgemäss auszusagen, während die Privatklägerin im Falle einer falschen Anschuldigung eine Bestrafung gemäss Art. 303 StGB riskiert. Dies ist bei der Würdigung der Aussagen zu berücksichtigen.

4. Entscheidend ist aber die Glaubhaftigkeit der Aussagen. Die Vorinstanz hat die verschiedenen Aussagen des Beschuldigten und der Privatklägerin umfassend und detailliert dargelegt. Auf die entsprechenden Ausführungen (Urk. HD 52 S. 4-8) kann vollumfänglich verwiesen werden.

Die Privatklägerin schilderte den Vorfall sowohl gegenüber der Polizei als auch in ihrer Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft in Gegenwart des Beschuldigten detailliert und in den Kernpunkten konstant und nachvollziehbar. Insbesondere die Reaktion des Beschuldigten, der sie als "Schlampe" bezeichnet, ihr Rassismus vorgeworfen und seine Taschen geleert habe, um seine Unschuld zu demonstrieren, schilderte sie sehr plausibel (Urk. HD 6 S. 1 f., Urk. HD 7 S. 1-4 und Urk. HD 36 S. 2 f.). Dass sie zuerst aussagte, sie sei nach der ersten Konfrontation in der Bar hinausgegangen, um zu rauchen, später aber äusserte, sie sei damals auf der Toilette gewesen, ist nur ein untergeordneter Widerspruch, der nichts daran ändert, dass ihre übrigen Schilderungen lebensnah, überzeugend und damit glaubhaft sind.

Demgegenüber zeigte der Beschuldigte ein klar ausweichendes und widersprüchliches Aussageverhalten. Zuerst sagte er aus, er habe seinen Vetter in C._____ besucht, dann, es sei ein Freund, sein Trauzeuge, gewesen (Urk. HD 5 S. 1 f. und Urk. HD 35 S. 3 ff.). Er weigerte sich, dessen Namen zu nennen (Urk. HD 5 S. 1). Anstatt den Vorfall aus seiner Sicht zu schildern, beteuerte er wiederholt, er sei das Opfer und man habe nichts bei ihm gefunden (Urk. HD 5 S. 2, Urk. HD 35 S. 6). Widersprüchlich ist zudem, dass der Beschuldigte angeblich nach C._____ fuhr, um seinen Freund zu besuchen und über seine Ehe zu reden, aber gleich nach seiner Ankunft spät abends alleine in eine Bar ging. Sein Freund sei zu müde gewesen, um den Beschuldigten zu begleiten, hätte aber trotzdem nach

dessen Rückkehr noch stundenlang mit ihm geredet, wäre der Beschuldigte nicht festgenommen worden (Urk. HD 35 S. 5). Dies ist nicht nachvollziehbar. Auffällig ist ferner, dass der Beschuldigte auf die Frage, ob die Privatklägerin alles nur erfunden habe, antwortete, alles, was sie ausgeführt habe, lasse sich nicht beweisen (Urk. HD 44/1 S.7). Aufgrund dieser Lügenmerkmale und dem Fehlen von Realitätskriterien in den Aussagen des Beschuldigten sind seine Bestreitungen des Anklagesachverhalts als unglaubhaft anzusehen.

5. Demgegenüber erweisen sich die Aussagen der Privatklägerin als stimmig und realistisch. Zudem ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Privatklägerin den Beschuldigten zu Unrecht hätte belasten sollen. Es verbleiben deshalb keine Zweifel daran, dass sich der Vorfall vom 13. November 2010 so zugetragen hat, wie ihn die Privatklägerin schilderte. Der Anklagesachverhalt ist demnach erstellt.

6. Bezüglich der rechtlichen Würdigung kann vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 52 S. 11-14). Der Schuldspruch der Vorinstanz ist deshalb zu bestätigen.

III. Strafzumessung

1. Versuchter Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft. Auf Tätlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB und auf geringfügige Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB steht Busse.

2. Zur objektiven Tatschwere ist auszuführen, dass der Beschuldigte dreist, aber nicht besonders raffiniert vorging, indem er das Gedränge in der Bar ausnutzte, um heimlich in eine fremde Handtasche zu greifen. Dass er nicht, wie von ihm geplant, Bargeld und Wertsachen an sich bringen konnte, sondern es beim Versuch blieb, ist einzig dem Eingreifen der Privatklägerin zu verdanken und wirkt sich nicht zu Gunsten des Beschuldigten aus. Das objektive Tatverschulden wiegt noch leicht.

Subjektiv fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen Gründen handelte, wobei er weder Schulden aufwies noch in einer eigentlichen finanziellen Notlage steckte. Er konnte vielmehr mit regelmässiger Unterstützung von Seiten der Sozialhilfe rechnen. Das subjektive Tatverschulden wiegt trotzdem noch leicht.

Aufgrund der objektiven und subjektiven Tatkomponenten erweist sich eine Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen als angemessen.

3. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 52 S. 16). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er arbeite derzeit zu 50% im Rahmen eines Rehabilitationsprogramms der IV. Er habe verschiedene Operationen gehabt und müsse sich nun erneut am Rücken und Nacken operieren lassen. Momentan erhalte er Arbeitslosengelder und werde zusätzlich von der IV und der Sozialhilfe unterstützt (Urk. HD 67 S. 3 ff.).

Auf das Strafmass haben die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten keine Auswirkungen.

4. Straferhöhend zu gewichten sind die sechs Vorstrafen des Beschuldigten. Da diese zwar zahlreich und teilweise einschlägig sind, aber auch die jüngsten Vorstrafen schon fast 7 Jahre zurückliegen (Urk. HD 69), ist die Einsatzstrafe nur mässig auf 75 Tagessätze anzuheben.

Da gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch bei mittellosen Sozialhilfebezüglern nicht von vorneherein von der Unmöglichkeit des Vollzuges einer Geldstrafe auszugehen ist (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3) und sich in den Akten keine Hinweise finden, die im konkreten Fall eine solche Unmöglichkeit nahe legen würden, ist die Ausfällung einer Freiheitsstrafe in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 StGB nicht angezeigt. Der Beschuldigte ist demnach mit einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu bestrafen. Angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 20.-- anzusetzen.

5. Bezüglich der Tätlichkeiten ist zum objektiven Tatverschulden auszuführen, dass das Anspucken zwar keinen körperlichen Schmerz verursachte, dafür aber ekelregend und erniedrigend für das Opfer war, was auf ein erhebliches Tatverschulden hindeutet. Subjektiv ist zu beachten, dass der Beschuldigte handelte, nachdem die Privatklägerin seinen Diebstahl verhindert und den Sicherheitsdienst der Bar auf den Plan gerufen hatte. Obschon der Beschuldigte dies durch sein eigenes Verhalten ausgelöst hatte, spuckte er die Privatklägerin letztlich aus Rache und verletztem Stolz an. Auch das subjektive Tatverschulden wiegt daher erheblich.

Was die Sachbeschädigung betrifft, ist festzuhalten, dass die zerstörte Halskette auch nach den Massstäben von Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB nur einen geringfügigen Wert hatte und der Beschuldigte spontan handelte. Das objektive Tatverschulden wiegt daher noch leicht. Subjektiv wiegt es erheblicher, da der Beschuldigte, wie bereits bei den Tätlichkeiten ausgeführt, aus einer selbst herbeigeführten misslichen Lage heraus handelte, um sich zu rächen.

Die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 500.-- erweist sich demnach als angemessen und ist zu bestätigen.

6. Nachdem der Beschuldigte noch an der Hauptverhandlung erklärt hatte, er sei nicht bereit, gemeinnützige Arbeit zu leisten (Urk. HD 44/1 S. 8), beantragte er im Berufungsverfahren, er sei im Falle eines Schuldspruches zu gemeinnütziger Arbeit zu verurteilen (Urk. HD 57 S. 1).

Aus den Akten geht nichts hervor, das gegen die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit sprechen würde. Der Beschuldigte war im Pflegebereich tätig, bevor er arbeitslos wurde (Urk. HD 44/1 S. 2; Urk. HD 67 S. 2), was die Wahrscheinlichkeit, einen geeigneten Einsatzort zu finden, erhöht.

Demgemäss ist der Beschuldigte seinem Antrag entsprechend an Stelle der erwähnten Geldstrafe zur Leistung von 300 Stunden gemeinnütziger Arbeit, wovon 4 Stunden als durch einen Tag Polizeiverhaft bereits geleistet gelten, zu verurteilen. Ferner ist er an Stelle einer Busse von Fr. 500.-- zu weiteren 20 Stunden

gemeinnütziger Arbeit zu verurteilen. Leistet der Beschuldigte die anstelle der Busse festgelegte gemeinnützige Arbeit nicht und bezahlt er schuldhaft auch die Busse nicht, tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

IV. Vollzug

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe aufschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

Vorliegend wurde der Beschuldigte bereits zu sechs Freiheitsstrafen verurteilt, die allesamt vollzogen wurden. Zudem musste er einmal nach einer bedingten Entlassung wieder in den Strafvollzug rückversetzt werden (Urk. HD 69). Obschon er sich seit der letzten Verurteilung während über fünf Jahren nichts mehr zuschulden hat kommen lassen, deutet die strafrechtliche Vorbelastung des Beschuldigten auf eine ungünstige Prognose hin. Die Eheschliessung im Jahr 2006 führte zwar zu einer vorübergehenden Stabilisierung der Lebenssituation des Beschuldigten (vgl. Urk. HD 69). Inzwischen haben sich die familiären Umstände des Beschuldigten und seine Stellung im Arbeitsleben jedoch wieder verschlechtert: Der Beschuldigte lebt von seiner Ehefrau getrennt und geht keiner geregelten Arbeitstätigkeit mehr nach. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der massgebenden Umstände erweist sich die Prognose des Beschuldigten daher als nicht günstig. Folglich ist der bedingte Vollzug der Strafe zu verweigern.

V. Kosten

Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 5 und 6) zu bestätigen. Dem Beschuldigten sind sodann die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Für einen Erlass der Kosten besteht kein Anlass, da der gegenwärtigen finanziellen Situation des Beschuldigten auch im Rahmen des Inkassos Rechnung getragen werden kann. Da sich die Privatklägerin nicht am Berufungsverfahren beteiligt hat, ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB
 - der Tötlichkeiten im Sinne von Art. 126 Abs. 1 StGB
 - der geringfügigen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB.

2. Anstelle von 75 Tagessätzen zu Fr. 20.-- Geldstrafe wird der Beschuldigte zur Leistung von 300 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt, wovon 4 Stunden als durch Polizeiverhaft geleistet gelten. Der Vollzug der gemeinnützigen Arbeit wird nicht aufgeschoben.

3. Anstelle einer Busse von Fr. 500.-- wird der Beschuldigte zu 20 Stunden zu vollziehender gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Wird die gemeinnützige Arbeit nicht geleistet und die Busse schuldhaft nicht bezahlt, tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.-- wird dem Beschuldigten auferlegt.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerin

(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge [Art. 84 Abs. 4 StPO] - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

 - den Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

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

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich.

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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, 17. Juli 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Laufer