

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230024-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, lic. iur. B. Amacker und
Ersatzoberrichter lic. iur. R. Amsler sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw A. Donatsch

Urteil vom 29. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. R. Michel,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Diebstahl etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht,
vom 14. Oktober 2022 (GG220008)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Januar 2022 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 50 S. 17 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB sowie
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 90 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Urteil des Strafgerichts Schwyz vom 8. April 2021 für eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten im Rahmen des bedingten Strafvollzugs gewährte Probezeit von 5 Jahren wird um 2.5 Jahre verlängert.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 1'200.-; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 1'000.- Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 5'606.90 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.)Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 5 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 69 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und entsprechend von Schuld und Strafe freizusprechen;
2. Das Strafverfahren sei in Bezug auf den Vorwurf des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB einzustellen;

Eventualiter:

Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB und entsprechend von Schuld und Strafe freizusprechen;

3. Die Kosten des Untersuchungsverfahrens, des erstinstanzlichen und obergerichtlichen Gerichtsverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Der Beschuldigte sei für die zu Unrecht erlittene Haft angemessen zu entschädigen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 56; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

- 1.1. Das vorstehend wiedergegebene Urteil vom 14. Oktober 2022 wurde dem Beschuldigten gleichentags mündlich eröffnet (Prot. I S. 19 ff.). Der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerschaft wurde das Urteilsdispositiv am 18. Oktober

2022 zugestellt (Urk. 43). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 innert Frist Berufung anmelden (Urk. 44). Das begründete Urteil wurde in der Folge den Parteien am 3. Januar 2023 zugestellt (Urk. 47; Urk. 49). Mit Eingabe vom 11. Januar 2023 reichte die Verteidigung fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht ein (Urk. 52).

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2023 wurde der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerschaft Frist angesetzt, um hinsichtlich der Berufung des Beschuldigten Anschlussberufung zu erheben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 54). Mit Eingabe vom 25. Januar 2023 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 56). Die Privatklägerschaft liess sich nicht vernehmen.

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 20. Februar 2023 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, zu einem allfälligen Widerruf der amtlichen Verteidigung Stellung zu nehmen (Urk. 57). Nach eingegangener Stellungnahme vom 10. März 2023 seitens der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 60) wurde mit Präsidialverfügung vom 14. März 2023 vom Widerruf der amtlichen Verteidigung abgesehen (Urk. 62).

1.4. Am 29. Juni 2023 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erschienen ist (Prot. II S. 5). Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 68) – auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 6). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 7 ff.).

2. Umfang der Berufung

2.1. Der Beschuldigte lässt das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich anfechten und beantragt einen Freispruch mit den entsprechenden Nebenfolgen (Urk. 52). Mithin ficht er die Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 und 3 (Strafe), 4 (Verlängerung Probezeit) sowie 6 (Kostenaufgabe) des vorinstanzlichen Urteils an.

2.2. Damit ist lediglich Dispositiv-Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils (Kostenfestsetzung) unangefochten geblieben. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 437 StPO). Im Übrigen steht der angefochtene Entscheid – unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) – zur Disposition.

3. Strafanträge

3.1. Wie die Vorinstanz zurecht annimmt, ist der Inhaber des geschützten Rechtsguts, in casu des Hausrechts, zum Zeitpunkt des strafbaren Verhaltens strafantragsberechtigt gewesen. Denn er wurde als Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsguts durch das strafbare Verhalten im Sinne von Art. 30 Abs. 1 StGB "verletzt" (vgl. DONATSCH, in: DONATSCH/HEIMGARTNER/ISENRING/WEDER, StGB-Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 30 N 7). Dabei handelt es sich beim Hausrecht nicht um ein höchstpersönliches, sondern ein einfaches persönliches Recht, das inhaltlich auf einer sachen-, personen- oder vertragsrechtlichen Beziehung aus privatem und öffentlichem Recht basiert und wie ein Vermögensrecht zu behandeln ist (BSK StGB-DELNON/RÜDY, 2019 Art, 186 N 19; Urteil 6B_960/2017 vom 02.05.2018 E. 1). Bei nicht höchstpersönlichen Rechtsgütern wie dem Hausrecht ist neben dem Träger des angegriffenen Rechtsguts auch derjenige strafantragsberechtigt, in dessen Rechtskreis die Tat unmittelbar eingreift oder dem eine besondere Verantwortung für die Erhaltung des Gegenstandes obliegt (BSK StGB-DELNON/RÜDY, 2019 Art, 186 N 19 PLUS; BGE 144 IV 49 E. 1.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Liegenschaftsverwaltungen in Vertretung der Eigentümerschaft Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs stellen (DONATSCH, in: DONATSCH/HEIMGARTNER/ISENRING/WEDER, StGB-Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 30 N 7; Urteil 6B_960/2017 vom 02.05.2018, E. 1). Sie sind aufgrund ihrer Funktion zur Wahrung des Hausrechts verpflichtet und somit auch ohne schriftliche Vollmacht zur Antragstellung im Namen des Eigentümers bzw. der Eigentümer ermächtigt (BSK StGB-DELNON/RÜDY, 2019 Art, 186 N 20; Urteil 6B_295/2020 E. 1.4.5; BGE 122 IV 207 E. 3c; BGE 118 IV 167 E. 1b; Urteil 6B_924/2016 vom 24.03.2017 E. 4.3). Hingegen sind Liegenschaftsverwaltungen

bei Hausfriedensbruch zum Strafantrag im eigenen Namen nicht berechtigt (Urteil 6B_960/2017 vom 02.05.2018, E. 1, DONATSCH, in: DONATSCH/HEIMGARTNER/ISENRING/WEDER, StGB-Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 30 N 7). Bei Handelsgesellschaften kommt sodann auch ein Generalbevollmächtigter als Strafantragsberechtigter infrage (DONATSCH, in: DONATSCH/HEIMGARTNER/ISENRING/WEDER, StGB-Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 30 N 8).

3.2. In casu hat die B._____ AG als Tochtergesellschaft der C._____ (Eigentümerin des Einkaufszentrum D._____ [vgl. Urk. 40/3]) den Betrieb des Einkaufszentrums übernommen (vgl. Urk. 40/3). Deren Leiterin der Hausleitzentrale hat im Namen der B._____ AG Strafantrag betreffend das D._____ gestellt (Urk. D2/4). Wie aufgezeigt, kann die Liegenschaftsverwaltung bzw. die Betreiberin des Einkaufszentrums, welche nicht Hauseignerin ist, nicht im eigenen Namen Strafantrag stellen. Somit liegt kein gültiger Strafantrag vor.

3.3. Sodann hat E._____ mit Funktion "GF" für Geschäftsführung für die Geschädigte "F1._____ AG" Strafantrag betreffend die F1._____ -filiale gestellt (Urk. D2/5). Wie die Vorinstanz bereits aufzeigte, wurde im Strafantrag fälschlicherweise die "F1._____ AG" anstelle der "F2._____ AG" als Geschädigte aufgeführt (Urk. 50 S. 4). Einerseits ist mithin die Bezeichnung der Geschädigten fehlerhaft. Überdies ist aus dem Handelsregistereintrag der F2._____ AG ersichtlich, dass E._____ im Zeitpunkt der Antragsstellung keine Zeichnungsberechtigung für die F2._____ AG hatte (Urk. 67). Entsprechend liegt auch hier kein gültiger Strafantrag vor.

3.4. Nachdem in Bezug auf die vorgeworfenen Hausfriedensbrüche keine gültigen Strafanträge vorliegen, mithin jeweils eine Prozessvoraussetzung fehlt, ist das Verfahren diesbezüglich einzustellen.

4. Formelles

4.1. Soweit nachfolgend auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen wird, erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO

(vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_570/2019 vom 23. September 2019, E. 4.2, m.w.H.), auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

4.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7, mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit in der Begründung auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

II. Sachverhalt

1. Der Beschuldigte zeigt sich geständig, am 30. Juni 2021 beim Verkaufstand der Firma "G._____" eine Sonnenbrille der Marke Gucci behündigt und den Verkaufstand verlassen zu haben, ohne die Sonnenbrille zu bezahlen (Urk. 2 F/A 34 f., 41; Urk. 3; Urk. 20 F/A 6, 10; Prot. I S. 11; Urk. 39 S. 1; Urk. 68 S. 6). Der Vorgang ist überdies auf den Aufnahmen der Überwachungskameras des Einkaufszentrums sowie dem aktenkundigen Fotobogen dokumentiert (Urk. 4; Urk. 28).

2. Der Beschuldigte stellt sich aber vor Vorinstanz [*sowie im Berufungsverfahren*] auf den Standpunkt, die Marke Gucci nicht zu kennen und ein Preisschild von Fr. 240.– gesehen zu haben (Prot. I S. 10 f., 16; Urk. 68 S. 6). Mithin bestreitet er den in der Anklageschrift aufgeführte Wert der entwendeten Sonnenbrille sowie den Umstand, dass er gewusst habe, dass es sich um eine teure Markensonnenbrille handelte.

3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten führt hierzu insbesondere aus, sowohl die Marke "Gucci" als auch der anlagegemässe Wert der entwendeten Sonnenbrille sei nicht erstellt. Eine verbindliche Anerkennung sei gestützt auf diese willkürlich aufgestellte Behauptung nicht möglich (Urk. 39 S. 2 ff.; Urk. 69 S. 2 ff.). Sodann beanstandet er, dass die "F1._____" AG – welche gar nicht existiere – als Geschädigte aufgeführt wird. Die Sonnenbrille sei vom Verkaufstand der eigenständigen Firma "G._____" entfernt worden; entsprechend sei – wenn überhaupt – diese geschädigt worden (Urk. 39 S. 2 f.; Urk. 69 S. 4).

4. Der Wert der entwendeten Sonnenbrille der Marke Gucci von Fr. 425.– wurde von der Polizei gemäss Polizeirapport vom 6. Juli 2021 erhoben, zusammen mit der weiteren Beschreibung (Farbe grau; polarisiert; Einheitsgrösse [58 15]; Urk. 1 S. 5). Gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung kann auf solche einfachen im Polizeirapport von Polizeibeamten festgehaltenen Tatsachen abgestellt werden (Urteil 6B_685/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1; Urteil 1B_96/2015 vom 17. Juli 2015 E. 2). Anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme bejahte der Beschuldigte die Frage, ob er geständig sei, am 30. Juni 2021 den Diebstahl einer Sonnenbrille der Marke Gucci im Wert von Fr. 425.– begangen zu haben (Urk. 2 F/A 41). Der geltend gemachte Wert der entwendeten Sonnenbrille wurde dem Beschuldigten mithin bereits zu Beginn der Untersuchung explizit vorgehalten. Die Frage, ob er den Verkaufswert dieser Sonnenbrille kenne, verneinte er und führte aus, er habe gedacht, sie sei Aktion, da sie draussen am Verkaufsstand gewesen sei (Urk. 2 F/A 29). Sodann wurde der Beschuldigte gefragt, ob er am 30. Juni 2021 finanziell in der Lage gewesen wäre, für die Sonnenbrille im Wert von Fr. 425.– zu bezahlen, was er mit "Sicher nicht" quittierte (Urk. 2 F/A 47). Entsprechend waren bereits anlässlich der ersten Befragung des Beschuldigten sowohl die Marke als auch der Wert der entwendeten Sonnenbrille mehrfach Thema. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme beanstandete der Beschuldigte sodann auf Vorhalt des Anklagevorwurfs lediglich das Hausverbot für das D.____; in Bezug auf den vorgeworfenen Diebstahl hatte der Beschuldigte keine Einwände (Urk. 20 F/A 10 ff.). Gleiches gilt bezüglich seiner Einsprache gegen den Strafbefehl vom 7. Juli 2021; darin wendete sich der Beschuldigte nicht gegen die Sachverhaltsdarstellung; vielmehr bekundete der Beschuldigte Reue und Einsicht und zielte auf eine mildere Strafe sowie Erlass der Verfahrenskosten ab (Urk. 13). Brachte der Beschuldigte schliesslich erstmals im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung – und im Widerspruch zu seinen bisherigen Aussagen – vor, die Marke Gucci nicht zu kennen und ein Preisschild von Fr. 240.– gesehen zu haben (Prot. I S. 10 f., 16; vgl. auch Urk. 68 S. 6), sind diese Depositionen unter den konkreten Umständen als reine Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Diese Schlussfolgerung wird dadurch unterstrichen, dass der Beschuldigte eine Vorstrafe aufweist, bei welcher er in einen Diebstahl einer Gucci-

ci Handtasche aus dem K._____ SA in H._____ im Wert von über Fr. 10'000.– verwickelt war (vgl. Prot. I S. 13; Urk. 22/6/2 und Urk. 22/6/41; Urk. 22/10.2.003 F/A 26). Schliesslich ist auf der Videoaufnahme sowie in der Fotodokumentation ersichtlich, dass der Beschuldigte die Brille mehrere Sekunden am Verkaufsstand mit der Überschrift "Gucci" sowie in der Hand haltend genau betrachtete, bevor er sie im Jackett-Ärmel verschwinden lässt (Urk. 28; Urk. 4), was klar dafür spricht, dass ihm die Marke der Brille sowie deren Preis – wie vorgeworfen – bekannt war. Auch wenn das Motiv für sein Aussageverhalten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung offen gelassen werden kann, sind die Überlegungen der Vorinstanz, dass letztere Aussage des nunmehr amtlich verteidigten Beschuldigten vor Schranken mit Blick auf den privilegierten Straftatbestand des geringen Vermögensdelikts gemäss Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB erfolgt sein könnte (Urk. 50 S. 6), nicht von der Hand zu weisen.

5. Gestützt auf die obigen Ausführungen kann auf die Angaben im Polizeirapport in Kombination mit den Zugeständnissen des Beschuldigten in der Untersuchung, auf welche abzustellen ist, die Kenntnis der Marke "Gucci" sowie des Werts von Fr. 425.– der entwendeten Sonnenbrille rechtsgenügend erstellt werden.

6. Daran ändert nichts, dass gemäss einem Internetausdruck in den Akten das entsprechende Modell am 5. Juli 2021 auf G._____.com für Euro 290.– für Online-Einkäufe in Deutschland (vgl. Urk. 4 S. 8), und gemäss den Recherchen der Verteidigung das gleiche Modell in schwarz am 12. Oktober 2022 auf der Internetseite www.l._____.ch für Fr. 182.90 (Urk. 40/1) bzw. auf www.j._____.com mit einem Rabatt von -39% für Fr. 164.– angeboten wurde (Urk. 40/2). Das entsprechende Modell wurde bei der F2._____ AG im Deliktszeitpunkt für Fr. 425.– angeboten, was ausreichend zu begründen vermag, von diesem Marktwert auszugehen; dies hat der Beschuldigte denn auch gewusst bzw. zumindest in Kauf genommen.

7. Entsprechend ist für die rechtliche Würdigung auf den Anklagesachverhalt betreffend Diebstahl abzustellen.

8. Schliesslich ist die Rüge der Verteidigung, es sei eine falsche Geschädigte, welche nicht existiere, in die Anklage aufgenommen worden (Urk. 39 S. 2 f.; Urk. 69 S. 4), womit sie indirekt eine Verletzung des Anklageprinzips geltend macht, unbegründet. Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 143 IV 63 E. 2.2 mit Hinweisen). Die Anklage umschreibt das vorgeworfene Verhalten, die Entwendung der Sonnenbrille vom Verkaufsstand G.____, genügend konkret (Urk. 24 S. 6). Mit Blick auf die Informationsfunktion war dem Beschuldigten hinreichend klar, was ihm vorgeworfen wird. Dass und inwiefern eine wirksame Verteidigung nicht möglich sein soll, ist weder aufgezeigt noch erkennbar.

III. Rechtliche Würdigung

Nachdem der Anklagesachverhalt in Bezug auf den Diebstahl erstellt ist und der Beschuldigte mithin alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB erfüllt hat, ist er entsprechend – in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids – schuldig zu sprechen.

IV. Strafzumessung

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten anklagegemäss schuldig gesprochen und eine unbedingte Freiheitsstrafe von 90 Tagen ausgefällt (Urk. 50 S. 17).

1.2. Die Staatsanwaltschaft hat im Berufungsverfahren einen Bestätigungsantrag des vorinstanzlichen Urteils gestellt (Urk. 56).

1.3. Die zu beurteilende Tat beging der Beschuldigte nach dem Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des

Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts; AS 2016 1249), entsprechend ist sie nach neuem Recht zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1 StGB).

1.4. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB und die an sie gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 313 E. 1.1; BGE 217 E. 2.2 und E. 3; BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; je mit Hinweisen). Darauf sowie auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 50 S. 11 ff.) kann verwiesen werden.

2. Wahl der Sanktionsart/Strafrahmen

2.1. Das Gericht trägt bei der Wahl der Strafart dem Verschulden des Täters, der Zweckmässigkeit der Strafe, ihren Auswirkungen auf die Täterschaft und auf ihr soziales Umfeld sowie ihrer Wirksamkeit unter dem Gesichtswinkel der Prävention Rechnung (BGE 147 IV 241 E. 3.2; Urteil 6B_658/2021 vom 27. Januar 2022 E. 2.3.1; je mit Hinweisen).

Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2; Urteil 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2; je mit Hinweis).

Die Geldstrafe stellt die Hauptsanktion dar (BGE 134 IV 97 E. 4.2.2). Sie wiegt als Vermögenssanktion prinzipiell weniger schwer als ein Eingriff in die persönliche Freiheit (BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2.2). Am Vorrang der Geldstrafe hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung festgehalten (BGE 144 IV 217 E. 3.6 mit Hinweisen). Art. 41 StGB statuiert diese Priorität. Eine kurze Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen ist unter anderem zulässig, wenn eine solche geboten erscheint, um den Tä-

ter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB).

Stehen verschiedene Strafarten zur Wahl, bildet mithin das Verschulden des Täters zwar nicht das entscheidende Kriterium. Es ist aber gleichwohl adäquat einzuschätzen. Nur wenn sowohl eine Geldstrafe wie eine Freiheitsstrafe in Betracht kommen und beide Strafarten in äquivalenter Weise das Verschulden sanktionieren, ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgend der Geldstrafe die Priorität einzuräumen (Urteil 6B_93/2022 vom 24. November 2022 E. 1.3.8 mit Hinweisen).

2.2. Der Beschuldigte hat (teilweise einschlägige) Vorstrafen: Am 19. November 2013 wurde er wegen Betrugs und mehrfachen betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetrugs zu einer bedingten Geldstrafe von 155 Tagessätzen sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft, wobei die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde. Diese Probezeit wurde wegen Nichtbewährung um ein Jahr verlängert, da er am 13. März 2015 wegen mehrfacher Drohung zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 300.– verurteilt wurde. Schliesslich wurde der Beschuldigte mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 8. April 2021 wegen mehrfacher Gehilfenschaft zu Diebstahl zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt, wobei die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt wurde (Urk. 53). Der Beschuldigte liess sich durch die früheren Untersuchungs- und Gerichtsverfahren, die ausgefallten Strafen (Freiheitsstrafe, Geldstrafen und Bussen) sowie die ausgestandene Untersuchungshaft von 15 Tagen nicht von weiterer Delinquenz abhalten. Bemerkenswert ist weiter, dass der Beschuldigte, nachdem er zu einer bedingten halbjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, den zu beurteilenden Diebstahl nur knapp drei Monaten später verübte. Der drohende Vollzug der Freiheitsstrafe und eine fünfjährige Probezeit vermochten den Beschuldigten nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten. Sein Verhalten offenbart letztlich eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber Rechtsnormen. Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Zweifel an der spezialpräventiven Wirkung einer Geldstrafe. Daran vermag die zum Ausdruck gebrachte Einsicht und Reue (vgl. Urk. 13) nichts Wesentliches zu ändern. Dabei wird nicht verkannt, dass sich der Beschuldigte in der Vergangenheit nicht nur von Geldstrafen

und Bussen, sondern auch von einer Freiheitsstrafe nicht erkennbar beeindruckt liess. Deshalb beiden Strafarten die Zweckmässigkeit abzuspochen, würde hingegen zu kurz greifen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Freiheitsstrafe gegenüber einer Geldstrafe geeigneter ist, sich spürbar auf den Beschuldigten auszuwirken, ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen und damit unter dem Gesichtswinkel der Prävention wirksam zu sein. Eine Geldstrafe, die grundsätzlich auch mittellosen und zahlungsunwilligen Tätern offensteht (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3; Urteile 6B_1027/2019 vom 11. Mai 2020 E. 1.2.3; 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.; je mit Hinweisen), ist hier nicht zweckmässig. Bei separater Beurteilung des Diebstahls scheint es geboten, dafür eine Freiheitsstrafe auszufällen, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen und Vergehen abzuhalten. Im Ergebnis ist mithin der Vorinstanz zuzustimmen (Urk. 50 S. 11 f.).

2.3. Das Gesetz sieht für den Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe führen nur bei aussergewöhnlichen Umständen dazu, die Grenzen des ordentlichen Strafrahmens zu verlassen und diesen nach oben oder unten zu erweitern (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen). Dies entspricht konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung (anstatt vieler: BGE 142 IV 265 E. 2.4.5 S. 272 f.; Urteil 6B_918/2020 vom 19. Januar 2021 E. 6.4.1), wobei das Bundesgericht darauf zurückzukommen scheint (BGE 148 IV 96 E. 4.8 S. 111). Im vorliegenden Fall jedoch kann die Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festgesetzt werden. Strafschärfungsgründe sind aber strafferhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd zu berücksichtigen.

3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Tatkomponente Diebstahl

3.1.1. Bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Wert der entwendeten Sonnenbrille nur leicht über dem Grenzwert zum geringfügigen Vermögenswert liegt. Wie die Vorinstanz festhält, war die

kriminelle Energie, welche der Beschuldigte aufwendete, nicht hoch, auch wenn das Vorgehen des Beschuldigten eine gewisse Professionalität erkennen lässt, zumal nur bei genauerem Hinschauen auf der Videoaufzeichnung ersichtlich ist, wie er – als er sich versichert hatte, dass die Verkäuferin anderweitig beschäftigt war – die Sonnenbrille geschickt im Ärmel seines Jacketts verschwinden und dabei es so aussehen liess, als würde er die Brille zurück an den Brillenständer hängen (Urk. 3 f.; Urk. 28). Die objektive Tatkomponente wiegt insgesamt leicht.

3.1.2. Subjektiv handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich und aus finanziellen respektive egoistischen Motiven. Die Vorinstanz erwägt sodann zurecht, dass keine Umstände ersichtlich sind, welche die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten beeinflusst hätten. Zutreffend verneint sie, dass beim zu beurteilenden Diebstahl eine allfällige Kleptomanie eine Rolle gespielt haben könnte, zumal der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben die Sonnenbrille zum persönlichen Gebrauch für die anstehenden Ferien entwenden wollte, somit der Diebstahl nicht wahllos, sondern zu einem bestimmten Zweck erfolgte (Urk. 50 S. 13).

3.1.3. Bei einer Gesamtbetrachtung ist das Verschulden als leicht zu bezeichnen. Damit rechtfertigt sich, die Einsatzstrafe im unteren Bereich des unteren Strafrahmendrittels festzusetzen. Insgesamt erscheint eine Einsatzstrafe von 50 Tagen als begründet.

3.2. Täterkomponente

3.2.1. Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 50 S. 14). Aus den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes.

3.2.2. Straferhöhend zu berücksichtigen sind die mehreren, teilweise einschlägigen Vorstrafen und die Delinquenz während laufender Probezeit. Nur gerade knapp drei Monate nach der Verurteilung zu einer bedingten halbjährigen Frei-

heitsstrafe verübte der Beschuldigte die heute zu beurteilende Tat (vgl. Ziff. II 2.2). Diesen Komponenten ist deutlich strafferhöhend Rechnung zu tragen.

3.2.3. Zum Nachtatverhalten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich erst nach der Konfrontation mit der Fotodokumentation der Videoüberwachungsanlage geständig zeigte (Urk. 2 F/A 22 ff.). Aufrichtige Einsicht und Reue sind nicht ersichtlich. Auch anlässlich der Berufungsverhandlung zeigte der Beschuldigte keine Einsicht in das Unrecht seiner Tat (Urk. 68 S. 8 f.). Mithin kann unter diesem Aspekt, auch mit Blick auf die erdrückende Beweislage, nur eine minime Strafminderung gewährt werden.

3.2.4. Mit der Vorinstanz ist dem Beschuldigten aufgrund seines hohen Alters und seinen gesundheitlichen Problemen eine besondere Strafempfindlichkeit zu attestieren, was leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist (Urk. 50 S. 14; vgl. auch Urk. 61).

3.2.5. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen wirkt sich die Täterkomponente insgesamt leicht strafferhöhend aus.

3.3. Ergebnis

In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 55 Tagen dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

V. Strafvollzug

1. Nach Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Für den bedingten Vollzug nach Art. 42 Abs. 1 StGB genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose, das heisst die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5 f.). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten

verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 144 IV 277 E. 3.2 S. 282 f.; vgl. dazu im Einzelnen: BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5; 134 IV 140 E. 4.5 S. 144; je mit Hinweisen).

2. Die objektiven Voraussetzungen für einen Strafaufschub sind vorliegend erfüllt. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mehrere Vorstrafen aufweist und während laufender Probezeit delinquent hat. Insbesondere die einschlägige und jüngere Vorstrafe des Strafgerichts des Kantons Schwyz weniger als drei Monate vor dem begangenen Diebstahl lässt die Legalprognose des Beschuldigten in keinem günstigen Licht erscheinen. Er hat sich durch die bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe von einem halben Jahr nicht beeindrucken lassen. Die Vorstrafen und die Nichtbewährung bereits zu Beginn der Probezeit zeigen eine Unbelehrbarkeit und gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung. Die Einschätzung der Vorinstanz ist mithin nicht zu beanstanden, wenn sie festhält, unter den gegebenen Umständen werde die gesetzliche Vermutung der günstigen Prognose umgestossen. Es ist sodann nicht erkennbar, dass sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten heute in einem wesentlich günstigeren Licht präsentieren würden. Insbesondere zeigte der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung keine besondere Einsicht oder aufrichtige Reue (Urk. 68). Die Prognose für sein zukünftiges Wohlverhalten fällt deshalb negativ aus. Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen.

VI. Widerruf / Verlängerung Probezeit

1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern.

Die Anforderungen an die Prognose entsprechen denjenigen gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 144 IV 277 E. 3.2; vgl. dazu im Einzelnen: BGE 134 IV 1 E. 4.2.1; BGE 134 IV 140 E. 4.5; je mit Hinweisen).

2. Der Beschuldigte hat während der mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 8. April 2021 angesetzten Probezeit von 5 Jahren delinquent und sich entsprechend nicht bewährt. Unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 1 StPO) fällt der Widerruf ausser Betracht. Angesichts der einschlägigen Delinquenz nur kurze Zeit nach Ansetzung der Probezeit von 5 Jahren ist es ohne weiteres gerechtfertigt, mit der Vorinstanz die Probezeit um die Hälfte, mithin um 2.5 Jahre, zu verlängern.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im erstinstanzlichen Verfahren

1.1. Die Kostenfestsetzung im erstinstanzlichen Verfahren ist in Rechtskraft erwachsen (Ziff. I 2.2).

1.2. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich, die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

1.3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Untersuchung sowie das erstinstanzliche Verfahren sind zur Hälfte definitiv und zur Hälfte einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang der Hälfte gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

2. Im Berufungsverfahren

2.1. Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich).

2.2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO-DOMEISEN, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6).

2.3. Der Beschuldigte strebte mit seiner Berufung einen vollumfänglichen Freispruch an und unterliegt mit seinen Berufungsanträgen betreffend Diebstahl vollumfänglich. Dadurch, dass das Verfahren betreffend den Vorwurf des mehrfachen Hausfriedensbruchs aus prozessualen Gründen einzustellen ist, reduziert sich die auszufällende Strafe. Auch in Bezug auf die Strafform sowie den Strafvollzug sowie weitere Anträge unterliegt der Beschuldigte. Es rechtfertigt sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen die Kosten für die amtliche Verteidigung, dem Beschuldigten zu 2/3 aufzuerlegen und zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind einstweilen zu 2/3 und definitiv zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht bleibt im Umfang von 2/3 vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

2.4. Die amtliche Verteidigung macht im Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 5'623.40 (inkl. MwSt.) geltend. Mit Blick auf die relevanten Bemessungsgrundlagen für das Honorar gemäss § 2 Abs. 1 lit. b AnwGebV, § 17 Abs. 1 lit. a AnwGebV und § 18 Abs. 1 AnwGebV erscheint eine Pauschale von Fr. 4'000.– (zuzüglich MwSt. und Auslagen) im konkreten Fall angemessen. Es rechtfertigt sich daher, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren pauschal und gesamthaft mit Fr. 4'410.75.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Oktober 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

- 1.-4. (...)
 5. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'000.- Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 5'606.90 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 6. (...)
 7. (Mitteilungen)
 8. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren bezüglich des Vorwurfs des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB wird eingestellt.
2. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 55 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.

4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 8. April 2021 an-
gesetzte Probezeit wird mit Wirkung ab heute um 2.5 Jahre verlängert.
6. Die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens, mit
Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldig-
ten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Untersuchung sowie das erst-
instanzliche Verfahren werden zur Hälfte definitiv und zur Hälfte einstweilen
auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldig-
ten bleibt im Umfang der Hälfte gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 4'410.75 amtliche Verteidigung

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der
amtlichen Verteidigung, werden zu 2/3 dem Beschuldigten auferlegt und zu
1/3 auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichts-
kasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im
Umfang von 2/3 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 (versandt)
- die Privatklägerin F2._____ AG (versandt)

(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/DNA mit Formular A und Formular B
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, KDM - ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- das Strafgericht des Kantons Schwyz in die Akten Nr. SGO 2020 42 unter Hinweis auf die Dispositiv-Ziffer 5

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, 29. Juni 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ch. Prinz

MLaw A. Donatsch

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.