

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB120474-O/U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, und lic. iur. S. Volken,  
Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Maurer

## Urteil vom 17. März 2014

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

**Diebstahl und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom  
2. Oktober 2012 (GB120009)**

**Anklage/Strafbefehl:**

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Büro C-1, vom 2. Mai 2012 ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 40 S. 19ff.)

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011 ausgesprochene bedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem Strafvollzug wird widerrufen und es wird der Vollzug der Reststrafe von 53 Tagen Freiheitsstrafe angeordnet.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe gemäss Ziffer 2 im Sinne einer Gesamtstrafe mit 100 Tagen Freiheitsstrafe bestraft, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.  
  
Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Der Antrag des Beschuldigten auf Zusprechung einer Genugtuung wird abgewiesen.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Schadenersatzforderung der Privatklägerin von Fr. 100.– anerkannt hat.
6. Der folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Februar 2012 beschlagnahmte Gegenstand
  - Umhängetasche, blau, Marke Freitagwird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herausgegeben.

7. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Februar 2012 beschlagnahmten Gegenstände
- Seitenschneider, orange/gelb, Marke Knipex
  - Teppichmesser, blau, Marke Lux-Tools
- werden eingezogen und der Kantonspolizei zur Vernichtung überlassen.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 1'200.– ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 900.– Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 3'013.10 amtl. Verteidigungskosten (ausbezahlt am 13. Januar 2013)
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**  
(Prot. II S. 9f.)

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:  
(Urk. 119 S. 2)
1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach sei in den Dispositivziffern 2 zweiter Satzteil, Ziffer 3 und Ziffer 4 aufzuheben.
  2. Es sei der Beschuldigte unter Einbezug der Reststrafe im Sinne einer Gesamtstrafe mit 60 Tagen Freiheitsstrafe zu bestrafen, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
  3. Es sei eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 Abs. 1 StGB (Suchtbehandlung) anzuordnen und der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der stationären Massnahme aufzuschieben.

4. Es sei dem Beschuldigten eine angemessene Genugtuung (zahlbar an die Rechtsvertreterin) von mindestens Fr. 900.– aus der Staatskasse auszurichten, nebst Zins seit dem 5. März 2012.
  5. Die Kosten für die Untersuchung und das Verfahren (inkl. derjenigen der amtlichen Verteidigung) seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, aufgrund Uneinbringlichkeit aber zu erlassen bzw. abzuschreiben.
- b) Des Vertreters der Anklagebehörde:  
(Urk. 121 S. 1)
1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ sei mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten als Gesamtstrafe zu bestrafen.
  2. Es sei eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 60 Abs. 1 StGB (Suchtbehandlung) anzuordnen.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessuales**

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 2. Oktober 2012 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ anklagegemäss des Diebstahls schuldig gesprochen. Die bedingte Entlassung aus einer teilweise verbüsst Vorstrafe wurde widerrufen und der Beschuldigte wurde unter Einbezug des diesbezüglich verbleibenden Strafrests mit einer – unbedingten – Gesamtstrafe von 100 Tagen Freiheitsstrafe bestraft (Urk. 40 S. 19). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seine amtliche Verteidigerin mit Eingabe vom 11. Oktober 2012 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 35). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging, nachdem sie das begründete Urteil am 29. Oktober 2012 in Empfang genommen hatte (Urk. 38), ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 43). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 13. Dezember 2012 innert Frist Anschlussberufung erhoben (Urk. 47; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO). Appellant und Anschlussappellantin haben ihre Berufungen in ihren entsprechenden Eingaben

ausdrücklich beschränkt (Urk. 43 und 47; Art. 399 Abs. 4 StPO). Im Sinne eines Beweisergänzungsantrages hat die Verteidigung im Berufungsverfahren beantragt, es sei über den Beschuldigten ein Massnahmegutachten zu erstellen (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 43). Diesem Antrag wurde mit Beschluss vom 19. Februar 2013 stattgegeben (Urk. 62 und Urk. 89).

2. Die Verteidigung stellte für den Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung vom 18. November 2013 ein "Dispensationsgesuch". Materiell handelte es sich indes um ein Gesuch um Verschiebung der Berufungsverhandlung zufolge Krankheit des Beschuldigten (vgl. Prot. II S. 6f.; Urk. 106). Da auch der Vertreter der Anklagebehörde gegen die Verschiebung der Berufungsverhandlung nicht opponierte (Prot. II S. 7), wurde die Berufungsverhandlung verschoben, am 13. Januar 2013 neu auf den 17. März 2014 angesetzt (Urk. 112) und an jenem Datum durchgeführt (Prot. II S. 9ff.).

3. Gemäss den Anträgen der Parteien sind im Berufungsverfahren nicht angefochten:

- der vorinstanzliche Schuldspruch (Urteilsdispositiv-Ziff. 1.)
- der vorinstanzliche Widerruf der bedingten Entlassung aus dem Vollzug der Vorstrafe (Urteilsdispositiv-Ziff. 2. teilweise)
- die vorinstanzliche Vormerknahme, dass der Beschuldigte die Schadenersatzforderung der Privatklägerin anerkennt (Urteilsdispositiv-Ziff. 5.)
- die vorinstanzliche Regelung betreffend beschlagnahmter Gegenstände (Urteilsdispositiv-Ziff. 6. und 7.), wobei die Rechtskraft von Urteilsdispositiv-Ziff. 6. bereits vorab mit Beschluss vom 21. Oktober 2013 festgestellt wurde (Urk. 98), sowie
- die vorinstanzliche Kostenregelung (Urteilsdispositiv-Ziff. 8. und 9.).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 StPO).

## II. Sanktion

1.1 Die Vorinstanz hat unter Einbezug der zu vollziehenden Reststrafe von 53 Tagen eine Gesamtstrafe von 100 Tagen Freiheitsstrafe ausgefällt und den Beschuldigten zur Abgeltung des von ihm begangenen Diebstahls somit faktisch mit einer Freiheitsstrafe von 47 Tagen oder 1 ½ Monaten sanktioniert (Urk. 40 S. 19).

1.2 Die appellierende Verteidigung beantragt, es sei der Beschuldigte mit einer Gesamtstrafe von 60 Tagen zu bestrafen (Urk. 43 S. 1; Urk. 119 S. 2ff.), die anschlussappellierende Anklagebehörde beantragt eine Gesamtstrafe von 6 Monaten (Urk. 47 S. 2ff.; Urk. 121 S. 1ff.).

Zur Begründung argumentiert die Anklagebehörde zusammengefasst, der Beschuldigte habe nur kurz nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug erneut delinquent. Sein Motiv sei offensichtlich wieder rein finanzieller Natur und daher verwerflich gewesen. Er habe sich zur Tatzeit in einem Methadonprogramm befunden, seine langjährige Drogensucht relativiere das Verschulden nicht wirklich, denn als Teilnehmer eines legalen Methadonprogramms sei seine Drogensucht eigentlich schon finanziert. Das Tatverschulden wiege nicht mehr leicht. Seine Schuldfähigkeit sei gemäss neuem Gutachten vom 14. August 2013 zwar leicht vermindert gewesen, die teilweise einschlägigen und verbüssten neun Vorstrafen müssten sich jedoch stärker strafehöhend auswirken, als dies die Vorinstanz erkannt habe (Urk. 121 S. 3ff.).

Die Verteidigung führt an, der Beschuldigte sei schwer drogenabhängig. Die Vorinstanz habe diesbezüglich verkannt, dass das Methadon bezüglich des Kokains gänzlich ohne Wirkung sei, weshalb der Beschuldigte die in Frage stehenden Diebstähle nicht aus verwerflichen Motiven oder zur Finanzierung von Luxusgütern, sondern aufgrund des bestehenden Suchtdruckes begangen habe. Die eingeschränkte Steuerungsfähigkeit, das kooperative Verhalten im Strafverfahren, seine gewaltgeprägten Kinds- und Jugendjahre sowie die aufgrund des drohenden Widerrufs der Niederlassungsbewilligung zum Tatzeitpunkt äusserst belastende Situation seien klar strafmildernd zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung der Vorstrafen dürften nicht zu einer eigentlichen Vervielfachung der Strafe

führen. Es sei von einem sehr geringen Verschulden auszugehen (Urk. 119 S. 2f.).

2.1 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid in ihrer Strafzumessung wie zitiert vorab erwogen, dass eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 89 Abs. 6 StGB auszufallen ist (Urk. 40 S. 7). Dagegen wird zu Recht seitens keiner Partei opponiert (vgl. Urk. 119 S. 2; Urk. 121 S. 1).

2.2 Weiter hat die Vorinstanz den anwendbaren Strafraumen mit Geldstrafe bis Freiheitsstrafe von 5 Jahren korrekt umrissen (Urk. 40 S. 7; Art. 139 Ziff. 1 StGB).

2.3 In der Folge hat sich die Vorinstanz im Rahmen einer ausführlichen Strafzumessung zwar grundsätzlich mit sämtlichen relevanten Strafzumessungsgründen auseinandergesetzt (Urk. 40 S. 7-11). An die durch die konstante bundesgerichtliche Praxis vorgegebene Systematik (Bestimmung des Verschuldens durch Beurteilung der objektiven und subjektiven Tatschwere [Tatkomponente], Bemessung einer hypothetischen Einsatzstrafe, anschliessend Berücksichtigung der Täterkomponente) hat sich die Vorinstanz dabei jedoch nicht gehalten, weshalb sie dazu z.B. auf BGE 136 IV 55 zu verweisen ist.

2.4 Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz – wie erwähnt: sinngemäss – erwogen, der vom Beschuldigten verursachte Deliktsbetrag liege mit rund Fr. 650.– deutlich über dem bundesgerichtlich definierten Grenzwert von Fr. 300.–, bis zu welchem von einem geringen Vermögenswert im Sinne von Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB auszugehen sei. Entgegen der Darstellung der Verteidigerin sei nicht bereits aufgrund des Deliktsbetrags von einer geringen Tatschwere auszugehen. Der Beschuldigte habe den Diebstahl auf geplante, professionelle und von ihm vielfach erprobte Weise verübt (Urk. 40 S. 7f.). Dies wird von keiner Seite substantiiert kritisiert und ist zu übernehmen.

Zur subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen, das Delikt habe dem Beschuldigten einzig dazu gedient, sich zu bereichern bzw. seine Drogensucht zu finanzieren, wobei er im Tatzeitpunkt in einem Methadonprogramm und damit nicht akut auf zusätzliche Drogen angewiesen gewesen sei. Damit lägen ein

verwerfliches Vorgehen und ein verwerfliches Motiv vor. Aufgrund seiner langjährigen Drogensucht sei der Beschuldigte wohl dennoch in seiner Fähigkeit, die Rechtsverletzung zu vermeiden, leicht eingeschränkt gewesen. Insgesamt wiege die vorliegend zu beurteilende Rechtsverletzung aber keineswegs leicht (Urk. 40 S. 8). Die Vorinstanz zieht aus an sich korrekten Erwägungen, auf die verwiesen werden kann, einen nicht zu vertretenden Schluss: Das Verschulden ist – auch entgegen der Anschlussappellantin – nach der Beurteilung der Tatkomponente im Rahmen des Möglichen immer noch als leicht zu qualifizieren. Wenn die Vorinstanz aufgrund seiner langjährigen Drogensucht die Schuldfähigkeit des Beschuldigten als leicht reduziert taxiert hat, erscheint dies überzeugend und wird auch im aktuellen Gutachten gestützt (Urk. 89 S. 39). Unhaltbar ist hingegen, wenn die Anklagebehörde in der Anschlussberufungserklärung bei ihrer Argumentation, der Beschuldigte sei in seiner Schuldfähigkeit nicht eingeschränkt gewesen, auf ein Gutachten verweist, welches erstellt worden ist, bevor das aktuell zu beurteilende Delikt überhaupt begangen worden ist (Urk. 47 S. 3 mit Verweis auf Urk. 32/3 [Massnahmegutachten vom Oktober 2009]; vgl. auch Urk. 121 S. 4).

Das Ansetzen einer hypothetischen Einsatzstrafe hat die Vorinstanz wie erwogen an dieser Stelle unterlassen. Diese ist – bei einem wie soeben erwogen leichten Verschulden – auf rund 30 bis 45 Tagessätze Geldstrafe respektive 1 bis 1 ½ Monate Freiheitsstrafe anzusetzen. Nicht zutreffend ist die Erwägung der Vorinstanz (noch dazu nach der Beurteilung der Täterkomponente, wo sie ohnehin am falschen Platz ist), das Verschulden des Beschuldigten sei "insgesamt relativ schwer" (Urk. 40 S. 10). Daraus müsste konsequenterweise eine Strafe im oberen Drittel des Strafrahmens resultieren, was selbstverständlich nicht zur Diskussion stehen kann (vgl. WIPRÄCHTIGER/KELLER in: BSK Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 19 mit Verweis auf die Entscheide des Bundesgerichts 6S.644/2001 vom 22. Januar 2001 und 6S.39/2002 vom 17. April 2002).

2.5 Ausführlich hat sich die Vorinstanz zur Täterkomponente ausgelassen, jedoch ohne den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten anzuführen (Art. 47 Abs. 1 StGB). Dies ist an dieser Stelle nachzuholen:

Den Akten (Urk. 4 S. 8f.; Urk. 30 S. 1ff.; Urk. 32/3; Urk. 89) kann entnommen werden, dass der Beschuldigte am tt. August 1982 in ... als ältester von vier Brüdern geboren wurde. Aufgewachsen ist er in ... bei seiner Mutter und seinem Stiefvater. Das Verhältnis zu seinem Stiefvater beschreibt der Beschuldigte als sehr gut; mit seiner Mutter habe er oft gestritten, sie habe ihn auch sich selbst überlassen. Seinen leiblichen Vater kennt der Beschuldigte nicht. Nachdem der Beschuldigte die Primar- und Realschule absolviert hatte, begann er eine Lehre als Maler. Diese Ausbildung durchlief er zwar bis zum Ende, er bestand jedoch den praktischen Teil der Lehrabschlussprüfung nicht. Bereits zu jener Zeit begann der Beschuldigte Drogen zu konsumieren. In der Folge kam es zu wiederholten Drogenabstürzen mit intensivem Konsum von Heroin und Kokain. Der Beschuldigte absolvierte darauf von 2003-2005 erstmals eine Langzeittherapie im B.\_\_\_\_\_ [Rehabilitationszentrum] in ..., was zu einer mehrjährigen Drogenabstinenz führte. Nach einem Rückfall im Jahr 2005 begann er an einer Abendschule, den Sekundarschulabschluss nachzuholen (an der Prüfung liess er aber zwei Fächer aus, weil es ihm zu viel gewesen sei) und lernte die Mutter seiner Tochter kennen. In jener Zeit sei es daher nur zu zwei bis drei Drogenabstürzen gekommen. Nach ersten Erfolgen mit Wiederaufnahme der Arbeit, eigener Wohnung in ... und Geburt einer Tochter kam es im Jahr 2008 zu erneuten Abstürzen und der Beschuldigte trennte sich kurz nach der Geburt der Tochter von der Kindsmutter. Von Ende 2008 bis April 2011 war der Beschuldigte erneut im B.\_\_\_\_\_ in Therapie. Wegen Rückfälligkeit musste die Massnahme jedoch eingestellt werden und der Beschuldigte verliess die Aussenwohngruppe des B.\_\_\_\_\_ am 9. April 2011. Es folgten diverse Gefängnisaufenthalte bis er im Juni 2013 wiederum ins B.\_\_\_\_\_ eintrat. Nach drei Monaten musste die Therapie jedoch abgebrochen werden, wobei die Gründe des Abbruchs selbst nach entsprechender Befragung des Beschuldigten unklar bleiben (vgl. Urk. 118 S. 5: der Beschuldigte habe sich nicht mehr wohl gefühlt, die Leitung des B.\_\_\_\_\_ habe gewechselt und es seien neue Mitarbeiter gekommen, zu denen er den Draht nicht gefunden habe; er sei aber nicht freiwillig gegangen). Mitte November 2013 trat der Beschuldigte schliesslich nach erneut starkem Drogenkonsum (vgl. Urk. 118 S. 5 und S. 8f.) in die C.\_\_\_\_\_ [psychiatri-

sche Klinik] ... ein; am 10. Februar 2014 erfolgte der Übertritt in die D.\_\_\_\_\_ [Rehabilitationszentrum], wo er sich bis heute befindet.

Der Beschuldigte gab an der Hauptverhandlung betreffend seine finanziellen Verhältnisse an, vom Sozialamt Fr. 700.– monatlich zu erhalten, daneben würden die Kosten für die Wohnung (betreutes Wohnen) sowie die Krankenkassenprämien vom Sozialamt bezahlt. Für seine Tochter müsste er monatlich Fr. 700.– bezahlen; die Kindsmutter verzichte indes auf diesen Betrag. Die Schulden des Beschuldigten belaufen sich auf ca. Fr. 30'000.–. Der Beschuldigte ist HIV-positiv und leidet an chronischer Hepatitis C.

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, nicht mehr an der ...strasse in ... (betreutes Wohnen) angemeldet zu sein (Prot. II S. 10). Seine Tochter dürfe er aufgrund eines Kontaktverbotes zurzeit nicht sehen, dies sei erst möglich, wenn er während sechs Monaten stabil sei. Er nehme neben den Medikamenten gegen die HIV-Infektion regelmässig Seroquel, Ritalin und Methadon ein (Urk. 118 S. 2f.).

Die Vorinstanz führt an, es habe im Leben des Beschuldigten seit dem Kindesalter an Stabilität und Geborgenheit sowohl im familiären als auch im beruflichen Bereich gefehlt, weshalb sich die Frage stelle, wie lange der zum Tatzeitpunkt schon fast dreissigjährige Beschuldigte sich noch darauf berufen könne, er habe eine schwere Kindheit gehabt und sei Opfer schwieriger Umstände (Urk. 40 S. 8). Es ist Sache der richterlichen Strafzumessung, diese Frage nicht nur zu stellen, sondern sie auch zu beantworten. Zu Recht hat die Vorinstanz nachstehend dann zumindest sinngemäss – und in Übereinstimmung mit den aktuellen Vorbringen der Anschlussappellantin (Urk. 121 S. 4) – erwogen, dem Beschuldigten sei seine behauptetermassen instabile Kindheit heute "nicht mehr massgeblich" respektive "kaum strafmindernd" anzurechnen. Eine *Strafmilderung*, zu welcher sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Werdegang des Beschuldigten ebenfalls geäussert hat, steht ohnehin ausser Diskussion (vgl. Art. 48 StGB). Eine erhöhte Strafempfindlichkeit weist der Beschuldigte nicht auf. Wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten – den Ausführungen der Verteidigung entsprechend (Urk. 119 S. 3) – leicht strafmindernd angerechnet hat, dass er zum Tatzeitpunkt "nach seinen

Aussagen unter dem Eindruck eines für ihn einschneidenden Wegweisungsbeschlusses gestanden habe", ist dies höchst wohlwollend. Ein näherer Zusammenhang zwischen einem pendenten Wegweisungsverfahren und der Begehung von Vermögensdelikten zur Drogenbeschaffung ist angesichts der langjährigen und hartnäckigen Drogenkarriere des Beschuldigten kaum auszumachen. Ganz massiv strafe erhöhend müssen sich die zahlreichen, mehrheitlich einschlägigen und teilweise verbüsstten Vorstrafen auswirken, die der Beschuldigte seit 2004 angesammelt hat (Urk. 42). Den Vorstrafen kommt nämlich bei der Strafzumessung eine ausserordentlich wichtige Rolle zu (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., Art. 47 N 130 mit Verweis auf BGE 105 IV 225 E. 2 und BGE 121 IV 49 E. 2d cc). Deutlich strafe erhöhend wirkt auch das Delinquieren innert laufender Probezeit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug sowie kurz nach Haftentlassung. Mit der Vorinstanz ist schliesslich das kooperative Verhalten des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren (immerhin leicht) strafmindernd zu berücksichtigen, auch "wenn es vor dem Hintergrund seines sonstigen Verhaltens wohl eher auf eine Vertrautheit mit Strafverfahren als auf echte Reue zurückgeht". Diesen Eindruck vermittelte er auch in seinen Aussagen gegenüber der ihn aktuell explorierenden Fachärztin (vgl. Urk. 89 S. 15).

2.6 Die Beurteilung der Täterkomponente führt trotz des Geständnisses und der leicht verminderten Schuldfähigkeit aufgrund der zahlreichen Vorstrafen des Beschuldigten sowie des erneuten Delinquierens während laufender Probezeit sowie kurz nach Haftentlassung zu einer massiven Erhöhung der nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessenen hypothetischen Einsatzstrafe. Insgesamt ist unter Einbezug des zu verbüsstenden Strafrests (53 Tage) eine Gesamtstrafe von vier Monaten Freiheitsstrafe angemessen.

2.7 Die Bestrafung mit einer alternativen Sanktionsform (Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit), zu welcher Frage die Anschlussappellantin vollständigheitshalber ebenfalls Ausführungen macht (Urk. 47 S. 4; Urk. 121 S. 8), wird im Berufungsverfahren von keiner Seite beantragt und steht angesichts der zahlreichen Freiheits-(Vor-)strafen, die beim Beschuldigten nicht die erforderliche

Wirkung gezeigt haben (Urk. 42), auch nicht zur Diskussion (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6B\_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1.).

3. Die Gewährung des bedingten Vollzugs der Gesamtstrafe (aktuell auszufällende Strafe sowie offener Strafrest gemäss Widerruf der bedingten Entlassung aus dem Vollzug der Vorstrafe) wird von keiner Seite beantragt und steht angesichts der allseits anerkannten, suchtbedingten Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten sowie seiner zahlreichen Vorstrafen nicht zur Diskussion (Urk. 42; Entscheide des Bundesgerichts 6B\_342/2010 vom 9. Juli 2010 E. 3.5.2. mit Verweisen; 6B\_71/2012 vom 21. Juni 2012 E. 6; 6B\_498/2011 vom 23. Januar 2012 E. 2.6.).

4.1 Die Verteidigung macht im Berufungsverfahren wie schon im Hauptverfahren geltend, dem Beschuldigten sei für rechtswidrige Haft von 2 Tagen (nebst deren Anrechnung auf die Freiheitsstrafe) eine Genugtuung von Fr. 900.– auszurichten (Urk. 31 S. 5f.; Urk. 43 S. 1; Urk. 119 S. 2).

4.2 Die Vorinstanz hat dazu vorab erwogen, dass die "(formelle) erneute Inhaftierung des Beschuldigten nach seiner (formellen) Entlastung vorliegend für sich genommen nicht rechtswidrig" sei (Urk. 40 S. 14f.), was in concreto nicht interessiert, um anschliessend festzustellen, dass gemäss Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts vom 28. März 2012 (Urk. 10/29) "rechtskräftig feststeht, dass faktisch kein genügender Haftgrund vorlag" (Urk. 40 S. 15). In der Folge erwägt die Vorinstanz sinngemäss, Untersuchungshaft sei – entgegen der einschlägigen und zitierten Lehre – trotz Fehlen eines Haftgrundes dann nicht rechtswidrig, wenn das Haftverfahren gemäss Art. 224ff. StPO ordnungsgemäss durchgeführt worden sei (was in concreto erfolgt sei, weshalb die Haft des Beschuldigten nicht rechtswidrig gewesen sei und keinen Genugtuungsanspruch nach sich ziehe; Urk. 40 S. 15-17). Dies ist unhaltbar: Gemäss dem zitierten Beschluss der III. Strafkammer lag kein Haftgrund vor. Demnach war die Haft des Beschuldigten ohne gesetzliche Grundlage (vgl. Art. 221 StPO) rechtswidrig.

4.3 Im Anschluss hat die Vorinstanz Überlegungen zur Frage angestellt, "was die Folge einer Rechtswidrigkeit wäre, unter der Annahme, die erlittene Haft sei

rechtswidrig gewesen" (Urk. 40 S. 17). Wie vorstehend erwogen, war die erlittene Haft in der Tat rechtswidrig.

Die Vorinstanz führt zusammengefasst aus, aus Art. 431 Abs. 1 und 2 StPO ergäbe sich, dass rechtswidrig erlittene Untersuchungshaft zunächst durch Anrechnung an eine ausgesprochene Sanktion auszugleichen sei und nur, wenn dies nicht möglich sei, eine Entschädigung und Genugtuung auszurichten sei. Werde eine rechtswidrige Haft durch Anrechnung abgegolten, sei keine Entschädigung bzw. Genugtuung nötig und umgekehrt. Gemäss Vorinstanz wäre es unsinnig und stossend, wenn ein Beschuldigter, welcher zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, die volle ausgesprochene Strafe verbüssen müsste, zugleich aber eine Entschädigung erhalten würde (Urk. 40 S. 17f.).

4.4 Dies ist grundsätzlich zutreffend und zu übernehmen sowie wie folgt zu ergänzen: Gemäss Art. 431 Abs. 2 StPO ist – e contrario – zu Unrecht erlittene Haft auf "wegen *anderer* Straftaten ausgesprochene Sanktionen" anzurechnen. Vorliegend wurde der Beschuldigte wegen einer relativ geringfügigen Straftat in Haft gehalten, weshalb sich die Haft (mangels Haftgrund) als rechtswidrig erwies; dennoch wird für *diese* (relativ geringfügige) Straftat eine Sanktion ausgesprochen, auf welche die Haft angerechnet werden kann (obwohl es sich nicht um eine *andere* Straftat im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung handelt). Diese Auslegung ergibt sich mit der Vorinstanz auch aus der Praxis zu Art. 51 StGB, wonach sämtliche in jedwelchem Zusammenhang erlittene Haft auf eine zu vollziehende Sanktion anzurechnen ist (Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Juni 2011 1B\_179/2011 E. 4.2. mit Verweis auf BGE 133 IV 150 E. 5.1.). Gemäss Art. 431 Abs. 3 lit. b StPO ist zu Unrecht erlittene Haft sodann auch auf eine bedingt aufgeschobene Freiheitsstrafe (mit entsprechender Länge) anzurechnen.

Vorliegend wird der Beschuldigte zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt, die allerdings (siehe nachstehend) nicht vollzogen, sondern zugunsten des Vollzugs einer stationären Massnahme aufgeschoben wird. De facto liegt somit zwar weder ein Fall gemäss Art. 431 Abs. 2 StPO noch gemäss Art. 431 Abs. 3 lit. b

StPO vor, es ist jedoch analog vorzugehen und die fragliche Haft auf die heute auszufällende Freiheitsstrafe anzurechnen.

4.5 Zu den Vorbringen der Verteidigung (Urk. 31; Urk. 43; Urk. 119) ist lediglich als obiter dictum das Folgende zu bemerken: Der Tagesansatz der Genugtuung für kurze Überhaft beträgt nach bundesgerichtlicher Praxis Fr. 200.– (Entscheidung des Bundesgerichts 8G.122/2002 vom 9. September 2003 E. 6. und 6B\_547/2011 vom 3. Februar 2012). Die Argumentation der Verteidigung, der Anspruch des Betroffenen sei bei ungesetzlicher Haft höher als bei Überhaft (Urk. 31 S. 6), ist konstruiert und nicht zu hören. Schlicht nicht nachvollziehbar ist sodann, wie die Verteidigung gleichzeitig die Anrechenbarkeit von Haft auf die ausgefallte Strafe und gleichzeitig für eben diese Haft eine Genugtuung verlangen kann. Das Genugtuungsbegehren des Beschuldigten ist demzufolge abzuweisen.

5.1 Der Beschuldigte lässt durch seine Verteidigung im Berufungsverfahren beantragen, es sei eine stationäre therapeutische Massnahme i.S.v. Art. 60 Abs. 1 StGB anzuordnen und es sei der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der stationären Massnahme aufzuschieben (Urk. 43; Urk. 119). Mit Beschluss der Kammer vom 19. Februar 2013 wurde beim IRM der Universität Zürich ein ergänzendes Gutachten über den Beschuldigten eingeholt (Urk. 62), welches mit Schreiben vom 14. August 2013 erstattet wurde (Urk. 89). Nachdem die Anklagebehörde in ihrer Anschlussberufungsbegründung noch beantragt hatte, es sei nicht erneut eine Massnahme für den Beschuldigten anzuordnen und es sei die auszufällende Freiheitsstrafe zu vollziehen (Urk. 47; Urk. 54), widersetzt sich die Anschlussappellantin nach Eingang des Gutachtens des IRM der neuerlichen Anordnung einer Massnahme nicht mehr (Urk. 121 S. 2 und S. 8ff.). Der Beschuldigte befindet sich aktuell denn auch seit dem 10. Februar 2014 auf freiwilliger Basis in einer stationären Therapie in der D.\_\_\_\_\_ (Urk. 120).

5.2 Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen; ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert; und die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind (Art. 56 Abs. 1 StGB). Gemäss Abs. 2 setzt die Anordnung einer Massnahme voraus, dass der mit ihr

verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist. Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 59 Abs. 1 StGB). Gemäss Art. 60 Abs. 1 StGB kann das Gericht aus den gleichen Gründen eine stationäre Behandlung anordnen, wenn der Täter von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_340/2009 vom 7. September 2009 E. 3.1.).

5.3 Im Gutachten des IRM vom 14. August 2013 wird zusammengefasst ausgeführt, der Beschuldigte habe zum Tatzeitpunkt an einer schweren Drogenabhängigkeit gelitten; diese bestehe bis heute, wobei der Beschuldigte zur Zeit im Rahmen eines beschützenden Rahmens drogen- und alkohol-abstinent lebe und an einem ärztlichen Ersatzdrogenprogramm teilnehme. Die Straftat stehe eindeutig mit der diagnostizierten Drogensucht in Zusammenhang; es bestehe ein erhöhtes Risiko, dass der Beschuldigte ohne Suchttherapie weitere Straftaten im bisherigen Deliktspektrum begehe. Eine Strafe allein sei nicht geeignet, den Beschuldigten von weiteren Straftaten abzuhalten. Die Abhängigkeitsproblematik des Beschuldigten erfordere eine therapeutische Behandlung (Urk. 89 S. 38-40). Damit wird klar eine Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten bejaht, wie sie im Übrigen von der Anklagebehörde nie bestritten wurde. Eine Massnahmefähigkeit erscheine zwar angesichts der bisherigen, nicht erfolgreich verlaufenen Therapien und Massnahmen fraglich, könne aber derzeit trotzdem als gegeben eingeschätzt werden. Dies namentlich, da der Beschuldigte den Zusammenhang zwischen seiner Sucht und seiner Straftat erkenne, er gute Krankheitseinsicht zeige und eine grosse Therapiemotivation habe. Durch eine langfristig stationäre Suchtbehandlung mit engmaschiger Abstinenzkontrolle könne der Gefahr weiterer Taten entgegen getreten werden (Urk. 89 S. 40 und S. 42). Der Beschuldigte sei auch für eine langfristige Therapie sehr motiviert; er strebe ein sucht- und delinquenzfreies Leben an (Urk. 89 S. 40 und S. 42). Damit wird auch eine Mass-

nahmewilligkeit des Beschuldigten bejaht. Gemäss Gutachten sei eine stationäre Behandlung gemäss Art. 60 StGB in einer auf Suchterkrankungen spezialisierten Einrichtung erforderlich. Eine ambulante Behandlung (wie sie im Übrigen auch seitens des Beschuldigten nicht beantragt wird) erscheine nicht als erfolgsversprechend (Urk. 89 S. 41).

5.4 Diese fachärztlichen Ausführungen sind überzeugend und werden von der anschlussappellierenden Anklagebehörde heute auch nicht mehr in Zweifel gezogen (Urk. 121 S. 11). Der Beschuldigte hat sich sodann im Juli 2013 freiwillig in eine stationäre Suchtbehandlung begeben (Urk. 88A). Diese Therapie musste zwar knapp drei Monate später abgebrochen werden (Urk. 100); seit 19. November 2013 war der Beschuldigte aber – ununterbrochen – in der C.\_\_\_\_\_ hospitalisiert bis er Mitte Februar diesen Jahres in die D.\_\_\_\_\_ übertreten konnte, welchen Eintritt er selber organisiert und veranlasst hat (Urk. 118 S. 5f.).

Entsprechend ist für den Beschuldigten eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 Abs. 1 StGB (Suchtbehandlung) anzuordnen. Der Vollzug der heute auszufällenden (Gesamt-)Freiheitsstrafe ist zugunsten des Massnahmevollzugs aufzuschieben (Art. 57 Abs. 2 StGB). Der Beschuldigte ist allerdings deutlich auf den Passus im Gutachten hinzuweisen, wonach bei einem erneuten Scheitern einer Massnahme zukünftig seine Massnahmefähigkeit trotz – auch heute mehrfach geäusserter (Urk. 118 S. 5, S. 6f. und S. 9f.) – Krankheitseinsicht und Therapiebereitschaft (also Massnahmewilligkeit) als äusserst fraglich zu beurteilen wäre (Urk. 89 S. 43), zumal auch die im Juli 2013 begonnene Therapie im B.\_\_\_\_\_ nach knapp drei Monaten wieder abgebrochen werden musste.

### **III. Kosten**

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– anzusetzen.

2. Im Berufungsverfahren obsiegt der Beschuldigte mit seinem Hauptantrag auf Anordnung einer Massnahme und Aufschub des Strafvollzugs. Betreffend Sanktion unterliegen sowohl der Beschuldigte, der eine deutlich tiefere Strafe (60 Tage Freiheitsstrafe) beantragte, als auch die Anklagebehörde, die eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten forderte. In einer Gesamtbetrachtung rechtfertigt es sich daher, die Kosten dieses Verfahrens, inklusive Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO).

3. Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, reichte vor der Berufungsverhandlung eine aktualisierte Honorarnote betreffend ihre Aufwendungen und Auslagen im vorliegenden Berufungsverfahren ein (Prot. II S. 9). Die Dauer der Berufungsverhandlung inklusive Hin- und Rückweg sowie Vorbereitungen mit dem Beschuldigten schätzte sie zutreffend auf drei Stunden (vgl. Prot. II S. 9 und S. 16). Ebenso berücksichtigte sie die Besprechung des obergerichtlichen Urteils mit 60 Minuten (Urk. 117). Dies erscheint angemessen. Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ist demgemäss als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten im Berufungsverfahren für ihre ausgewiesenen Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 4'984.80 zu entschädigen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 2. Oktober 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.

2. Die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011 ausgesprochene bedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem Strafvollzug wird widerrufen und [...].

3. ...

4. ...

5. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Schadenersatzforderung der Privatklägerin von Fr. 100.– anerkannt hat.
  6. Rechtskraft bereits mit Beschluss vom 21. Oktober 2013 festgestellt:  
Der folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Februar 2012 beschlagnahmte Gegenstand
    - Umhängetasche, blau, Marke Freitagwird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herausgegeben.
  7. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Februar 2012 beschlagnahmten Gegenstände
    - Seitenschneider, orange/gelb, Marke Knipex
    - Teppichmesser, blau, Marke Lux-Toolswerden eingezogen und der Kantonspolizei zur Vernichtung überlassen.
  8. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'200.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 900.– Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 3'013.10 amtl. Verteidigungskosten (ausbezahlt am 11. Januar 2013)  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
  9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben."
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird unter Einbezug des Strafrestes von 53 Tagen gemäss Widerruf seiner mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2011 ausgesprochenen bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten als Gesamtstrafe, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.

2. Es wird eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) angeordnet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
4. Das Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 4'984.80 amtliche Verteidigung  
Fr. 3'769.95 Gutachten IRM
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung all-fälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (im Doppel, mit Vermerk der Rechtskraft)
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B.

8. 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  
I. Strafkammer

Zürich, 17. März 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. S. Maurer