

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170482-O/U/cwo

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, die Obergerichterinnen lic. iur.
L. Chitvanni und lic. iur. R. Affolter sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
C. Baumgartner

Urteil vom 4. Juni 2018

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Diebstahl etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

10. Abteilung - Einzelgericht, vom 23. August 2017 (GG170098)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 31. März 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16)

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB
 - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 44 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
6. Die anlässlich des Polizeieinsatzes vom 5. Januar 2017 sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich lagernden Gegenstände (Quittung und zwei SIM-Karten [Asservat-Nrn. A010'051'168, A010'051'180 und A010'051'204]) werden dem Beschuldigten freigegeben, sofern er dies binnen 3 Monate seit Rechtskraft verlangt. Ansonsten werden sie der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
7. Der Privatkläger wird mit seiner Zivilforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'100.- Gebühr Anklagebehörde
Fr. 3'561.40 amtliche Verteidigung durch RA X. _____
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 3'561.40 (inkl. 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
- Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
11. (Mitteilungen)
12. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Beschuldigten (Urk. 43):

Es sei Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben, und es sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen à CHF 10.00 zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.

b) der Staatsanwaltschaft (Urk. 47):

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 betreffend die Dispositivziffern 1 und 3 bis 10 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Beschuldigte sei, in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten, abzüglich der erstandenen Haft von 44 Tagen, zu belegen, unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit.

3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil vom 23. August 2017 sprach das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, den Beschuldigten wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB und Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig. Das Gericht bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten. An diese Strafe rechnete es die erstandene Untersuchungshaft von 44 Tagen an. Überdies wurde der Beschuldigte gestützt auf Art. 66a StGB für fünf Jahre des Landes verwiesen (Urk. 31).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 31. August 2017 Berufung an (Urk. 26). Nach Erhalt des schriftlich begründeten Urteils am 24. November 2017 (Urk. 30/2), liess der Beschuldigte fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 32). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf das Erheben einer Anschlussberufung und erklärte sich mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden (Urk. 38). Ebenfalls stimmte der Beschuldigte mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens zu (Urk. 39). Mit Eingabe vom 6. Februar 2018 reichte der Beschuldigte fristgerecht die Berufungsbegründung ein (Urk. 43). Die Staatsanwaltschaft beantwortete diese mit Eingabe vom 9. Februar 2018 (Urk. 47). In der Folge nahm der Verteidiger am 8. März 2018 Stellung zur Berufungsantwort. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine weitere Stellungnahme. Ebenfalls verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung zur Berufungsbegründung (Urk. 49). Der Privatkläger äusserte sich im Berufungsverfahren nicht.

1.3. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

2. Prozessuales

Der Beschuldigte hat seine Berufung auf die von der Vorinstanz ausgesprochene Straftat beschränkt (Urk. 43). Damit ist lediglich Ziffer 2 (Freiheitsstrafe) des vorinstanzlichen Urteils angefochten und vom Berufungsgericht zu überprüfen (Art. 404 Abs. 1 StPO). In den Ziffern 1 sowie 4 bis 10 ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was festzustellen ist (Art. 437 Abs. 1 StPO). Die Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils ist in dem Sinne von der Rechtskraft ausgenommen, als die Straftat zu überprüfen ist und die Ziffer deshalb möglicherweise eine Anpassung erfährt.

II. Sanktionsart

3. Vorinstanzlicher Entscheid

Zur Wahl der Sanktionsart erwog die Vorinstanz, der Beschuldigte habe zu Beginn der Untersuchung gezeigt, dass ihn das ganze Verfahren relativ kalt gelassen habe. Dies sei seinen Antworten und seinem Auftreten anlässlich der Hafteinvernahme vom 16. Februar 2017 zu entnehmen. Er scheine mit den Abläufen einer Verhaftung und eines Strafverfahrens bestens vertraut. Weiter habe der Beschuldigte keine schlüssige Erklärung für seine - teilweise sehr kurzen - Aufenthalte in der Schweiz abgeben können. Diese Umstände liessen auf eine gewisse Abgebrühtheit des Beschuldigten schliessen. Es müsse daher stark bezweifelt werden, dass der Beschuldigte durch eine Geldstrafe die Ernsthaftigkeit der Sanktion spüre. Unter dem Aspekt der präventiven Effizienz sowie nach einer Gesamtabwägung der vorliegenden Umstände, scheine die Freiheitsstrafe im vorliegenden Fall als zweckmässige Sanktionsart (Urk. 31 S. 11 f.).

4. Rügen der Verteidigung

Dagegen brachte die Verteidigung vor, die von der Vorinstanz erwogenen Faktoren stellten keine Begründungselemente dar, welche eine Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe gebieten würden. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung komme der Geldstrafe Vorrang vor der Freiheitsstrafe zu. Die von der

Vorinstanz vorgebrachten Begründungselemente seien haltlos und willkürlich. Es sei nicht ersichtlich, aus welchen konkreten Antworten und aus welchem konkreten Verhalten des Beschuldigten anlässlich der Hafteinvernahme geschlossen werden könnte, das ganze Verfahren habe ihn relativ kalt gelassen. Die Vorinstanz habe damit ihre Begründungspflicht und Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Als reine Mutmassung erweise sich zudem die Darstellung der Vorinstanz, wonach der Beschuldigte mit den Abläufen einer Verhaftung bestens vertraut sei. Dies finde in den Akten keine Stütze, zumal der Beschuldigte keine Vorstrafen aufweise. Nicht gefolgt werden könne zudem den Ausführungen der Vorinstanz, wonach der Beschuldigte keine schlüssige Erklärung zu seinen Aufenthalten in der Schweiz habe abgeben können. Einerseits sei in den entsprechenden Aussagen des Beschuldigten kein Widerspruch ersichtlich, andererseits könnten auch diesbezüglich vorhandene Widersprüche die Ausfällung einer Freiheitsstrafe nicht rechtfertigen. Wenn die Vorinstanz zudem daran zweifle, dass für den Beschuldigten die Sanktion durch eine Geldstrafe spürbar sei, so sei dies eine unbelegte Mutmassung, mithin eine willkürliche Feststellung. Schliesslich stellten auch die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Beschuldigten keine Kriterien für die Wahl der Straftart dar. Der Beschuldigte sei mit einem Einkommen von Euro 300.-- und Schulden in der Höhe von Euro 3000.-- mittellos. Es sei daher für die Geldstrafe ein Tagessatz von CHF 10.-- festzulegen (Urk. 43 S. 3 f.).

5. Vorbringen der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft wertete in ihrer Berufungsantwort die vorinstanzliche Begründung zur Straftart als überzeugend und verwies zur Begründung ihres Antrags entsprechend auf die vorinstanzlichen Erwägungen. Als zusätzliche Argumente für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe führte die Staatsanwaltschaft aus, eine Geldstrafe könnte kaum vollzogen werden. Eine Strafe, welche keine Wirkung entfalten könne, erscheine aber per se als sinnlos. Sodann erscheine die von der Verteidigung beantragte Geldstrafe in der Gesamthöhe von CHF 2'400.-- als lächerlich und würde eher zu einem Vergehen im Strassenverkehr passen. Beim Beschuldigten entfaltete eine solche Strafe keinerlei Wirkung, eher würde er in grosses Gelächter verfallen. Die general- und spezialpräventive Wirkung einer

Geldstrafe würde sich ins Gegenteil verkehren und als Einladung wirken, hier in der Schweiz Einbruchdiebstähle zu begehen. Es sei unter dem Aspekt der Zweckmässigkeit der Sanktionsart davon auszugehen, dass ein drohender längerer Gefängnisaufenthalt den Beschuldigten eher davon abhalten könne, hier in der Schweiz weitere Delikte zu begehen. Die vorgeschlagene Geldstrafe passe auch nicht zu dem vom Beschuldigten verübten Delikt. Der Gesetzgeber habe Einbruchdiebstahl als schweres Delikt qualifiziert, ansonsten er es nicht in den Katalog derjenigen Straftaten aufgenommen hätte, bei welchen eine obligatorische Landesverweisung auszusprechen sei. Es erscheine deshalb ohne Weiteres angezeigt, vorliegend die härtere Sanktionsart auszufällen. Schliesslich solle die ausgefallte Strafe in einer gewissen Verhältnismässigkeit zur Dauer der Landesverweisung stehen. Sowohl für den Beschuldigten als auch für die Allgemeinheit würde es wenig nachvollziehbar erscheinen, den Beschuldigten während 5 Jahren aus dem Schengenraum zu verweisen, für ein Delikt, welches lächerlich tief sanktioniert werde (Urk. 47 S. 2 ff.)

6. Anwendbares Recht

6.1. Am 1. Januar 2018 sind im Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches revidierte Bestimmungen in Kraft getreten. Mitunter wurden die Gesetzesartikel betreffend die Strafarten und insbesondere die Dauer der Geld- und Freiheitsstrafen angepasst. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ist für ein Delikt, welches vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen begangen wurde, jedoch erst nach Inkrafttreten beurteilt wird, dasjenige Gesetz anzuwenden, welches das mildere ist.

6.2. Vorliegend wurde der Beschuldigte zu einer Strafe von 8 Monaten verurteilt. Nach altem Recht kann für diese Strafdauer sowohl eine Geldstrafe (aArt. 34 StGB) als auch eine Freiheitsstrafe (aArt. 40 StGB) ausgesprochen werden. Die Wahl der Sanktionsart ist denn auch Thema des vorliegenden Verfahrens. Gemäss neuem Recht darf die Geldstrafe höchstens 180 Tagessätze betragen (Art. 34 StGB). Somit fiel die Geldstrafe im vorliegenden Verfahren für die festgesetzte Strafe von 8 Monaten zum Vornherein ausser Betracht und es wäre zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen. Nachdem nach dem alten Recht die Möglichkeit der Anordnung einer Geldstrafe offensteht, welche Sanktionsart

gegenüber der Freiheitsstrafe als für den Täter weniger einschneidend gilt, steht ohne Weiteres fest, dass für den Beschuldigten das alte Recht das mildere und somit vorliegend anzuwenden ist.

7. Theoretische Grundsätze zur Strafart

7.1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid die Grundsätze zur Wahl der Strafart aufgeführt und dabei auf die massgebliche bundesgerichtliche Rechtsprechung hingewiesen. Auf die Ausführungen der Vorinstanz kann insoweit verwiesen werden (Urk. 31 S. 11, Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammenfassend sind an dieser Stelle die wichtigsten Punkte für den Entscheid betreffend die Strafart nochmals kurz zu erwähnen bzw. zu ergänzen. Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr steht nach dem hier anzuwendenden Recht die Geldstrafe im Vordergrund, was sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit ergibt. Es soll diejenige Sanktionsart gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift. Die Geldstrafe steht damit gegenüber der Freiheitsstrafe als weniger eingriffsintensive Sanktion im Vordergrund. Als wichtigstes Kriterium bei der Wahl der Sanktionsart ist die Zweckmässigkeit einer Sanktion, ihre Auswirkung auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 E. 4.1, Entscheid des Bundesgerichts 6B_483/2016 vom 30.04.2018 E. 3.3.3. und E.3.6.).

8. Würdigung

8.1. Die Vorinstanz erwog, zu Beginn der Untersuchung habe der Beschuldigte gezeigt, dass ihn das ganze Verfahren relativ kalt liesse, was sich an seinen Antworten und seinem Auftreten anlässlich der Hafteinvernahme vom 16. Februar 2017 ablesen lasse (vgl. Urk. 31 S. 11). Dabei klärte die Vorinstanz nicht auf, aus welchen Aussagen des Beschuldigten sie die entsprechende Schlussfolgerung zog. Unabhängig davon erscheint es fragwürdig, mittels des Verhaltens des Beschuldigten anlässlich der Hafteinvernahme darauf zu schliessen, wie stark ihn das Verfahren beeindruckte, zumal die Hafteinvernahme zu Beginn des Verfahrens stand und daher keine Feststellungen darüber getroffen werden können, ob der Beschuldigte durch das ganze Strafverfahren beeindruckt wurde oder nicht.

Die weitere Vermutung der Vorinstanz, der Beschuldigte scheine mit den Abläufen einer Verhaftung und eines Strafverfahrens bestens vertraut, wurde von der Vorinstanz ebenfalls nicht nachvollziehbar dargestellt und findet in den Akten letztlich keine Stütze. Schliesslich schloss die Vorinstanz auf eine gewisse Abgebrühtheit des Beschuldigten, nachdem sie die Angaben des Beschuldigten zu seinen früheren Aufenthalten in der Schweiz als nicht schlüssig bewertete (Urk. 31 S. 11 f. mit Verweis auf die Antworten in Urk. 5/2 zu Frage 7 und Frage 14). Inwiefern die vom Beschuldigten angegebenen Gründe für seine früheren Aufenthalte in der Schweiz mit der Wahl der Strafart in Zusammenhang stehen, erschliesst sich aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht. Es sei denn, dem Beschuldigten würde implizit delinquentes Verhalten anlässlich seiner früheren Aufenthalte in der Schweiz zugeschrieben, wofür jedoch in den Akten keine Anhaltspunkte auszumachen sind. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es sei auf eine gewisse Abgebrühtheit des Beschuldigten zu schliessen, verbleibt somit eine nicht nachvollziehbare Vermutung, zumal die Aussagen des Beschuldigten zu seinen früheren Aufenthalten in der Schweiz nicht zum Vornherein abwegig erscheinen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die von der Vorinstanz erwogenen Faktoren zur Wahl der Sanktionsart als unbegründet erweisen. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Feststellung der zweckmässigen Sanktionsart sind damit als ungenügend zu bewerten. Die Verteidigung hat die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz somit zu Recht gerügt (vgl. Urk. 43).

8.2. Der Beschuldigte beging die vorliegend zu sanktionierenden Taten am 24. Dezember 2016 in Mittäterschaft. Gemäss seinen Angaben in der Untersuchung reiste er am Vortag der Tat, in die Schweiz ein. Zu seinem Wohnsitz gab der Beschuldigte an, schon sein ganzes Leben in B._____ (Serbien) wohnhaft gewesen zu sein (Urk. 5/1 S. 3, Urk. 5/3 S. 2). In die Schweiz reiste der Beschuldigte offenbar als Tourist ein. Zu seinen finanziellen Verhältnissen gab der Beschuldigte anlässlich der Einvernahme zur Person bekannt, monatlich rund 300 Euro netto zu verdienen und Schulden gegenüber seiner Familie im Umfang von etwa Euro 3000 zu haben. Er komme für seine zwei Kinder finanziell auf. Seine Lebenspartnerin verdiene 180 Euro netto pro Monat (Urk. 5/3 S. 3). Den Personalakten ist zu entnehmen, dass in der Untersuchung Abklärungen bezüglich Vor-

strafen des Beschuldigten getätigt wurden. Dabei ergab sich, dass der Beschuldigte im Abklärungszeitpunkt weder in der Schweiz, noch in Österreich, Italien oder in Deutschland im Strafregister verzeichnet war (Urk. 14/1-4). Im Rahmen der Untersuchung verbrachte der Beschuldigte die Zeit vom 15. Februar 2017 bis zum 31. März 2017, mitunter 44 Tage, in Untersuchungshaft (Urk. 13/2 und Urk. 13/17). Mit der Haftentlassung am 31. März 2017 wurde gleichzeitig die Zuführung des Beschuldigten an das Migrationsamt Zürich verfügt (Urk. 13/17). Gemäss Abklärungen des hiesigen Gerichts, wurde der Beschuldigte am 3. April 2017 aus der Schweiz ausgewiesen (Urk. 35).

8.3. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf und demzufolge wurde - ausgehend von den erfolgten Abklärungen - gegen den Beschuldigten noch nie eine Sanktion ausgesprochen. Zudem verbrachte der Beschuldigte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens 44 Tage in Untersuchungshaft. Nachdem keine gegenteiligen Hinweise vorliegen, ist davon auszugehen, dass die Haft dem Beschuldigten die Ernsthaftigkeit des Verfahrens durchaus vor Augen führte. Es liegen jedenfalls keine begründeten Anhaltspunkte vor, wonach der Beschuldigte vom vorliegenden Strafverfahren unbeeindruckt geblieben ist. Damit ist unter dem Aspekt der präventiven Effizienz eine Geldstrafe durchaus als zweckmässige Sanktion einzustufen. Schliesslich attestierte die Vorinstanz dem Beschuldigten eine günstige Legalprognose und erwog dazu, es lägen einerseits keine konkreten Anzeichen für eine zukünftige Nichtbewährung vor und andererseits sei von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Anordnung einer Landesverweisung beantragt worden, mit welcher den Restzweifeln entgegen gewirkt werden könne. Dazu entschied die Vorinstanz entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten für 5 Jahre des Landes zu verweisen (Urk. 31 S. 13 Ziff. 3). Auch gestützt auf diese vorinstanzlichen Erwägungen, welche an dieser Stelle nicht zu überprüfen sind, zumal der Entscheid über den aufgeschobenen Strafvollzug nicht angefochten worden ist, erscheint die Geldstrafe nach wie vor als zweckmässige Sanktion.

8.4. Das in ihrer Berufungsbegründung aufgeführte Argument der Staatsanwaltschaft, eine Strafe von CHF 2'400.-- sei lächerlich, erscheint im Rahmen der Prü-

fung der Sanktionsart nicht passend. Zum einen hat die Staatsanwaltschaft die Strafhöhe nicht angefochten und zum anderen setzt sich die von der Verteidigung beantragte Geldstrafe aus der von der Vorinstanz ermittelten, dem Verschulden des Beschuldigten angemessenen Strafe sowie aus dem Tagessatz von CHF 10.-- zusammen. Bei einem Einkommen des Beschuldigten von Euro 300 erweist sich der beantragte Tagessatz von CHF 10.-- ohne Weiteres als realistisch. Insgesamt stellt die beantragte Strafe gemessen am Einkommen des Beschuldigten einen namhaften Betrag dar und kann daher nicht als lächerlich bezeichnet werden. Weiterführend brachte die Staatsanwaltschaft vor, eine Geldstrafe sei im vorliegenden Fall nicht vollziehbar und könne daher keine Wirkung entfalten. Sie erscheine somit als sinnlos. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll die Geldstrafe grundsätzlich auch für Mittellose zur Verfügung stehen (BGE 134 IV 60 E. 8.4; BGE 134 IV 97 E. 5.2.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 3.2). Allerdings ist analog der Anwendung von Art. 41 Abs. 1 StGB auch bei der vorliegenden Sanktionshöhe von 8 Monaten eine Vollstreckungsprognose zu stellen. Demnach ist zu prüfen, ob zum Vorherein angenommen werden muss, der Beschuldigte werde die Geldstrafe - auch unter dem Eindruck einer drohenden Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 Abs. 1 aStGB) - nicht bezahlen, sollte die Strafe zufolge eines Widerrufs vollstreckbar werden. Vorab kann festgehalten werden, dass aufgrund des sehr geringen Einkommens des Beschuldigten, von der Festlegung eines Tagessatzes von CHF 10.-- auszugehen ist, woraus entsprechend dem Antrag der Verteidigung eine Geldstrafe von CHF 2'400.-- resultiert. Wie oben erwähnt, verdient der Beschuldigte netto 300 Euro im Monat. Zusätzlich verdient die Lebenspartnerin des Beschuldigten gemäss seinen Angaben 180 Euro netto pro Monat. Es steht somit fest, dass der Beschuldigte die Unterhaltslast für die Familie nicht alleine trägt (Urk. 5/3 S. 3.). Gestützt auf diese Angaben ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte hinsichtlich seiner finanziellen Situation, gemessen an den Verhältnissen in Serbien, im Durchschnittsbereich befinden dürfte¹. Ergänzend ist zu erwähnen, dass gemäss den Angaben des Beschuldigten auch seine Eltern Erwerbsfähigkeiten aufweisen (Urk. 5/3 S. 1). Es ist demzufolge nicht ausgeschlossen, dass

¹ vgl. Daten auf <https://www.laenderdaten.info>, Stand 08.05.2018

der Beschuldigte dereinst in der Lage sein könnte, das Geld für eine allfällig zu vollziehende Geldstrafe zu beschaffen und diese zu bezahlen. Aufgrund der fünfjährigen Landesverweisung und der günstigen Prognose, welche dem Beschuldigten von der Vorinstanz attestiert wurde, erscheint es allerdings ohnehin unwahrscheinlich, dass es überhaupt je zu einem Vollzug der Sanktion kommen wird. Es ist in Beachtung der rechtskräftig angeordneten Landesverweisung davon auszugehen, dass diese eine Einreise in die Schweiz und eine erneute kriminelle Tätigkeit verhindert. Mit anderen Worten sichert die Landesverweisung die günstige Prognose ab. Es erscheint daher auch unter dem von der Staatsanwaltschaft angeführten Aspekt der General- und Spezialprävention als nicht zusätzlich erforderlich, die härtere Sanktionsart der Freiheitsstrafe gegen den Beschuldigten auszusprechen. Dem Argument der Staatsanwaltschaft, wonach eine Freiheitsstrafe nötig sei, um den Beschuldigten vor weiteren Delikten in der Schweiz abzuhalten, kann, nachdem eine fünfjährige Landesverweisung angeordnet wurde, somit nicht gefolgt werden.

8.5. Die Staatsanwaltschaft erachtete es schliesslich als angezeigt, gegen den Beschuldigten eine Freiheitsstrafe auszusprechen, weil das Delikt des Einbruchdiebstahls in den Katalog der obligatorisch anzuordnenden Landesverweisung Aufnahme fand. Entgegen der Staatsanwaltschaft kann daraus, dass der Gesetzgeber den Einbruchdiebstahl als ein für die obligatorische Anordnung der Landesverweisung genügend schwerwiegendes Delikt wertete, nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe sich damit implizit zur Sanktionsart geäussert. Zudem blieb mit der Einführung der Landesverweisung der Strafrahmen des Tatbestands des Diebstahls unverändert, ebenfalls das Vorgehen zur Ermittlung der schuldangemessenen Strafe. Zur von der Staatsanwaltschaft zusätzlich angesprochenen Verhältnismässigkeit zwischen der ausgefallten Strafe und der Landesverweisung ist festzuhalten, dass einerseits das angesprochene Verhältnis bei einem Wechsel der Sanktionsart nicht verändert würde und andererseits die Landesverweisung mit der Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft dazu führte, die Sanktion zu verschärfen, was dem angesprochenen Verhältnismässigkeitsprinzip gerade zuwiderlaufen würde. Es ist deshalb nicht so, dass eine Strafe mit der Dauer des Landesverweises in absoluten Zahlen im Verhältnis stehen muss. Denn dies wür-

de zu einer generellen Anhebung der tiefen Strafen führen, was mit Art. 47 StGB, wonach das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemisst, nicht vereinbar wäre. Schliesslich ist es aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Landesverweisung mit einer Mindestdauer von fünf Jahren nicht möglich, eine Verhältnismässigkeit im engeren Sinn sicherzustellen (vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 2013 S. 6001 f.). Im vorliegenden Fall ordnete die Vorinstanz allerdings die tiefst mögliche Dauer für den Landesverweis an, weshalb die gegen den Beschuldigten ausgesprochene Strafe, welche sich im unteren Bereich des Strafrahmens befindet, in relativer Hinsicht durchaus als verhältnismässig zur Landesverweisung erscheint. Somit kann auch diesem Argument der Staatsanwaltschaft nicht gefolgt werden.

8.6. Fazit

Zusammenfassend ist gestützt auf die obigen Erwägungen festzuhalten, dass im vorliegenden Fall keine Gründe auszumachen sind, welche eine Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe als zweckmässigere Sanktion erscheinen lassen. Der Beschuldigte ist somit mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu CHF 10.-- zu bestrafen. Die ausgestandene Haft von 44 Tagen ist dem Beschuldigten im Sinne von Art. 51 StGB an die Strafe anzurechnen. Entsprechend diesem Ergebnis ist Ziffer 3 des Dispositivs dahingehend anzupassen, dass die Geldstrafe aufgeschoben wird.

III. Kosten und Entschädigung

9. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb die Kosten für das Berufungsverfahren, inklusive der Kosten für die amtliche Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

10. Der amtliche Verteidiger reichte für das Berufungsverfahren eine Honorarnote im Betrag von CHF 1'004.70 (inkl. MwSt.) ein (Urk. 59). Die geltend gemachten

Aufwendungen sind ausgewiesen und angemessen. Der amtliche Verteidiger ist somit für das Berufungsverfahren, unter Hinzurechnung des Zeitaufwands für das Studium des Urteils, mit CHF 1'200.-- aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte ist schuldig

- des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB
- der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB
- des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB

2. ...

3. ...

4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.

5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.

6. Die anlässlich des Polizeieinsatzes vom 5. Januar 2017 sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich lagernden Gegenstände (Quittung und zwei SIM-Karten [Asservat-Nrn. A010'051'168, A010'051'180 und A010'051'204]) werden dem Beschuldigten freigegeben, sofern er dies binnen 3 Monate seit Rechtskraft verlangt. Ansonsten werden sie der Lagerbehörde zur gutscheidenden Verwendung überlassen.

7. Der Privatkläger wird mit seiner Zivilforderung auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 2'100.- Gebühr Anklagebehörde

Fr. 3'561.40 amtliche Verteidigung durch RA X. _____

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 3'561.40 (inkl. 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

11. (Mitteilungen)
 12. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu CHF 10.--, wovon 44 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
2. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'200.-- amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive der Kosten für die amtliche Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"

6. 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, 4. Juni 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. C. Baumgartner