

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB150268-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und  
lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Hürlimann  
Winterhalter

## Urteil vom 19. Oktober 2015

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
(alias A1.\_\_\_\_\_, alias A2.\_\_\_\_\_, alias A3.\_\_\_\_\_),

Beschuldigter und Berufungskläger  
ab 29.06.2015 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**  
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Diebstahl und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom  
5. Mai 2015 (GG150011)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 12. Februar 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 43).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 65 S. 25 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Die dem Beschuldigten mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 3. September 2014 gewährte bedingte Entlassung für eine Restfreiheitsstrafe von 60 Tagen wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird – unter Einbezug der vorstehend widerrufenen bedingten Entlassung – bestraft mit einer Gesamtstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die Zivilklage der Privatklägerin wird auf den Zivilweg verwiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 2'500.– Gebühr für das Vorverfahren  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. (Mitteilung)
9. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 5)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 86):

1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die Kosten des Untersuchungsverfahrens, der beiden gerichtlichen Verfahren und der amtlichen Verteidigung seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
3. Dem Beschuldigten sei für die 2 Tage Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 400.-- sowie eine angemessene Entschädigung für die Anwaltskosten für das erstinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

b) Der Staatsanwaltschaft (schriftlich; Urk. 72):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

**Erwägungen:**

**I. Prozessuales**

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 65 S. 3; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 5. Mai 2015 wurde der Beschuldigte des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und unter Einbezug einer widerrufenen Restfreiheitsstrafe zu einer Gesamtstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden seien, bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Im weiteren wurde die

Zivilklage der Privatklägerin auf den Zivilweg verwiesen und dem Beschuldigten wurden die Verfahrenskosten auferlegt (Urk. 65 S. 25 ff.).

1.3. Gegen dieses Urteil meldete die Verteidigung innert Frist Berufung an (Urk. 60). Ebenso fristgerecht ging die Berufungserklärung ein (Urk. 68). Mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2015 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland sowie der Privatklägerin Frist angesetzt, Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 70). Die Staatsanwaltschaft erhob keine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 72), die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen.

1.4. Mit Präsidialverfügung vom 14. August 2015 wurde dem Beschuldigten Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ mit Wirkung am 29. Juni 2015 als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 77).

1.5. Am 19. Oktober 2015 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ erschienen ist (Prot. II S. 5).

## 2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte lässt in der Berufungserklärung einen vollumfänglichen Freispruch beantragen (Urk. 68 S. 2). Damit ist das gesamte vorinstanzliche Urteil einer Überprüfung zu unterziehen.

## 3. Strafantrag

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Verteidigung und auch der Vorinstanz ein rechtsgültiger Strafantrag der Privatklägerin vorliegt. Gemäss Abklärung der zuständigen Staatsanwältin vom 12. Februar 2015 erklärte die Vertreterin der Privatklägerin, sie habe sich bereits mit Einreichung der Strafanzeige als Privatklägerin konstituiert. Sie stelle Zivil- und Strafklage (Urk. 39).

Beim Strafantrag handelt es sich inhaltlich um eine unbedingte Willenserklärung der verletzten Person, dass für die angezeigte Handlung die Strafverfolgung stattfinden solle. Der Person, welche den Strafantrag stellt, kommt gemäss Art. 118 Abs. 1 und 2 StPO die Stellung der Privatklägerschaft zu. Die von der Privatklägerschaft abgegebene Erklärung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 StPO darf im umgekehrten Fall grundsätzlich als Strafantrag qualifiziert werden (Donatsch, OFK-StGB, N 1 zu Art. 30 StGB).

Die Erklärung der Privatklägerin, sich als Zivil- und Strafklägerin zu konstituieren, ist nach dem Gesagten als Strafantrag zu qualifizieren. Der Antrag erfolgte zudem innert Frist gemäss Art. 31 StGB.

## **II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

### 1. Ausgangslage

1.1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 26. Dezember 2014 um ca. 11.30 Uhr das Geschäft des B.\_\_\_\_\_ Zürich-Flughafen betreten und dort zwei schwarze Kaschmir-Herrenpullover der Grössen L und M, der Marke Warren & Parker, im Wert von je Fr. 199.--, insgesamt Fr. 398.--, behändigt und unter seiner Jacke versteckt und damit das Geschäft ohne zu bezahlen verlassen zu haben. Dies habe er in der Absicht gemacht, die Kleidungsstücke anschliessend für sich zu behalten oder diese gewinnbringend zu verkaufen und das Geld für die eigenen Bedürfnisse zu verwenden. Dadurch habe sich der Beschuldigte des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht, wofür er zu bestrafen sei (Urk. 43 S. 2).

1.2. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten anklagegemäss schuldig (Urk. 65 S. 25).

1.3. Der Beschuldigte hat den eingeklagten Sachverhalt insofern anerkannt, als er zugab, dass er einen Pullover der Grösse L habe stehlen wollen (Prot. I S. 11 f.). Im übrigen bestreitet er, was ihm von der Anklagebehörde vorgeworfen wird (vgl. Prot. I S. 11 ff.; Urk. 85 S. 7 ff.).

1.4. Die Verteidigung führte zur Begründung ihrer Berufung im Wesentlichen aus, der Beschuldigte halte an seinen Aussagen fest, einen Pullover im Wert von Fr. 199.-- gestohlen zu haben. Dabei handle es sich um einen geringfügigen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> StGB. Mangels Strafantrag könne der Beschuldigte dafür nicht bestraft werden. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass der Beschuldigte zwei Pullover im Wert von insgesamt Fr. 398.-- gestohlen habe. Sie führe aus, dass die Aussagen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ grundsätzlich glaubhafter seien, als diejenigen des Beschuldigten. Der Beschuldigte habe den "Alarm" nur bei einem Pullover entfernt. Beim zweiten im Geschäft aufgefundenen Pullover sei der Alarm nicht entfernt worden. Der zweite Pullover sei nicht beschädigt gewesen. Ob es sich dabei tatsächlich um Attrappen gehandelt habe, stehe nicht fest. Selbst wenn dem so gewesen wäre, so könne der Beschuldigte dies unmöglich gewusst haben. Man sehe dem Alarm nicht an, ob er funktionstüchtig sei oder ob es sich um eine Attrappe handle. Die Vorinstanz führe aus, ob der Beschuldigte dies gewusst oder erkannt habe, könne offen bleiben. Zu vermerken sei aber, dass das Ausbleiben des Alarms nicht darauf schliessen lasse, dass der Beschuldigte lediglich einen Pullover entwendet habe. Diese Ausführungen würden nicht überzeugen. Es mache keinen Sinn und sei lebensfremd davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich die Mühe genommen hätte, bei einem Pullover die Diebstahlsicherung zu entfernen, beim zweiten aber nicht. Der Zeuge habe ausgesagt, er habe gesehen, wie der Beschuldigte beim beiden Pullovern das Preisschild bzw. die Diebstahlsicherung weggezogen habe. Diese Aussagen seien falsch und würden darauf hindeuten, dass der Zeuge die Geschehnisse eben doch nicht so genau habe beobachten können, wie er meine. Der in Diebstahlsachen nicht ganz unerfahrene Beschuldigte hätte mit Sicherheit den Alarm auch beim zweiten Pullover entfernt, wenn er ihn hätte stehlen wollen. Der Umstand, dass er es nicht getan habe, könne nur bedeuten, dass er den zweiten Pullover nicht gestohlen habe. Der Zeuge habe auch D.\_\_\_\_\_ beschuldigt, beim Diebstahl mitgewirkt zu haben, trotzdem habe die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen diesen eingestellt. Auch der Umstand, dass der Zeuge die beiden Pullover erst nach ca. zehn Minuten zusammen mit einem Polizisten aus dem Laden geholt habe, sei von

Bedeutung. In diese Zeit könne viel passiert sein. So könne etwa ein Pullover vom Tisch auf den Boden gefallen oder von einer Drittperson fallen gelassen worden sein. Es sei zu bezweifeln, dass der Detektiv habe erkennen können, ob der Beschuldigte einen oder zwei Pullover aus der Jacke genommen und zu Boden geworfen habe. Zusammenfassend könne dem Beschuldigten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass er auch den zweiten Pullover gestohlen habe (Urk. 68 S. 2 ff.; Urk. 86).

## 2. Beweiswürdigung

2.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Beweiswürdigung in ihrem Urteil ausführlich dargelegt, darauf kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 65 S. 4 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2. Zur Erstellung des Sachverhalts sind mit der Vorinstanz die Aussagen des Beschuldigten, der Auskunftsperson D.\_\_\_\_\_ und des Zeugen C.\_\_\_\_\_ zu würdigen. Soweit die Vorinstanz in ihrem Urteil diese Aussagen wiedergibt, kann darauf verwiesen werden (Urk. 65 S. 6 ff.).

2.3. Das Aussageverhalten des Beschuldigten ist mit der Vorinstanz als äussert widersprüchlich und nicht konstant zu bezeichnen. In der ersten polizeilichen Einvernahme gleich unmittelbar nach der Verhaftung am 26. Dezember 2014 stritt der Beschuldigte pauschal ab, im B.\_\_\_\_\_ etwas gestohlen zu haben. Er habe seinem Begleiter gesagt, er solle einen Pullover in Grösse L für ihn suchen. Er habe einen gefunden, welcher ein Loch gehabt habe, deshalb habe der Begleiter dann eine Grösse M gesucht. Im weiteren Verlauf der Einvernahme war der Beschuldigte hauptsächlich darum bemüht, den Ladendetektiv als Lügner darzustellen. Dieser habe ihn auf Deutsch und Albanisch übel beschimpft, er habe ihm "huere Arschloch", "scheiss Ausländer" und auf Albanisch "ich werde deine Mutter ficken" gesagt. Weiter habe der Ladendetektiv ihm beinahe das Handgelenk gebrochen und ihm auch keinen Ausweis gezeigt. Der Detektiv habe die Ware vom Tisch geholt und nichts vom Boden aufgehoben. Er lüge, um vor den Polizisten nicht sein Gesicht zu verlieren (Urk. 2/1 S. 1 ff.). In der Hafteinvernahme nur einen Tag später, am 27. Dezember 2014, führte der Beschuldigte zu

Beginn noch aus, er sei unschuldig im Gefängnis, das sei nicht ok, um nur drei Fragen später den Anklagesachverhalt umfassend einzugestehen. Er habe dieses Geständnis freiwillig abgelegt, D.\_\_\_\_\_ habe mit der Sache nichts zu tun. Er werde nicht mehr stehen, es tue ihm leid (Urk. 2/2 S. 2 ff.). Nach Beizug eines Verteidigers mit der Einsprache gegen den Strafbefehl am 30. Dezember 2014, liess der Beschuldigte die dritte Version des Tathergangs vorbringen, nämlich, er habe nur einen Pullover gestohlen, nicht zwei (Urk. 17). Dazu führte er aus, es sei wichtig, den Alarm zu entfernen, dieser sei beim zweiten Pullover noch drin gewesen. Ausserdem passe der zweite Pullover weder ihm noch seinem Verwandten. Der Ladendetektiv lüge. Er habe vielleicht gedacht, dass sie Asylanten seien und keinen Anwalt beiziehen würden (Urk. 20/1 S. 2 f.). Sein Geständnis habe er nur abgelegt, um nicht länger in Untersuchungshaft bleiben zu müssen und damit sein Neffe auch nicht länger im Gefängnis bleiben müsse. Die Staatsanwältin habe zu ihm gesagt, er müsse sagen, dass es zwei Pullover gewesen seien. Er wisse aufgrund seiner Vorstrafen, wie man etwas stehlen müsse, er sei nicht dumm. Wenn er den zweiten Pullover auch hätte stehlen wollen, hätte er den Alarm auch entfernt. Er habe nicht wissen können, dass das Alarmsystem defekt sei. Der Detektiv habe erst später zwei Pullover im Laden geholt (Prot. I S. 11 ff.). Innerhalb von nicht einmal einer Woche tischte der Beschuldigte drei Versionen des Tathergangs auf. Dass er zunächst noch alles abstrikt ist durchaus verständlich, wollte er doch wohl einmal abwarten, ob er durch die Untersuchung überführt würde. Dass er einen Tag später sein umfassendes Geständnis nur auf Druck der Staatsanwältin und der gesamten Situation mit der drohenden Untersuchungshaft abgelegt hatte, erscheint jedoch in keiner Weise glaubhaft. Der Beschuldigte muss mit Blick auf seinen – in negativer Hinsicht – beeindruckenden Strafregisterauszug (Urk. 83) als erfahren im Umgang mit Untersuchungsbehörden und Einvernahmesituationen bezeichnet werden. Ihm muss bewusst gewesen sein, was es in seiner Situation heisst, ein Geständnis abzulegen. Dass er, der schon zahlreiche Freiheitsstrafen verbüsst hatte, von wenigen Tagen drohender Untersuchungshaft derart beeindruckt gewesen wäre, dass er ein falsches Geständnis ablegt, kann ausgeschlossen werden. Die zuletzt zu Protokoll gegebene Version erscheint sodann eine taktische Massnahme zu sein. Dem

Beschuldigten muss insbesondere nach Kontaktaufnahme mit seinem Verteidiger klar geworden sein, dass die Zugabe nur eines Diebstahls für ihn wesentlich günstiger wäre, als den gesamten Sachverhalt einzugestehen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Aussagen des Beschuldigten nicht glaubhaft sind, er passte sie immer wieder dem Ermittlungsstand an und versuchte von Beginn weg, den einzigen Zeugen schlecht zu machen.

2.4. Auch in den Schilderungen von D.\_\_\_\_\_ fehlt es an Realitätskennzeichen. Wie der Beschuldigte bestritt er in der ersten polizeilichen Einvernahme, etwas mit dem Diebstahl zu tun zu haben (Urk. 3/1), was für einen Beschuldigten eine durchaus nachvollziehbare Haltung darstellt. In der Hafteinvernahme tags darauf legte auch D.\_\_\_\_\_ nach anfänglichen Bestreitungen ein Geständnis ab, wobei er ausführte, er habe einen Pulli unter die Jacke gesteckt, was der Beschuldigte getan habe, habe er nicht gesehen (Urk. 3/2 S. 6 f.). Konfrontiert mit dem Geständnis des Beschuldigten führte D.\_\_\_\_\_ sodann aus, es stimme, dass der Beschuldigte die Pullover gestohlen habe, er selbst habe mit dem Diebstahl nichts zu tun (Urk. 3/4 S. 2). In einer weiteren Einvernahme sagte D.\_\_\_\_\_ aus, der Beschuldigte habe einen Pullover angeschaut und diesen mitgenommen. Er habe wirklich keinen Pullover gestohlen, er habe nix gestohlen, das sage er auch heute. Auf Intervention des ebenfalls bei dieser Einvernahme anwesenden Beschuldigten korrigierte er seine Aussage dahingehend, dass er damit habe sagen wollen, dass er nicht gesehen habe, dass der Beschuldigte etwas gestohlen habe. Er habe den Pullover angeschaut und wieder zurückgelegt. Der Detektiv sage nicht die Wahrheit, da seien nicht zwei Pullover gewesen, nur einer (Urk. 22 S. 3 ff.). D.\_\_\_\_\_ war in seinem Aussageverhalten offensichtlich stets bemüht, niemanden ernstlich zu belasten. Auch er passte seine Schilderungen dem jeweiligen Verfahrensstand an und besonders die letzte Einvernahme lässt ganz klar den Eindruck entstehen, dass er sich mit dem Beschuldigten abgesprochen hatte. Seine Aussagen sind wirr, schwankend und detailarm. Auf diese unglaubliche Darstellung kann nicht abgestellt werden.

2.5. Der Zeuge C.\_\_\_\_\_ wurde in der Untersuchung zweimal einvernommen. Er gab dabei konstante, detaillierte und widerspruchsfreie Schilderungen zu Protokoll. Dass er ein Interesse daran hätte, den Beschuldigten zu unrecht zu belasten, kann ausgeschlossen werden. Eine Strafuntersuchung wie die vorliegende ist auch für den Zeugen mit einem gewissen Aufwand verbunden, den er wohl kaum auf sich nehmen würde, nur um zwei ihm unbekannte Personen fälschlicherweise zu beschuldigen, zumal er selbst von einer Verurteilung der Täter nichts hat. Der Zeuge führte von Beginn der Untersuchung an aus, es seien zwei Pullover gestohlen worden. Der ältere der beiden Männer habe einen Pullover in die Hand genommen und gleichzeitig habe der Jüngere ihm einen Pullover zugeschoben. Der Ältere habe mit dem Pullover seine Hände bedeckt und den zweiten verdeckt in die Hand genommen. Mit den verdeckten Händen habe er am zweiten Pullover manipuliert und das Preisschild und die Sicherung abgenommen. Er sei unmittelbar daneben gestanden. Dann habe der Ältere versucht, beide Pullover unter seiner Jacke zu verstecken, der Jüngere habe versucht, die Sicht zu verdecken. Nach dem Verlassen des Geschäfts habe er die beiden gestoppt. Beim erneuten Betreten des Ladens sei er vom Jüngeren abgelenkt worden, habe aber dennoch beobachten können, wie der Ältere die beiden Pullover aus der Jacke gezogen und zu Boden geworfen habe (Urk. 4/1 S. 2 f.). In der zweiten Einvernahme bestätigte der Zeuge seine Aussagen und führte noch detaillierter aus, dass er sich den beiden genähert habe, um die Situation ganz genau zu sehen. Er habe sich sogar entschuldigt, dass sie Platz machen müssten. Als er wieder in den Laden gekommen sei, hätten die beiden "was, was" gesagt, sie hätten ihn geschubst und er habe gesehen, dass der Beschuldigte mit seiner linken Hand die Pullover hinter dem Rücken unter der Jacke hervorgehoben und auf den Boden geworfen habe. Die zwei Pullover seien bei den Sofas auf dem Boden gelegen (Urk. 21/1 S. 4 ff.). Es besteht kein Anlass, an der Darstellung des Zeugen zu zweifeln. Er führte überzeugend aus, dass er gesehen habe, wie zwei Pullover gestohlen worden seien. Ob nun Preisschild und Alarm an beiden Pullovern entfernt wurden oder nicht, ist nicht entscheidend. Ebenso wenig vermögen die diesbezüglich vom Zeugen deponierten nicht stimmigen Aussagen seine gesamte Darstellung zu erschüttern. Von zentraler Bedeutung ist

vielmehr, dass der Zeuge gesehen hatte, wie der Beschuldigte nach Anhaltung durch ihn selbst, zwei Pullover unter der Jacke hervorzog und zu Boden warf. Dies schilderte der Zeuge anschaulich, nachvollziehbar und glaubhaft. Dass der Zeuge die beiden Pullover erst später ins Büro brachte, ist durchaus logisch, hatte er doch zunächst alle Hände voll zu tun, den Beschuldigten und D.\_\_\_\_\_ ins Büro zu führen. Dass in dieser Zeit zufälligerweise ein zweiter Pullover durch eine Drittperson auf den Boden geworfen worden wäre, kann ausgeschlossen werden, zumal sich der Fundort der beiden Pullover etwas entfernt vom Warentisch, auf welchem die übrigen Pullover lagen, befunden hatte. Auch die Tatsache, dass sich an einem Pullover noch die Diebstahlsicherung befunden hatte, kann die glaubhafte Darstellung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ nicht erschüttern. Dem Beschuldigten kommt es für seine Argumentation, nur einen Pullover gestohlen zu haben, natürlich gelegen, dass sich an einem noch die Diebstahlsicherung befunden hatte und dass nicht beide Pullover dieselbe Grösse hatten. Aus beiden Tatsachen kann der Beschuldigte jedoch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zum einen ist nicht klar, für wen die Pullover gestohlen werden sollten, weshalb die Grössen der Pullover irrelevant sind. Andererseits spricht auch die am Artikel verbliebene Diebstahlsicherung nicht gegen die Täterschaft des Beschuldigten. Es ist nicht vollkommen ausgeschlossen, dass der Beschuldigte das Risiko eingehen würde, einen Artikel mit Diebstahlsicherung zu entwenden. Zudem führte das Entfernen der Diebstahlsicherung offenbar dazu, dass der Pullover beschädigt wurde (vgl. Urk. 85 S. 9), was der Beschuldigte möglicherweise beim zweiten Pullover vermeiden wollte. Auf die glaubhaften Schilderungen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ kann ohne Einschränkungen abgestellt werden.

2.6. Der eingeklagte Sachverhalt kann mit der Vorinstanz gestützt auf die glaubhaften Aussagen den Zeugen C.\_\_\_\_\_ erstellt werden.

### 3. Rechtliche Würdigung

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die rechtliche Würdigung der Anklagebehörde korrekt ist. Sie wurde zu Recht auch von keiner Partei beanstandet. Der Beschuldigte hat sich demnach des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht.

### III. Strafzumessung

#### 1. Strafrahmen und Strafzumessungsregeln

1.1. Die Vorinstanz hat den Strafrahmen für einen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB zutreffend wiedergeben und zu Recht keine weiteren Strafschärfungs- oder milderungsgründe erkannt. Somit ist von einem Strafrahmen von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe auszugehen.

1.2. Weiter hat die Vorinstanz die Grundsätze für die Strafzumessung dargelegt, darauf kann verwiesen werden (Urk. 65 S. 19 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

#### 2. Konkrete Strafzumessung

##### 2.1. Tatkomponente

Der Beschuldigte stahl in einem Bekleidungsgeschäft zwei Pullover im Wert von gesamthaft Fr. 398.--. Das Vorgehen des Beschuldigten war nicht besonders gerissen, fielen er und sein Begleiter dem Ladendetektiv doch sogleich auf. Dennoch ist zu bemerken, dass der Beschuldigte wohl gezielt hochwertige Ware suchte. Eine umfassende Planung ging der Tat nicht voraus, immerhin aber waren sie zu zweit auf Diebestour, wobei der Begleiter des Beschuldigten gezielt die Sicht auf das Geschehen verdeckte, was doch für eine gewisse Planung spricht. Auch der Umstand, dass die beiden bei der Anhaltung durch den Detektiv sofort ihre Rollen einnahmen (Ablenkung/Entsorgung) spricht für ein zumindest grob geplantes und durchdachtes Verhalten. Das objektive Tatverschulden wiegt leicht.

Das subjektive Verschulden vermag das objektive nicht zu relativieren. Der Beschuldigte ging direkt vorsätzlich vor, sein Motiv war einzig finanzieller Natur, wobei er sich keinesfalls in einer echten Notlage befand. Auch ist entgegen der Verteidigung einzig aufgrund des offenbar nach wie vor bestehenden Methadonkonsums des Beschuldigten keine verminderte Schuldfähigkeit zu erkennen (vgl. Urk. 86 S. 12).

Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe erscheint doch sehr tief. Eine Strafe von eineinhalb Monaten erscheint dem Verschulden des Beschuldigten eher angemessen.

## 2.2. Täterkomponente

2.2.1. Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt zusammengefasst und geschlossen, dass sie für die Strafzumessung nicht von Belang sind (Urk. 65 S. 21). Diese Erwägungen sind so zu übernehmen. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er sei zur Zeit wegen einer Untersuchung wegen bandenmässigen Diebstahls in Untersuchungshaft. Im Gefängnis könne er im Hausdienst arbeiten und habe eine Tagesstruktur. Er hoffe, dass er weiter arbeiten könne, wenn er aus dem Gefängnis entlassen werde. Seine Schwester sei in die Schweiz gekommen, um seine Familie bei der Kinderbetreuung zu unterstützen, zudem hätten sie Unterstützung durch das Jugendamt. Er wolle sich wegen seines Kindes nun nicht mehr strafbar machen. Er habe Fehler gemacht, das werde sich ändern (Urk. 85 S. 2 ff.).

2.2.2. Sodann hat die Vorinstanz die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten und die Delinquenz während laufender Probezeit zurecht massiv strafehöhend bewertet (Urk. 65 S. 21 f.). Der Beschuldigte muss als unbelehrbar und nicht willens, sich an die Rechtsordnung zu halten, bezeichnet werden.

2.2.3. Der Beschuldigte ist zwar teilweise geständig, dieses Geständnis erfolgte jedoch erst nach Vorhalt der Aussagen des Zeugen C.\_\_\_\_\_, mithin als der Beschuldigte durch die Untersuchung bereits überführt war. Dieses Geständnis erleichterte die Untersuchung nicht und kann nicht strafmindernd berücksichtigt werden, zumal es als taktisches Geständnis bezeichnet werden muss, ging der Beschuldigte doch davon aus, dass kein Strafantrag vorliege und er trotz Geständnis straflos bleiben werde. Reue oder Einsicht kann der Beschuldigte ebenfalls nicht für sich reklamieren.

2.2.4. Wenn die Vorinstanz die nach der Tatkomponente festgesetzte Einsatzstrafe nach Würdigung der Täterkomponente massiv erhöht, so kann ihr dabei

zugestimmt werden. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen die Renitenz, der erneut manifestierte unveränderte Tatwille und die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen erheblich strafe erhöhend gewichtet werden (Urteile des Bundesgerichts 6B\_510/2015 vom 25. August 2015 E. 1.5; 6B\_954/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.2). Eine Strafe von sechs Monaten erscheint trotz leicht höherer Einsatzstrafe nach der Tatkomponente letztlich angemessen.

### 2.3. Strafart

2.3.1. Im Strafbereich von 6 bis 12 Monaten kommen nebeneinander Geldstrafe und Freiheitsstrafe in Betracht (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BSK StGB I-Wiprächtiger, N 24 zu Art. 47 StGB). Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips steht dabei die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe weniger eingriffsintensive Sanktion im Vordergrund. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium aber die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 E. 4.1; BGE 134 IV 97 E. 4.4.2; vgl. auch Urteile des Bundesgerichtes 6B\_721/2009 vom 18. Februar 2010 E. 4., 6B\_218/2010 vom 8. Juni 2010 E. 3.2., 6B\_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1).

2.3.2. Der Beschuldigte erwirkte bei seinen vergangenen neun Verurteilungen verschiedenartige Sanktionen. So wurden neben Freiheitsstrafen auch Geldstrafen und Bussen sowie gemeinnützige Arbeit ausgesprochen. Diesen Sanktionen ist offenbar nicht die erwünschte nachhaltige Wirkung zuteil geworden. Weder die Verbüssung der Freiheitsstrafen, noch eine unbedingte Geldstrafe, welche für den Beschuldigten in Anbetracht seiner finanziellen Verhältnisse keinen Bagatelldarakter gehabt haben dürfte, vermochten den Beschuldigten zu beeindrucken. Unter diesen Umständen erscheint es als angemessen, den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe zu belegen.

2.3.3. Der Beschuldigte ist demnach mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 2 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

### 3. Vollzug

3.1. Die Vorinstanz hat die theoretischen Voraussetzungen für den Aufschub des Vollzugs einer Strafe zutreffend dargelegt und richtigerweise erkannt, dass beim Beschuldigten aufgrund seiner Vorstrafen in subjektiver Hinsicht besonders günstige Umstände vorliegen müssten (Urk. 65 S. 23).

3.2. Diese besonders günstigen Umstände sind mit der Vorinstanz beim Beschuldigten nicht zu erkennen. Trotz offenbar seit Jahren einigermaßen stabiler familiärer Verhältnisse lässt sich der Beschuldigte immer wieder dazu hinreissen, zu delinquieren. Dabei lässt er sich offenbar auch nicht von den zahlreichen bisher ausgesprochenen unbedingten Freiheits- oder Geldstrafen abhalten. Einsicht in sein Fehlverhalten ist beim Beschuldigten auch heute nicht auszumachen. Seit dem 20. April 2015 läuft zudem offenbar erneut ein Verfahren gegen den Beschuldigten wegen bandenmässigen Diebstahls, sowie seit 26. Mai 2015 bzw. 3. August 2015 je eines wegen Diebstahls (vgl. Urk. 83). Dem Beschuldigten muss somit klar eine eigentliche Schlechtprognose gestellt werden, womit der bedingte Vollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe nicht in Frage kommt.

### 4. Widerruf/Gesamtstrafe

4.1. Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht die Rückversetzung an (Art. 89 Abs. 1 StGB). Sind aufgrund der neuen Strafe die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 StGB). Das System der Gesamtstrafenbildung von Art. 49 StGB kann im Rückversetzungsverfahren nicht unbesehen übernommen werden, wobei es umgekehrt aber auch nicht zulässig wäre, den Vorstrafenrest und die ausgefallte Strafe für

die neuen Straftaten dem Kumulationsprinzip gemäss dem alten Recht einfach zu addieren. Bei der Festlegung der Sanktion im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB kommt der Täter deshalb in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips im Vergleich zum Kumulationsprinzip in den Genuss einer gewissen Privilegierung, wenn sowohl die Freiheitsstrafe für das neue Delikt als auch die konkrete Reststrafe zum Vollzug anstehen; es erfolgt also keine reine Addition der Strafen. Die für die neuen Straftaten ausgefallte Freiheitsstrafe bildet als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation. Dem Vorstrafenrest gilt es durch angemessene Erhöhung der Einsatzstrafe Rechnung zu tragen. Die im Verfahren nach Art. 89 Abs. 6 StGB gebildete Gesamtstrafe ist unbedingt anzuordnen (Hug, OFK-StGB, N 8 zu Art. 89 StGB; BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 f.).

4.2. Der Beschuldigte wurde durch Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 3. September 2014 am 15. September 2014 aus einer Freiheitsstrafe bedingt entlassen. Es wurde eine Probezeit von einem Jahr angesetzt, der Strafreist betrug 60 Tage (vgl. Urk. 67 S. 5). Der Beschuldigte beging den vorliegend zu beurteilenden Diebstahl – mithin ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB – am 26. Dezember 2014 und damit während laufender Probezeit. Die Voraussetzungen für eine Rückversetzung nach Art. 89 Abs. 1 StGB sind ohne weiteres erfüllt. Weiter kann im Sinne von Art. 89 Abs. 6 StGB eine Gesamtstrafe gebildet werden, da der Beschuldigte für die heute zu beurteilende Tat mit einer vollziehbaren Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu bestrafen ist.

4.3. Ausgehend von der heute auszufällenden Freiheitsstrafe von 6 Monaten im Sinne einer Einsatzstrafe, hätte für den Strafreist von 60 Tagen in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips eine Erhöhung der Einsatzstrafe zu erfolgen. Eine Strafe von 7 Monaten erschiene nach dem Gesagten angemessen. Die Vorinstanz hat die Strafe jedoch bei 6 Monaten belassen. Dabei muss es in Beachtung des Verbots der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) auch im Berufungsverfahren sein Bewenden haben.

## 5. Fazit

Der Beschuldigte ist nach Widerruf der bedingten Entlassung mit einer Gesamtstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, wovon 2 Tage als durch Untersuchungshaft geleistet gelten. Der Vollzug der Strafe ist nicht aufzuschieben.

## **IV. Zivilansprüche**

Den vorinstanzlichen Erwägungen zu den von der Privatklägerin gestellten Zivilansprüchen bleibt nichts hinzuzufügen, es kann umfassend darauf verwiesen werden (Urk. 65 S. 24 f.). Einer Gutheissung des Schadenersatzbegehrens der Privatklägerin würde zudem das Verbot der reformatio in peius entgegenstehen (Art. 391 Abs. 2 StPO).

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### 1. Kosten der Vorinstanz

1.1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv Ziff. 6 und 7) zu bestätigen.

### 2. Kosten des Berufungsverfahrens

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.-- festzusetzen.

2.2. Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung (ab 29. Juni 2015) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

2.3. Der amtliche Verteidiger ist gestützt auf seine Honorarnote zuzüglich Aufwand für die Berufungsverhandlung inkl. Weg und Nachbesprechung für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'800.-- (inkl. 8 % MwSt.) zu entschädigen (vgl. Urk. 87).

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Die dem Beschuldigten mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 3. September 2014 gewährte bedingte Entlassung für eine Restfreiheitsstrafe von 60 Tagen wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe gemäss Ziff. 2 vorstehend bestraft mit einer Gesamtstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die Zivilklage der Privatklägerin wird auf den Zivilweg verwiesen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'800.-- amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.**
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
  - die Privatklägerin B1.\_\_\_\_\_ AG, c/o B.\_\_\_\_\_,  
Herr E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]

(Eine begründete Urteilsausfertigung gemäss 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 Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

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 Formular B
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland in die Akten Prozess Nr. C-1/2013/5868

10. 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, 19. Oktober 2015

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter