

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB120427-O /U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, und lic. iur. S. Volken,  
Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie der Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Semadeni

## **Beschluss vom 8. November 2012**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_,**

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**mehrfacher Diebstahl etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. Mai 2012 (GG120017)**

### **Das Gericht zieht in Betracht:**

#### 1. Prozessuales

1.1 Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung Einzelgericht, wurde der Beschuldigte **A.**\_\_\_\_\_ am 25. Mai 2012 des mehrfachen Diebstahls etc. schuldig gesprochen. Vom Vorwurf des Diebstahls zu Lasten der Privatklägerin **B.**\_\_\_\_\_ wurde er freigesprochen. Der Beschuldigte wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von zwölf Monaten bestraft, unter Anrechnung der zwei Tage, welche er durch Polizeiverhaft erstanden hatte. Sodann wurde er zu einer Busse in Höhe von Fr. 2'000.– verurteilt, wobei eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwanzig Tagen festgesetzt wurde. Auf den Antrag der Anklagebehörde, es sei die von der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug mit Strafbefehl vom 28. Juni 2011 ausgefallene bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– vollziehbar zu erklären, wurde nicht eingetreten. Weiter wurde über die Herausgabe des beschlagnahmten Mobiltelefons entschieden sowie festgestellt, dass der Beschuldigte seiner Anerkennung gemäss verpflichtet sei, den Privatklägerinnen **C.**\_\_\_\_\_ sowie **D.**\_\_\_\_\_ AG Schadenersatz in Höhe von Fr. 550.– resp. Fr. 368.90 zu bezahlen. Das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin **B.**\_\_\_\_\_ AG wurde abgewiesen (Urk. 40 S. 33 ff.).

1.2 Gegen dieses Urteil erhob der Beschuldigte innert Frist Berufung. Ebenfalls innert Frist ging die Berufungserklärung ein (Urk. 36; Urk. 41). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und die Privatklägerschaft legten weder Berufung ein noch erhoben sie Anschlussberufung, weshalb das Verschlechterungsverbot gilt (Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 StPO).

1.3 Mit Verfügung des hiesigen Gerichts vom 24. Oktober 2012 (Urk. 46) ist den Beteiligten Frist angesetzt worden, um zur Frage einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz Stellung zu nehmen, zumal sich aufgrund der drohenden Strafe die Frage der notwendigen Verteidigung aufdrängt (Urk. 47).

In seiner Eingabe vom 2. November 2012 macht der Beschuldigte sinngemäss geltend, dass er vor Vorinstanz zwingend hätte verteidigt werden müssen (Urk. 51). Während die Anklagebehörde auf eine Stellungnahme verzichtet (Urk. 49), stellt sich der Vorderrichter auf den Standpunkt, dass aus dem Blickwinkel der notwendigen Verteidigung Geldstrafen nicht zu berücksichtigen seien. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 130 lit. b StPO liege ein Fall von notwendiger Verteidigung dann vor, wenn dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von mehr als zwölf Monaten drohe. Eine Freiheitsstrafe von einer gewissen Dauer stelle einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar, was für eine Geldstrafe nicht zutrefte. Es sei deshalb nicht zwingend, dass eine für vollziehbar zu erklärende Geldstrafe einer Freiheitsstrafe gleichzusetzen und in die dem Beschuldigten drohende Gesamtsanktion einzubeziehen sei. Zudem handle es sich zwar nicht um einen Bagatellfall, er biete aber keine besonderen Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur (Urk. 48). Mithin hätte der Beschuldigte nach Ansicht des Vorderrichters nicht zwingend verteidigt werden müssen.

## 2. Notwendige Verteidigung

2.1 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jedermann seine Rechte selbstständig und ohne staatliche Hilfe wahrnehmen kann und muss. Vorbehalten sind indes Fälle der notwendigen Verteidigung gemäss Art. 130 StPO. Ist ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben, so ist eine solche vom Vorverfahren hin bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens zu gewähren, allenfalls auch gegen den Willen der beschuldigten Person. Die Liste der in Art. 130 lit. a - e zu findenden Fälle der notwendigen Verteidigung ist abschliessend, wobei diese Fälle durch jene der amtlichen Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO ergänzt werden (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 130 N1 ff.). Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend eine notwendige Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. a, d und e StPO ausser Betracht fällt.

2.2 Gemäss Art. 130 lit. b StPO muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn die Staatsanwaltschaft während des Vorverfahrens gestützt auf die vorhandene Aktenlage eine Sanktion von mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe als

wahrscheinlich betrachtet. Selbiges gilt, wenn das Gericht bei der Vorprüfung zur Auffassung gelangt, es komme eine solche Sanktion in Frage. Die konkrete Strafandrohung soll nach objektiver und ausgewogener Beurteilung bestimmt werden, wobei eine relativ entfernte Möglichkeit aber bereits genügt. Droht der Widerruf einer früheren, bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe oder einer bedingten Entlassung aus einer Freiheitsstrafe, sind die Sanktionen für die Berechnung der Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zusammenzuzählen. Bei verschiedenartigen, kumuliert ausgesprochenen oder auszusprechenden Sanktionen erfolgt zu diesem Zweck eine Zusammenrechnung in Anwendung der Umrechnungssätze von Art. 36 Abs. 1 bzw. Art. 39 Abs. 2 StGB. Bussen fallen dabei ausser Betracht, da diese als Verbindungsstrafe immer möglich sind (Schmid, a.a.O., Art. 130 N 7 sowie Ruckstuhl in: BSK Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2011, N 18 zu Art. 130 StPO).

Art. 130 lit. c hält sodann fest, dass eine Person notwendig verteidigt werden muss, wenn sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann. Was unter "andere Gründe" fällt, wird unterschiedlich kommentiert. So hält Schmid dafür, dass beispielsweise als anderweitiger Grund die Fremdsprachigkeit in Betracht fällt, wenn die Übersetzung zur Wahrnehmung der Interessen der beschuldigten Person nicht genügt. In Zweifelsfällen sei jeweils auf die Fähigkeit der beschuldigten Person abzustellen, sich selbst wirksam verteidigen zu können (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, a.a.O., N 10 zu Art. 130, a.M. Lieber in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zu Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 21 zu Art. 130).

2.3 Vorab ist festzuhalten, dass kein Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. c StPO vorliegt. Es besteht kein Grund zu Annahme, dass der Beschuldigte wegen seines körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen seine Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren könnte. Offenbar kann der Beschuldigte sich auch auf Deutsch verständigen - er benötigte jeweils keinen Dolmetscher (Urk. HD 2 S. 1; Urk. HD 18 S. 1; Prot. I S. 18 f.; Urk. 32).

2.4 Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung gemäss Art. 130 lit. b StPO gegeben sind.

2.4.1 Die Anklagebehörde beantragt den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 28. Juni 2011 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen sowie eine unbedingte Freiheitsstrafe von neun Monaten, dies teilweise als Zusatzstrafe zum vorgenannten Strafbefehl. Die Staatsanwaltschaft erachtete somit gestützt auf die vorhandene Aktenlage eine Sanktion unter einem Jahr als angemessen. Den Beschuldigten notwendig zu verteidigen drängte sich im Untersuchungsverfahren folglich nicht auf.

2.4.2 Anders war die Situation im erstinstanzlichen Verfahren: Die Vorinstanz erachtete die seitens der Anklagebehörde beantragte Sanktion als zu niedrig und erkannte wie eingangs erwähnt auf eine Sanktion von 12 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt. Auf das Ausfällen einer Zusatzstrafe wurde mit Hinweis auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung mangels Gleichartigkeit der Strafen verzichtet. Das Nichteintreten auf den beantragten Widerruf begründet die Vorinstanz dahingehend, dass mangels gültiger Zustellung die für die bedingte Geldstrafe angesetzte Probezeit von drei Jahren gegenüber dem Beschuldigten nicht gültig angesetzt worden sei (Urk. 40 S. 30 f. Ziff. IV).

Zählt man den seitens der Anklagebehörde beantragten Widerruf von 60 Tagessätzen mit der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von zwölf Monaten zusammen, ergibt dies eine Sanktion von über einem Jahr. Alleine wegen des Nichteintretens auf den Widerruf wurde diese Grenze nicht überschritten. Eine Sanktion von über einem Jahr lag durchaus im Bereich des Möglichen. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sind insbesondere mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 StGB (Umwandlung der Geld- in eine Freiheitsstrafe) bei einem drohenden Widerruf auch verschiedenartige Sanktionen zusammenzuzählen. In Anbetracht dessen, dass bereits eine relativ entfernte Möglichkeit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr genügt, um die Notwendigkeit einer Verteidigung zu begründen, hätte die Vorinstanz eine solche sicherstellen müssen.

2.4.3 Sodann gilt es zu bedenken, dass dem Beschuldigten ein schwerer Eingriff in seine Rechte droht, zumal die zwölfmonatige Freiheitsstrafe unbedingt ausgesprochen wurde. Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung war der Beizug einer amtlichen Verteidigung stets geboten, wenn dem Beschuldigten ein besonders schwerer Eingriff in seine Rechte drohte. Dies war gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung immer dann der Fall, wenn konkret eine schwerwiegende, tatsächlich zu vollziehende Freiheitsstrafe in Aussicht stand, wobei gemäss Praxis diese untere Grenze zum absolut schweren Fall bei einem drohenden unbedingten Freiheitsentzug von über sechs Monaten zu liegen kam (BGE 122 I 51; Urteil des Bundesgerichtes 1P.80/2000 vom 29. September 2000).

2.4.4 Im vorinstanzlichen Verfahren hätte der Beschuldigte aufgrund der drohenden Sanktion anwaltlich verteidigt sein müssen.

2.5 Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass es wohl auch gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO angezeigt gewesen wäre, dem Beschuldigten eine amtliche Verteidigung zu bestellen.

2.5.1 Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist. Letzteres ist namentlich der Fall, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre. Massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Fähigkeiten der betroffenen Person, sich im Verfahren zurecht zu finden (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1B\_195/2012 vom 7.5.2012, E. 2.3.).

2.5.2 Der Beschuldigte ist mittellos, er geht keiner Erwerbstätigkeit nach und hält sich illegal in der Schweiz auf (Urk. HD 18 S. 11; Urk. 32 S. 1 f.). Weiter handelt es sich offensichtlich nicht um einen Bagatellfall (Art. 132 Abs. 3 StPO).

2.5.3 Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 13. Januar 2012 umfasst neun Anklagesachverhalte, wobei der Beschuldigte nur bezüglich

des Nebendossiers 4 nicht geständig ist. Zusammengefasst wird dem Beschuldigten in diesem vorgeworfen, er habe im Wissen darum, nicht im Besitze eines für das Führen eines Motorfahrzeuges erforderlichen Ausweises zu sein, ein Fahrzeug gelenkt. Sodann habe er aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit eine Stützmauer touchiert, so dass das Fahrzeug einen Totalschaden erlitten habe. Im Anschluss sei er mit der Halterin des Fahrzeuges von der Unfallstelle weggerannt, ohne die Polizei zu verständigen. Vor der Polizei habe der Beschuldigte schliesslich wider besseren Wissens erklärt, die Halterin des Fahrzeuges habe den Unfall selbst verursacht (Urk. 21 S. 4 Ziff. 5). Zu Erstellung des Sachverhalts des bestrittenen Anklagevorwurfs liegen den Akten die polizeilichen und staatsanwaltlichen Befragungen des Beschuldigten, der Halterin des Fahrzeuges sowie eines Zeugen bei (Urk. ND 4/3-8). Weiter sind die Akten der Kriminaltechnik sowie die Untersuchungsberichte des Instituts der Rechtsmedizin als Beweismittel verfügbar (Urk. ND 4/9-14).

Der Vorhalt ist einfach und überschaubar, komplexe beweismässige Abklärungen stehen keine an. Es stellen sich auch keine besonderen Schwierigkeiten, denen der Beschuldigte alleine nicht gewachsen wäre. Ebenso wenig begründet die rechtliche Qualifikation der vorgehaltenen Sachverhalte relevante Schwierigkeiten.

2.5.4 Im Zusammenhang mit den beantragten Straffolgen stehen jedoch Fragen im Raum, die den Fall rechtlich komplizierter machen. Zum einen wird der Widerruf des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zug vom 28. Juni 2011 beantragt. Letzterer wurde im Amtsblatt des Kantons Zug publiziert, dies obwohl aus den Akten der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug klar hervor geht, dass der Zuger Polizei die Meldeadresse bekannt war (vgl. beispielsweise die Einvernahme vom 12. Mai 2011 sowie den Rapport vom 23. Mai 2011). In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 88 Abs. 1 StPO überhaupt erfüllt waren und der Strafbefehl dem Beschuldigten rechtsgültig eröffnet wurde. Eine allfällig nicht rechtsgültige Eröffnung hätte die Unwirksamkeit des Strafbefehls zu Folge und wäre von Amtes wegen zu beachten gewesen (Brüschweiler in: Donatsch/Hansjakob/

Lieber, a.a.O. N 1 zu Art. 84 StPO); trotzdem wurde der Widerruf des Strafbefehls seitens der Anklagebehörde beantragt. Es ist einem juristischen Laien kaum zumutbar, zu den prozessualen Folgen eines nicht rechtsgültig zugestellten Entscheides im Zusammenhang mit dem beantragten Widerruf Stellung zu nehmen.

Auch im Zusammenhang mit der beantragten Ausfällung einer teilweisen Zusatzstrafe zu der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe stellen sich weitere Fragen, welche für juristische Laien schwer zu beantworten sind. So kann weder davon ausgegangen werden, dass ihm die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz (vgl. BGE 137 IV 57 E. 4.3) noch die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB bekannt sind. Hinsichtlich der Strafzumessung bietet der Fall somit erhebliche Schwierigkeiten.

2.5.5 Wie erwähnt begründen vorliegend die Faktoren in tatsächlicher Hinsicht wie auch bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Anklagesachverhaltes für sich alleine betrachtet noch keine Notwendigkeit der amtlichen Verteidigung. Aufgrund der sich im Zusammenhang mit der Strafzumessung stellenden Problematik und in Berücksichtigung des Anspruchs des Beschuldigten auf ein faires Verfahren ist dessen Fähigkeit, sich selber hinreichend zu verteidigen, als nicht genügend zu qualifizieren. Somit ist auch der Anspruch des Beschuldigten auf amtliche Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO vorliegend grundsätzlich zu bejahen.

Der Beschuldigte hat eine amtliche Verteidigung trotz entsprechenden Hinweisen (Urk. HD 2 S. 1; Urk. HD 18 S. 1) erstmals nach der erstinstanzlichen Verhandlung beantragt (Prot. I. S. 23 f.). Ob die beschuldigte Person im Falle von Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO die Verteidigung beantragen oder ob der Staat von Amtes wegen handeln muss, wird in der Lehre kontrovers diskutiert (Ruckstuhl in: BSK Schweizerisches Strafprozessrecht, a.a.O., N 22 zu Art. 132, Lieber in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zu Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., N 22 zu Art. 132 sowie Hauri in: SJZ 105/2009 S. 77 ff., Der amtliche Rechtsbeistand in der Schweizerischen Strafprozessordnung - Neuerungen aus Zürcher Sicht, a.M. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung,

Praxiskommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 132). Diese Frage kann vorliegend offen bleiben, zumal ohnehin ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt.

### 3. Rückweisung

3.1 Der Umstand, dass der Beschuldigte trotz Vorliegens eines Falles notwendiger Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren nicht gehörig verteidigt war, führt dazu, dass zur Wahrung des Instanzenzuges das vorinstanzliche Urteil gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Sinne von Art. 409 Abs. 2 StPO ist festzuhalten, dass die Untersuchungshandlungen ihre Gültigkeit behalten, zumal es sich erst im vorinstanzlichen Verfahren aufdrängte, den Beschuldigten notwendig verteidigen zu lassen.

3.2 Aufgrund des Verschlechterungsverbot (vgl. Rz 1.2), an welches nach einer Rückweisung durch die Berufungsinstanz auch die Vorinstanz gebunden ist, kann das vorinstanzliche Urteil nicht zuungunsten des Beschuldigten abgeändert werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Freispruchs vom Vorwurfe des Diebstahls zu Lasten der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ AG, für den Nichteintretensentscheid betreffend den beantragten Widerruf des Strafbefehls vom 28. Juni 2011, die Regelung betreffend Herausgabe des beschlagnahmten Mobiltelefons sowie den Abweisungsentscheid betreffend das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin B.\_\_\_\_\_ AG.

3.3 Das vorliegende Berufungsverfahren ist sodann abzuschreiben.

### 4. Kostenfolgen

4.1 Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO). Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen.

4.2 Über die Kostenaufgabe für das erste Verfahren vor Vorinstanz wird diese im Rahmen ihrer Neubeurteilung zu entscheiden haben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung Einzelgericht, vom 25. Mai 2012 wird aufgehoben und der Prozess Nr. GG120017 im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. SB120427) wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen. Es wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - den Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung all-fälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

5. **Rechtsmittel:**

Gegen diesen Entscheid kann - unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes - bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (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, 8. November 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. C. Semadeni