

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140137-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Burger, Ersatz-
oberrichter lic. iur. Ernst sowie Gerichtsschreiberin MLaw Mond-
genast

Urteil vom 5. September 2014

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfachen Diebstahl etc. und Rückversetzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Ein-
zelgericht, vom 10. Januar 2014 (GG130295)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 18. November 2013 (Urk. 6) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB,
 - des mehrfachen geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter StGB sowie
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten und 20 Tagen, wovon ein Tag durch Haft erstanden ist, und einer Busse von Fr. 500.– als teilweise Zusatzstrafe zu den Entscheiden Staatsanwaltschaft See Oberland vom 24. Oktober 2011 sowie der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. Dezember 2011.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich am 21. Dezember 2012 verfügte bedingte Entlassung unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr wird widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der Reststrafe von 82 Tagen Freiheitsstrafe rückversetzt.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 18. November 2013 beschlagnahmten Gegenstände gemäss act. V 10 werden eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Zürich verwertet. Der Verwertungserlös wird zur Verfahrenskostendeckung verwendet.

7. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte folgende Schadenersatzforderungen (Umtriebsentschädigungen) anerkannt hat:

- Denner: ND15: Fr. 150.–
- Coop: ND 21: Fr. 150.–
- Denner: ND 22: Fr. 150.–.

8. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:

Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. Kosten Kantonspolizei

Fr. 1'500.– Gebühr Anklagebehörde

Fr. Kanzleikosten

Fr. Auslagen Untersuchung

Fr. 6'580.65 Kosten amtliche Verteidigung (inkl. MwSt)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 44)

1. Es sei der Entscheid auszusetzen und es sei eine psychiatrisch-psychologische Begutachtung über den Beschuldigten in Auftrag zu geben.
2. Eventuell sei der Beschuldigte wie folgt zu verurteilen:

- a) Bestrafung mit gemeinnütziger Arbeit von 480 Stunden, teilweise als Zusatzstrafe zu den Strafbefehlen vom 24. Oktober 2011 und 16. Dezember 2011
 - b) Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse, eventuell sofortige Abschreibung der auferlegten Kosten infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(schriftlich, Urk. 33)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 10. Januar 2014 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, des mehrfachen geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter StGB sowie des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen. Er wurde bestraft mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten und 20 Tagen, wovon ein Tag bereits durch Haft erstanden war, sowie mit einer Busse von Fr. 500.– als teilweise Zusatzstrafe zu den Entscheiden der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 24. Oktober 2011 sowie der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. Dezember 2011. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde dabei nicht aufgeschoben und die Ersatzfreiheitsstrafe für die schuldhafte Nichtbezahlung der Busse auf 5

Tage festgesetzt. Zudem wurde die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich am 21. Dezember 2012 verfügte bedingte Entlassung unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der Reststrafe von 82 Tagen Freiheitsstrafe rückversetzt. Des Weiteren wurden beschlagnahmte Gegenstände eingezogen und von den Anerkennungen von Schadenersatzforderungen und Umtriebsentschädigungen Vormerk genommen (Urk. 27 S. 19 ff.).

2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 14. Januar 2014 Berufung an (Urk. 20). Mit Eingabe vom 28. März 2014 folgte die Berufungserklärung (Urk. 29). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 33).

3. Mit seiner Berufungserklärung erneuerte der Verteidiger des Beschuldigten zugleich seinen Antrag auf Einholung eines psychiatrisch-psychologischen Gutachtens betreffend Massnahmeindikation und Schuldfähigkeit des Beschuldigten. In ihrer Stellungnahme lehnte die Staatsanwaltschaft diesen Beweisantrag ab (Urk. 33 und 34). Mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2014 wurde der Beweisantrag einstweilen abgewiesen (Urk. 37).

4. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Vorliegend erklärte der Verteidiger für den Fall, dass von einer Begutachtung abgesehen würde, dass sich die Berufung auf die von der Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung beschränke. Richtigerweise sollte der Beschuldigte in Abänderung des Urteils lediglich mit gemeinnütziger Arbeit von 480 Stunden verurteilt werden (Urk. 44 S. 9). Das vorinstanzliche Urteil ist daher bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 5 (Rückversetzung), 6 und 7 (Beschlagnahmungen, Zivilforderungen) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

II. Prozessuales

1. Der Beschuldigte erneuerte mit seiner Berufungserklärung den bereits vor Vorinstanz gestellten Antrag:

"Es sei über den Beschuldigten A. _____ ein psychiatrisch-psychologisches Gutachten einzuholen, welches sich insbesondere zur Frage der Massnahmeindikation und der Schuldfähigkeit äussert."

Zur Kurzbegründung dieses Antrags verwies der Verteidiger zunächst auf die "eindrückliche" kriminelle Vorgeschichte des Beschuldigten und die aktenkundigen Hinweise auf dessen Suchtproblematik, die zwanglos den Schluss einer klassischen Beschaffungskriminalität zuliessen. Es bestünden durchaus Indizien, dass der Beschuldigte bei den unzähligen Ladendiebstählen von seiner Sucht und den damit einhergehenden Entzugssymptomen geradezu getrieben gewesen sei. Als Belege für diese Problematik reichte der Verteidiger zahlreiche ärztliche Berichte ein (Urk. 30/1–5). Diese eingereichten Berichte würden eine langandauernde Suchterkrankung des Beschuldigten belegen, welche bislang nie adäquat habe behandelt werden können. Dass diese Suchtmittelproblematik mit den zur Anklage gebrachten Delikte in einem direkten Zusammenhang stünden, könne mit guten Gründen nicht ausgeschlossen werden. Auch sei angesichts der Vielzahl von Delikten in kurzen Zeitabständen, der riskanten Vorgehensweise und dem offenkundigen Unvermögen, sich trotz diverser polizeilicher Anhaltungen Einhalt zu gebieten, zumindest zweifelhaft, ob der Beschuldigte fähig gewesen sei, das Unrecht seiner Taten einzusehen respektive sich gemäss dieser Einsicht zu verhalten. Die Begutachtung des Beschuldigten schein deshalb angezeigt (Urk. 29 S. 2 f.).

2. Die Staatsanwaltschaft sprach sich in ihrer Stellungnahme vom 16. und 17. April 2014 gegen eine Begutachtung des Beschuldigten aus (Urk. 33 und 34). Der Beschuldigte habe die ihm in der Vergangenheit mehrmals gebotenen Chancen mittels einer Therapie eine Verbesserung seiner Situation zu erzielen, nicht wahrgenommen.

3. Auf die Vorbringen der Parteien und auf die eingereichten Berichte, wird – soweit nötig – zurückzukommen sein.

III. Strafzumessung

1. Der Beschuldigte kritisiert die Höhe der von der Vorinstanz angesetzten Freiheitsstrafe von 6 Monaten und 20 Tagen. Richtigerweise sollte er – so der Verteidiger – lediglich zu gemeinnütziger Arbeit von 480 Stunden verurteilt werden (Urk. 44 S. 9).

2. Die Vorinstanz hat den Strafrahen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 27 S. 9 ff.).

3. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss es den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010 E. 1.2.2). Als schwerste Tat gilt jene, die ge-

mässig abstrakter Strafdrohung des Gesetzes mit der höchsten Strafe bedroht ist (BGE 6B_885/2010 vom 7. März 2011 E. 4.4.1).

4. Vorliegend ist der Tatbestand des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 137 Ziff. 1 StGB mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe das schwerste vom Beschuldigten begangene Delikt. Sodann machte er sich des mehrfachen Hausfriedensbruchs schuldig. Aufgrund der Handlungseinheit ist das Tatverschulden beim Diebstahl und beim Hausfriedensbruch gemeinsam festzulegen (vgl. BGE 6B_323/2010, Urteil vom 23. Juni 2010, Erw. 3.2.). Ebenso ist die Tatmehrheit – es handelt sich um eigentliche Seriedelikte – einer gesamthaften Würdigung zu unterziehen.

5. Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). 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). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

6. Was die objektive Tatschwere angeht, so indiziert die Deliktssumme von rund Fr. 19'000.– ein noch eher leichtes Verschulden. Verschuldenserhöhend wirkt indessen die Vielzahl der Einzelhandlungen. Im zeitlichen Ablauf lassen sich zwei Phasen unterscheiden: In einer ersten Phase delinquierte der Beschuldigte zwischen dem 31. August 2011 und dem 1. August 2012 16 Mal mit einer Deliktssumme von Fr. 18'000.–. Nach der bedingten Entlassung per 23. Januar 2013 kam es bis zum 13. August 2013 noch zu acht weiteren Hausfriedensbrüchen und

zwei Diebstählen im Sinne von Art. 137 Abs. 1 StGB mit einem Deliktsbetrag von über Fr. 800.–. Das Vorgehen des Beschuldigten war dabei nicht von erheblicher krimineller Energie geprägt, packte er in der Regel einfach das Diebesgut von den Ladengestellen in einen mitgeführten Plastiksack bzw. verstaute es in seiner Jacke, so dass er teilweise auf frischer Tat ertappt werden konnte (ND 15). Die begangenen Hausfriedensbrüche wiegen verschuldensmässig noch leicht, wurden dadurch Verbote für öffentlich zugängliche Ladenlokale missachtet, was weniger schwer wiegt als bei Räumen, die nicht der Öffentlichkeit zugänglich sind; indessen fällt hier die Vielzahl der Missachtungen ins Gewicht. Insgesamt ist von einer noch leichten objektiven Tatschwere auszugehen.

Was die subjektive Tatschwere angeht, so liegen den Handlungen des Beschuldigten vorab finanzielle Motive zugrunde. Er habe die Sachen an verschiedene Kioske für maximal Fr. 80.– pro Tasche verkauft. Das Geld habe er zum Leben und für Zigaretten gebraucht. Er habe gewusst, dass dies verboten sei, aber er habe aus finanzieller Not heraus begonnen und habe dann nicht mehr damit aufhören können. Er habe es sich immer gewünscht, dass er jemanden finden würde, der ihn aus diesem Albtraum herausreissen würde. Sein Verhalten habe aber noch einen anderen Grund, er schäme sich aber dies zu sagen (Urk. V/3 S. 32). Vor Vorinstanz ergänzte er, dass seine Drogensucht mit ein Grund für seine Delinquenz gewesen sei. Er habe mit dem Geld aus dem verkauften Deliktsgut Alkohol und Drogen sowie Lebensmittel für zu Hause gekauft. Er habe sodann jeden Tag mit dem Zug nach B._____ fahren müssen, um seine Medikamente abzuholen, wozu er auch Geld gebraucht habe. Zu seinem Alkoholkonsum befragt gab er an, jeweils am Morgen Rotwein und Vodka-Smirnoff getrunken zu haben. Er sei auch jeden Tag betrunken gewesen, als er diese Gegenstände gestohlen hätte. Sodann habe er jeden Tag ein Gramm Kokain Drogen konsumiert. Zur Tatzeit habe er auch schwere Depressionen gehabt. Nach den Diebstählen und Drogenkäufen sei er zu seinem Hausarzt, ins Ambulatorium oder zur Polizei und habe ihnen alles erzählt. Dies insbesondere nach den Taten, da er sich sehr geschämt habe. Er habe eine Lösung gebraucht. Aktuell gehe es ihm gut, wenn er beschäftigt sei. Zu Dr. med. C._____, einem Psychiater, gehe er seit rund drei oder vier Jahren (Prot. I S. 7 ff.).

Zusammen mit der Berufungsbegründung bzw. dem Antrag auf psychiatrische Begutachtung reichte der Verteidiger eine Vielzahl von ärztlichen Berichten ein (Urk. 30/1–12), welche den Zeitraum der Jahre 2008 bis März 2014 abdecken. Aus den Austrittsberichten der Privatklinik Schlössli (Clenia Schlössli AG) vom 21. November 2008, 17. Dezember 2008, 19. März 2009, 21. Juli 2009 und 16. Februar 2010 geht hervor, dass der Beschuldigte an einem Alkoholabhängigkeitssyndrom, mit gegenwärtigem Substanzgebrauch (F10.24) leide (Urk. 30/1–5, je S. 1). Im letzten Bericht scheint sodann noch ein Kokainkonsum auf (Urk. 30/5 Drogenscreening). Ein Bericht des Sanatoriums Kilchberg vom 30. Juli 2009 bestätigt die Diagnose einer Alkoholabhängigkeit (Urk. 30/6 S. 1). Im Austrittsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 17. Mai 2011 wurde ein Abhängigkeitssyndrom von Alkohol (F10.2) und Kokain (F14.2) diagnostiziert (Urk. 30/7 Blatt 3). Die Austrittsberichte des ärztlichen Dienstes der Suchtbehandlung Franchental der Stadt Zürich halten am 6. September 2011, am 4. Oktober 2011 und am 14. Mai 2012 an obigen Diagnosen fest (Urk. 30/8–10). Einem Abklärungsgespräch vom 27. September 2011 der Forel Klinik lässt sich die Beurteilung entnehmen, dass beim Beschuldigten eine Alkohol und Kokainabhängigkeit vorliege (Urk. 30/11 S. 4). Die gleiche Diagnose ergibt sich aus dem Austrittsbericht des Spitals Uster vom 15. Juli 2012 (Urk. 30/11 Blatt 5 ff.). Dem Bericht von Dr. med. C._____ des ärztlichen Dienstes der Medizinisch-sozialen Dienste der Städtischen Gesundheitsdienste der Stadt Zürich ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte wegen Opioid Abhängigkeitssyndrom bis im Februar 2014 ein Methadonprogramm absolvierte. Er leide sodann an einem Kokain- und Alkoholabhängigkeitssyndrom. In diesem Bericht ist sodann über 15 Seiten hinweg der Behandlungsverlauf vom 14. Juli 2011 bis 24. März 2014 aufgezeichnet (Urk. 30/12). Einem Nachtrag vom 3. Februar 2012 lässt sich sogar entnehmen, wie der Beschuldigte von einer behandelnden Ärztin beobachtet worden ist, als er aus der K+A Kaserne zu seinem Dealer um die Ecke gelaufen sei, obwohl er ihnen gesagt hätte, er habe keinen Nebenkonsum (Urk. 30/12 S. 6 der Krankengeschichte des Ambulatorium Kanonengasse). Diese Berichte bestätigen die Aussagen des Beschuldigten betreffend seiner Abhängigkeit von Alkohol und Kokain.

Den Aussagen des Beschuldigten lässt sich sodann entnehmen, dass er sich bewusst war, dass er nicht hätte delinquiren sollen (Prot. I S. 9). Er ist auch planmässig vorgegangen, indem er bei den Ladendiebstählen eine Plastiktasche verwendete (Urk. V/3 S. 32). Gleichzeitig schildert er, wie er mit dem deliktischen Tun nicht habe aufhören können (Prot. I S. 7). Dieses Verhalten ist typisch für langjährige Suchtabhängige und führt gerichtsnotorisch zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit in geringem bis mittlerem Masse. Das subjektive Verschulden wird dadurch erheblich relativiert. Auf die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens ist insoweit zu verzichten. Insgesamt ist das Tatverschulden auf rund 4 Monate festzulegen.

Was die Täterkomponente angeht, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 27 S. 12). Anlässlich der heutigen Beruungsverhandlung führte der Beschuldigte zusätzlich aus, täglich Alkohol und Kokain zu konsumieren sowie verschiedene Medikamente einzunehmen. Er sei bei seinem Hausarzt und einem Psychiater in Behandlung. Eine Arbeit habe er seit mehr als fünf Jahren nicht und er erhalte auch keine Sozialhilfeleistungen. Er lebe zusammen mit seiner Frau von deren IV-Rente. Für die Wohnung würden sie Fr. 1'420.– pro Monat bezahlen. Er habe Schulden in der Höhe von Fr. 15'000.– (Prot. II S. 8 f.).

Mit der Vorinstanz sind die zehn, teilweise einschlägigen Vorstrafen deutlich strafehöhend zu berücksichtigen. Ins Gewicht fällt auch der Umstand, dass der Beschuldigte trotz laufender Untersuchung und für den Teil der Delikte ab dem 23. Januar 2013 während laufender Probezeit der bedingten Entlassung straffällig wurde. Auch der Vollzug der gemeinnützigen Arbeit konnte ihn von weiteren Delikten nicht abhalten (Urk. 41). Auf der anderen Seite ist sein umfassendes Geständnis und seine glaubhaft geäußerte Reue strafmindernd in Rechnung zu stellen. Die schwierige Lebenssituation des Beschuldigten ist – soweit diese nicht bereits im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit berücksichtigt wurde – ebenfalls noch zugunsten des Beschuldigten zu werten.

Insgesamt sind mit der Vorinstanz die strafferhöhenden Teile der Täterkomponente etwas stärker zu gewichten als die strafmindernden, sodass sich die Einsatzstrafe um 20 Tage auf 140 Tage erhöht.

7. a) Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Art. 49 Abs. 2 StGB will im Wesentlichen das Asperationsprinzip (Art. 49 Abs. 1 StGB) auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Bei der Festsetzung der Zusatzstrafe zu einer ergangenen Grundstrafe hat sich das Gericht vorerst zu fragen, welche Strafe es bei gleichzeitiger Verurteilung in Beachtung des Asperationsprinzips ausgesprochen hätte. Die Zusatzstrafe für die neu zu beurteilende Straftat ergibt sich aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der Grundstrafe. Bei der retrospektiven Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offen zu legen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 132 IV 102 E. 8 mit Hinweisen).

Der Beschuldigte wurde in der Deliktszeit mit zwei Strafbefehlen zu einer Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe verurteilt. Die Vorinstanz hat zu diesen beiden Strafen eine Zusatzstrafe ausgefällt (Urk. 27 S. 13 f.). Solange indessen die Strafart noch nicht feststeht, kann keine Zusatzstrafe ausgefällt werden, da solche nur bei gleichartigen Strafen angänglich sind (BGE 137 IV 58, 138 IV 122). Somit ist zunächst die Strafart festzulegen.

b) Der Verteidiger beantragte vor Vorinstanz im Eventualfall eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, eventuell gemeinnützige Arbeit von 480 Stunden (Urk. 17 S. 8). An der Berufungsverhandlung verzichtete er auf die Beantragung einer Geldstrafe und machte eventualiter die Bestrafung mit gemeinnütziger Arbeit von 480 Stunden geltend (Urk. 44 S. 9). Der Beschuldigte erklärte anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, gemeinnützige Arbeit leisten zu wollen (Prot. I S. 13). An der Berufungsverhandlung erneuerte er diese Aussage (Prot. II S. 12).

c) Das Gericht kann mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen (Art. 37 Abs. 1 StGB). Die gemeinnützige Arbeit stellt eine eigenständige Strafart dar, die bei Verbrechen oder Vergehen bereits im Urteil angeordnet werden kann.

Der Beschuldigte wurde bisher mit den Strafbefehlen vom 1. Juli 2010, vom 9. Februar 2011 und vom 24. Juni 2011 zu 360 Stunden, 200 Stunden und 280 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Gemäss Angaben des Justizvollzuges wurde diese gemeinnützige Arbeit von gesamthaft 840 Stunden im Zeitraum vom 26. Januar 2011 bis 20. Februar 2012 im Umfang von 283 Stunden vollzogen und dann eingestellt, weil der Beschuldigte mehrheitlich unentschuldigt gefehlt habe (Urk. 42). Der Beschuldigte führte dazu aus, zu Beginn habe es mit der gemeinnützigen Arbeit gut funktioniert. Dann habe er Probleme mit seiner Frau gehabt, er habe umziehen müssen und habe viel zu trinken begonnen. Dies sei der Grund gewesen, weshalb er mit der gemeinnützigen Arbeit habe aufhören müssen (Prot. I S. 13). Zur Zeit hat sich die Situation des Beschuldigten nicht wesentlich verändert. Nach wie vor ist sein Tagesablauf von seiner Alkoholabhängigkeit geprägt, wie sich den Notizen des Ambulatoriums entnehmen lässt (["Patient trinkt vermehrt Bier und Smirnoff, will nicht genau sagen wieviel, einfach es sei viel besser als früher."], Eintrag vom 6. März 2014, Urk. 30/12 Blatt 17). Wie sich der heutigen Befragung entnehmen lässt, ist er nach wie vor nicht in der Lage, den Suchmitteln zu entsagen. Damit ist aber seine Arbeitsfähigkeit weiterhin beeinträchtigt. Nachdem der Vollzug der bisher ausgefallten gemeinnützigen Arbeit nach rund einem Drittel eingestellt wurde und sich die Lebensumstände des Beschuldigten praktisch unverändert darstellen, ist von der Anordnung von gemeinnütziger Arbeit abzusehen. Dies rechtfertigt sich auch unter dem Gesichtspunkt der präventiven Effizienz (Markus Hug, OFK-StGB, StGB 34 N 13 mit Hinweisen auf die Bundesgerichtsrechtsprechung), zumal der Beschuldigte, wie bereits erwähnt, auch während dem Vollzug der gemeinnützigen Arbeit weiterdelinquierte.

d) Zu prüfen bleibt weiter, ob eine Geldstrafe verhängt werden kann. Wie die Befragung ergeben hat (Prot. II S. 8), lebt der Beschuldigte in prekären finan-

ziellen Verhältnissen. Zwar darf mangelnde Aussicht auf Vollstreckbarkeit einer Geldstrafe nicht dazu führen, dass von vornherein eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe ausgesprochen wird (vgl. BGE 134 IV 60 E. 6.5.1 S. 71; vgl. auch unten E. 7.3). Es ist vielmehr, wenn die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug erfüllt sind, eine bedingte Geldstrafe oder eine bedingte gemeinnützige Arbeit auszusprechen (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Das neue Recht - eine Herausforderung an die Praxis, in: Heer-Hensler [Hrsg.], Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, S. 209; *ders.*, Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 122/2004 S. 164 f.; ferner ANDRÉ KUHN, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121/2003 S. 270; a.M. FRANZ RIKLIN, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004 S. 183). Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, sind indessen die Voraussetzungen für einen bedingten Strafaufschub nicht gegeben (Urk. 27 S. 15 f.). Die voraussichtliche Vollstreckbarkeit einer allfälligen Geldstrafe ist beim Beschuldigten sodann klarerweise zu verneinen. Die gegen den Beschuldigten verhängten Geldstrafen wurden nämlich allesamt in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt und in Vollzug gesetzt (Urk. V/8/6). Diese Umwandlungen zeigen, dass sich beim Beschuldigten eine unbedingte Geldstrafe nicht als vollstreckbar erweist. Davon ist auch in Zukunft auszugehen, da sich an den Lebensumständen des Beschuldigten, wie die Befragung gezeigt hat, nichts geändert hat. Dazu kommt, dass bei der Wahl der Sanktionsart als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen ist (BGE 134 IV 101). Trotz der Vielzahl von Vorstrafen (zwei bedingte Freiheitsstrafen, drei Anordnungen gemeinnütziger Arbeit, drei unbedingte Geldstrafen sowie zwei unbedingte Freiheitsstrafen) zeigte sich der Beschuldigte unbeeindruckt. Auch die drohende Rückversetzung vermochte den Beschuldigten nicht vom Delinquieren abzuhalten. Deshalb erweist sich auch unter diesem Gesichtspunkt die Ausfällung einer zum vorneherein nicht vollstreckbaren Geldstrafe als ungeeignete Sanktion.

e) Das Gericht kann auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe (Art. 42 StGB) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder

gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann. Wie vorstehend ausgeführt, kommen weder die gemeinnützige Arbeit noch eine Geldstrafe in Frage, weshalb eine Freiheitsstrafe auszufällen ist. Die Zusatzstrafe ist somit unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl vom 24. Oktober 2011 wegen mehrfachem Hausfriedensbruch und mehrfachem geringfügigem Diebstahl im Zeitraum vom 23. bis 30. September 2011 zu einer Freiheitsstrafe von 20 Tagen verurteilt. Die heute zu beurteilenden Straftaten beging der Beschuldigte teilweise vor der erwähnten Verurteilung, weshalb wie vorstehend erwähnt, eine Zusatzstrafe auszufällen ist. Trotz Hausverbot hat der Beschuldigte dabei dreimal je eine Flasche Smirnoff à Fr. 3.90 aus einem Migrolino-Tankstellenshop gestohlen. Vorliegend sind nur die Hausfriedensbrüche relevant, da es sich beim geringfügigen Diebstahl um eine mit Busse zu ahndende Übertretung handelt. Diese Hausfriedensbrüche vermögen das Verschulden unter Einbezug der gesamten Delinquenz nicht spürbar zu beeinflussen. Dies führt in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB zu einer Reduktion der bisherigen Einsatzstrafe um 20 Tage.

8. Der Beschuldigte hat sich sodann des mehrfachen geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172ter StGB schuldig gemacht. Die Strafe ist Busse bis Fr. 10'000.– (Art. 106 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte hat drei Übertretungen im Zeitraum von rund fünf Monaten mit einem Deliktsbetrag von Fr. 213.55 verschuldet. Die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 500.– erweist sich unter Berücksichtigung seines Verschuldens, der Vorstrafen und v.a. des Delinquierens während der Probezeit der bedingten Entlassung und auch seiner finanziellen Verhältnisse als angemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe im Falle einer schuldhaften Nichtbezahlung ist auf 5 Tage anzusetzen.

9. In Anbetracht aller relevanten Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 120 Tagen sowie eine Busse von Fr. 500.– als teilweise Zusatzstrafe zum Entscheid der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 24. Oktober 2011 als angemessen.

IV. Strafvollzug/Massnahme

1. Die Freiheitsstrafe ist unbedingt auszufällen (Art. 41 Abs. 1 StGB). Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 27 S. 15 f.).

2. Wie eingangs erwähnt (Erw. II.) liess der Verteidiger den prozessualen Antrag stellen, der Beschuldigte sei auch bezüglich einer Massnahmeindikation psychiatrisch-psychologisch zu begutachten bzw. die Freiheitsstrafe sei zugunsten einer Massnahme aufzuschieben. Die Vorinstanz hat in Unkenntnis der erst im Berufungsverfahren eingereichten Berichte eine Begutachtung abgelehnt, da sie die dafür notwendige Schwere der psychischen Störung bzw. der Suchterkrankung verneinte.

Gemäss den nunmehr eingereichten Berichten, ist von einer langanhaltenden Suchterkrankung des Beschuldigten auszugehen. Trotzdem ist kein Gutachten zur Massnahmeindikation einzuholen. Wie bereits die Vorinstanz darauf hingewiesen hat, muss die Anordnung einer Massnahme auch verhältnismässig sein (Art. 56 Abs. 2 StGB). Auf die entsprechenden Ausführungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 27 S. 15). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass den verschiedenen Berichten sodann zu entnehmen ist, dass der Beschuldigte seit Jahren ambulant betreut wird, indessen ohne nachhaltigen Erfolg (Urk. 30/12). Ebenso lässt sich den Berichten entnehmen, dass der Beschuldigte nach jedem Eintritt in die psychiatrische Klinik diese nach wenigen Tagen und entgegen den Ratschlägen der behandelnden Fachärzte wieder verlassen hat. Damit stellen sich – wie auch die Anklagebehörde in ihrer Stellungnahme zu Recht darauf hinweist (Urk. 33 und 34) – Fragen nach der Motivation bzw. Massnahmefähigkeit des Beschuldigten im Hinblick auf eine stationäre Massnahme. Indessen kann diese Frage mit Blick auf die Unverhältnismässigkeit einer solchen Massnahme im vorliegenden Fall offen gelassen werden.

Der Antrag des Beschuldigten auf eine psychiatrische Begutachtung ist demnach abzuweisen. Es ist keine Massnahme anzuordnen. Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen teilweise. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten somit die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Anteil des Beschuldigten ist ihm zu erlassen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen; entsprechend ist der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, mit Fr. 3'640.45 (inkl. 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 10. Januar 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 5 (Rückversetzung), 6 und 7 (Beschlagnahmungen, Zivilforderungen) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 24. Oktober 2011 (20 Tage Freiheitsstrafe), wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist, sowie mit Fr. 500.– Busse.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'640.45 amtliche Verteidigung.

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Der Anteil des Beschuldigten wird ihm erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Privatklägerschaft

(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

 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

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

 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten.

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, 5. September 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Mondgenast