

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB170047-O/U/cw

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Oberrichterinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

## Urteil vom 8. November 2017

in Sachen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Joho,  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

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

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Diebstahl**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom  
9. Dezember 2016 (GB160016)**

**Anklage:**

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 31. August 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 20 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 900.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'200.– Gebühr für die Strafuntersuchung  
Fr. 4'092.75 amtl. Verteidigungskosten  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. 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.

**Berufungsanträge:**

- a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:  
(Urk. 75/2 S. 2)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland gegen das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 9. Dezember 2016 (Geschäfts-Nr. GB160016) sei vollumfänglich abzuweisen und

das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 9. Dezember 2016 sei vollumfänglich zu bestätigen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und der amtliche Verteidiger sei für das Berufungsverfahren gemäss eingereicherter Honorarnote (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland:

(Urk. 64 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon 20 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 9. Dezember 2016 wurde der Beschuldigte des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wobei 20 Tagessätze durch Haft erstanden sind, bestraft. Weiter regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 62 S. 11 f.).

2.1 Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 7) meldete die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland am 14. Dezember 2016 rechtzeitig Berufung an (Urk. 57; Art. 399 Abs. 1 StPO). Am 31. Januar 2017 versandte die Vorinstanz das begründete Urteil an die Parteien (vgl. Urk. 61) und übermittelte in der Folge die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht (Urk. 63).

2.2 Mit Eingabe vom 13. Februar 2017 reichte die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland fristwährend die Berufungserklärung ein (Urk. 61; Urk. 64; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO). Gleichzeitig wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens beantragt (Urk. 64 S. 2 und S. 4). Mit Präsidialverfügung vom 20. Februar 2017 wurde dem Beschuldigten eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist zur Anschlussberufung oder für einen Nichteintretensantrag angesetzt. Ausserdem wurde der Beschuldigte mit derselben Verfügung ersucht, mitzuteilen, ob er mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden sei und unter Hinweis auf sein Aussageverweigerungsrecht aufgefordert, ein Datenerfassungsblatt auszufüllen und seine finanziellen Verhältnisse zu belegen (Urk. 66). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 13. März 2017 erklären, mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden zu sein (Urk. 68). Der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland wurde daher mit Präsidialverfügung vom 16. März 2017 Frist angesetzt, um

die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen oder um auf die bereits vorliegende Berufungserklärung zu verweisen. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass davon ausgegangen werde, dass die Berufungserklärung auch als Berufungsbegründung gelte, sofern innert Frist keine schriftliche Eingabe der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland eingehe (Urk. 69). Nachdem keine weitere Eingabe einging, wurde dem Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 19. April 2017 eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und es wurde ihm Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt. Die Vorinstanz erhielt Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung (Urk. 71), wobei sie auf eine solche verzichtete (Urk. 74). Nach einmal erstreckter Frist kam der Beschuldigte der Aufforderung zur Einreichung der Berufungsantwort mit Eingabe vom 14. Juni 2017 rechtzeitig nach (Urk. 73; Urk. 75/2). Gleichzeitig ging das ausgefüllte Datenerfassungsblatt zu den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten beim Gericht ein (Urk. 77). Das Doppel der Berufungsantwort des Beschuldigten wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2017 zugestellt und es wurde ihr Frist zur freigestellten Vernehmlassung zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 79). Eine entsprechende Vernehmlassung ging am 30. Juni 2017 bei der erkennenden Kammer ein (Urk. 81). Diese wurde dem Beschuldigten anschliessend mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2017 unter Ansetzung einer Frist zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 82). Die in der Folge durch die Verteidigung am 14. Juli 2017 erstattete Vernehmlassung wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland mit Präsidialverfügung vom 19. Juli 2017 zugestellt (Urk. 84; Urk. 86).

## II.

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Die Berufung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland richtet sich gegen das Strafmass sowie die Art der ausgefallten Strafe (Urk. 64 S. 2). Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen ist der vorinstanzliche Entscheid damit hinsichtlich der Dispositiv-

ziffern 1 (Schuldspruch) sowie 4 und 5 (Kostendispositiv), was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

### III.

1.1 Der Beschuldigte beging den vorliegend zu beurteilenden Diebstahl bevor er mit Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 26. August 2016 wegen Diebstahl und Hausfriedensbruch zu einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen, mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, Amt der Region Oberwallis, Visp, vom 6. Januar 2017 wegen Fälschung von Ausweisen und rechtswidriger Einreise zu einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten sowie mit Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 16. Januar 2017 wegen Diebstahl und Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe von 55 Tagen verurteilt wurde (Urk. 78). Es ist daher zu prüfen, ob für das vorliegende Delikt eine Zusatzstrafe zu diesen Strafbefehlen auszufällen ist.

1.2 Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Somit soll das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, über die zeitlich zusammen hätte befunden werden können, nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden. Die Zusatzstrafe gleicht dementsprechend die Differenz zwischen der ersten Einsatz- oder Grundstrafe und der hypothetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre (BGE 132 IV 102, E. 8.1 ff.; BGE 142 IV 265 E. 2.3.1 ff.). Massgeblich für die Anwendung des Asperationsprinzips im Berufungsverfahren ist dabei, ob die zweite Tat bzw. die weiteren Taten vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren verübt wurden (BGE 138 IV 113 E 3.4.3). Das ist vorliegend der Fall; der Beschuldigte beging die Delikte, die

den erwähnten Strafbefehlen zugrundeliegen zwischen dem 4. August und dem 15. November 2016 (Urk. 78).

1.3 Bedingung für eine Zusatzstrafe ist aber, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich. Die Bildung einer Gesamtstrafe – und mithin einer Zusatzstrafe – ist also nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57, E. 4.3.1.; BGE 142 IV 265, E. 2.3.2). Im Hinblick auf die Frage, ob Art. 49 Abs. 1 und 2 StGB überhaupt zur Anwendung gelangt, ist demnach für jedes einzelne Delikt eine Strafzumessung vorzunehmen, die auf der Hypothese beruht, dass es sich dabei um das einzige Delikt handelt.

1.4 Da für die heute zu beurteilende Tat aus noch darzulegenden Gründen eine Geldstrafe auszufällen ist (vgl. Erw. III.3.6.3) und somit keine gleichartigen Strafen vorliegen, sind die Voraussetzungen zur Ausfällung einer Zusatzstrafe nicht gegeben.

2.1 Für den Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB sieht das Gesetz eine Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Aussergewöhnliche Umstände, die es angezeigt erscheinen lassen, diesen Strafrahmen im vorliegenden Fall zu verlassen, bestehen nicht (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). Die Strafe ist vorliegend innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu bemessen.

2.2 Innerhalb des Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird dabei nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt,

wie weit dieser nach den gesamten Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden. Bei der Tatkomponente ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen und zu bewerten. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie aufgrund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wurde. Ebenfalls von Bedeutung ist die kriminelle Energie sowie ein allfälliger Versuch, wobei ein solcher nur dann verschuldensrelativierend wirkt, wenn der Täter aus eigenem Antrieb zurückgetreten ist. Ansonsten ist ein Versuch als verschuldensunabhängige Tatkomponente strafreduzierend zu berücksichtigen. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Dabei ist gegebenenfalls insbesondere auch einer verminderten Schuldfähigkeit und dem Handeln in Notwehr- exzess verschuldensmindernd Rechnung zu tragen. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere Reue und Einsicht oder ein Geständnis (BGE 123 IV 49 E. 2; BGE 136 IV 55).

3.1 Hinsichtlich der objektiven Tatkomponente ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte Kleidungsstücke im Gesamtwert von Fr. 415.90 entwendete. Aus diesem Grund liegt keine Geringfügigkeit des Delikts im Sinne von Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB mehr vor. Die Schwelle der Geringfügigkeit, welche bei Fr. 300.– liegt (BGE 123 IV 197, E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B\_217/2012 vom 20. Juli 2012, E. 4.3), wurde jedoch nur knapp überschritten. Bei den entwendeten Kleidungsstücken handelte es sich zwar um Markenbekleidung, aber nicht um Waren, welche für die Geschäftsinhaber nur sehr schwer hätten wiederbeschafft werden können. Während sich der Beschuldigte im Ladenlokal aufhielt, war er sehr auffällig gekleidet. So trug er unter anderem ein Headset im Ohr, eine Schirmmütze sowie eine schwarze Sonnenbrille mit einem schwarzen Halterband um den Kopf, obwohl er sich im Innern eines Einkaufszentrums befand. Insbesondere fiel er aber dadurch auf, dass er sich eine Jacke locker über seine rechte Schulter und

über seinen rechten Arm gelegt hatte. Wie die Staatsanwaltschaft zwar zurecht ausführt (Urk. 64 S. 2; Urk. 81 S. 2), zeigt sich durch die gekonnte Entfernung der Diebstahlssicherungen an den entwendeten Kleidungsstücken eine gewisse Übung des Beschuldigten in Bezug auf den Ladendiebstahl. Insbesondere in Anbetracht seines auffälligen Erscheinungsbildes tritt dieser Umstand jedoch in den Hintergrund. Dass sich der Beschuldigte offensichtlich damit auskannte, wie Kleidungsstücke aus einem Laden entwendet werden können, ohne dass ein Alarm ausgelöst wird zeigt zwar, dass er nicht bloss aus dem Moment heraus, sondern geplant und mit einer gewissen Professionalität vorging. Sein Verhalten bei der Auswahl der Kleidungsstücke sowie seine Kleidung lassen entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft und entsprechend dem Vorbringen der Verteidigung aber nicht auf eine grosse Professionalität schliessen (Urk. 64 S. 2; Urk. 75/2 S. 5). Auf den Aufnahmen der Überwachungskameras ist zu erkennen, wie ihm die Jacke immer wieder von seiner Schulter entglitt (Urk. 1/9). Aufgrund der offensichtlich unbequemen und unpraktischen Art, die Jacke über nur eine Schulter zu tragen sowie in Anbetracht des Umstands, dass er sie trotz des schlechten Halts immer wieder auf dieselbe Weise richtete, wäre für Beobachter unschwer zu erkennen gewesen, dass er die Jacke zu einem bestimmten Zweck so trug. Aufgrund der Kombination mit der Sonnenbrille, der Schirmmütze und dem Headset war für den Ladendetektiv, welcher den Beschuldigten schliesslich nach Verlassen des Geschäfts kontrollierte (Urk. 1/1 S. 2), keine grosse Erfahrung nötig, um auf den Beschuldigten aufmerksam zu werden und um erkennen zu können, dass er das Ziel verfolgte, Kleidung zu entwenden. Auf den Aufnahmen der Überwachungskameras sind die einzelnen Entwendungshandlungen denn auch problemlos zu erkennen (Urk. 1/9), was ebenfalls nicht auf eine ausgesprochen raffinierte Technik des Beschuldigten schliessen lässt. Eine gewisse Unverfrorenheit zeigt sich hingegen darin, dass er sich trotz seines auffälligen Erscheinungsbildes über einen Zeitraum von rund 20 Minuten im fraglichen Kleidungsgeschäft aufhielt und sich in dieser Zeit unter anderem auch an den Diebstahlssicherungen der Kleidungsstücke zu schaffen machte (Urk. 1/1 S. 4 f.). Dadurch ging er ein sehr hohes Risiko ein, durch eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter des Kleidergeschäfts oder durch einen Ladendetektiv auf den Videoaufnahmen beobachtet und

entdeckt zu werden. Innerhalb des Tatbestands des Diebstahls sind dennoch nicht nur weit dreistere Vorgehensweisen, sondern insbesondere auch höhere Deliktsbeträge denkbar. In objektiver Hinsicht wiegt das Verschulden des Beschuldigten daher leicht.

3.2.1 In Bezug auf die subjektive Tatkomponente fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Auch wenn es sich beim Deliktsgut um Kleidungsstücke in seiner Konfektionsgrösse und nicht um eigentliche Luxusgüter handelte, war seine Tat ausschliesslich finanziell motiviert. Zwar befand sich der Beschuldigte nicht in günstigen finanziellen Verhältnissen, da es sich bei den entwendeten Kleidungsstücken aber nicht um lebensnotwendige Güter handelte, war die Tat auch nicht darauf ausgerichtet, eine prekäre finanzielle Notlage kurzfristig zu überbrücken.

3.2.2 Demzufolge wird das objektive Tatverschulden durch die subjektive Schwere der Tat nicht gemindert. Bei nicht besonders schwerem Verschulden siedelt die schweizerische Praxis in aller Regel die Strafe im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Strafrahmens an. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen, sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19). Ausgehend von der Verschuldensbewertung im konkreten Fall erscheint vor diesem Hintergrund die von der Vorinstanz festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 45 Tagessätzen Geldstrafe oder 45 Tagen Freiheitsstrafe für den Diebstahl als angemessen.

3.3.1 Der Beschuldigte wurde am tt. September 1973 in Tiflis, Georgien, geboren. Dort sei er auch aufgewachsen und zur Schule gegangen. Nach 11 Schuljahren habe er eine Lehre als Koch absolviert. Er habe eine 21-jährige Tochter, die in Georgien lebe. Zum Tatzeitpunkt hielt sich der Beschuldigte als Asylbewerber in der Schweiz auf. Er gab an, wegen politisch unterschiedlichen Meinungen verfolgt worden zu sein. Da er Asylbewerber gewesen sei, habe er auch keiner Arbeitstätigkeit nachgehen können. Finanziell sei er durch seine Schwester, die in Italien lebe, sowie durch seine Familie aus Georgien unterstützt worden. Ausserdem habe er Sozialunterstützung erhalten. Diese sei jedoch direkt

zur Bezahlung der Bussen verbraucht worden. Zu seinem gesundheitlichen Zustand erklärte der Beschuldigte, an Hepatitis C zu leiden (Urk. 1/11/1 S. 6; Urk. 1/11/3 S. 6; Urk. 1/11/4 S. 4; Urk. 1/11/6 S. 8 f.). Gemäss Auskunft des Staatssekretariats für Migration erging gegen den Beschuldigten Mitte August 2016 ein Wegweisungsentscheid. Ein Einreiseverbot sei ihm hingegen nicht auferlegt worden. Als Georgier sei er aber visumpflichtig. Ende November 2016 sei er aus der Schweiz ausgeschafft worden (Urk. 46; Urk. 50/1). In der Folge habe er in Deutschland ein Asylgesuch gestellt (Urk. 45). Er reiste jedoch wieder in die Schweiz ein und wurde insbesondere im Kanton Tessin erneut straffällig. Nachdem er die aufgrund der begangenen Taten ausgefallenen Freiheitsstrafen verbüsst hatte, wurde er am 13. Juli 2017 aus dem Strafvollzug im Kanton Tessin entlassen und gemäss den Angaben der amtlichen Verteidigung mutmasslich dem Migrationsamt zugeführt (Urk. 84 S. 5; Urk. 85/3). Aus der Biografie und den Lebensumständen des Beschuldigten ergibt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes.

3.3.2.1 Dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister des Beschuldigten gehen für den Zeitraum zwischen dem 12. Oktober 2015 und dem 16. Januar 2017 insgesamt 9 Verurteilungen hervor (Urk. 78):

- Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona vom 12. Oktober 2015: Bestrafung mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie zu einer Busse von Fr. 100.– wegen mehrfachen Diebstahl, Hausfriedensbruch, geringfügigem Diebstahl und mehrfacher vorsätzlicher Benützung eines Fahrzeuges ohne Fahrausweis nach Personenbeförderungsgesetz;
- Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 22. Januar 2016: Bestrafung mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 20.– sowie mit einer Busse von Fr. 200.– wegen Hausfriedensbruch und geringfügigem Diebstahl;
- Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 5. April 2016: Bestrafung mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– als

- Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 22. Januar 2016 wegen Diebstahl sowie versuchtem Diebstahl;
- Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 17. Mai 2016: Bestrafung mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– als Teilzusatzstrafe zum Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 5. April 2016 wegen Diebstahl sowie geringfügigem Diebstahl;
  - Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona vom 21. Juli 2016: Bestrafung mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– wegen Überlassen eines Motorfahrzeugs an einen Führer ohne erforderlichen Ausweis, Hausfriedensbruch sowie geringfügigem Diebstahl;
  - Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Bellinzona vom 26. Juli 2016: Bestrafung mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– wegen Diebstahl;
  - Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 26. August 2016: Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen wegen Diebstahl und Hausfriedensbruch;
  - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, Amt der Region Oberwallis, Visp, vom 6. Januar 2017: Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten wegen Fälschung von Ausweisen sowie wegen rechtswidriger Einreise;
  - Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 16. Januar 2017: Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 55 Tagen wegen Diebstahl und Hehlerei.

3.3.2.2 Da der Beschuldigte die mit Strafbefehlen vom 26. August 2016, vom 6. Januar 2017 sowie vom 16. Januar 2017 bestraften Taten nach dem heute zu beurteilenden Diebstahl beging, stellen diese Verurteilungen in Bezug auf das vorliegende Delikt keine Vorstrafen dar. Sämtliche der vor dem 12. August 2016 ergangenen Verurteilungen erfolgten jeweils unter anderem aufgrund begangener Diebstähle. Es liegen somit insgesamt sechs einschlägige Vorstrafen vor. Auch

wenn es sich dabei teilweise lediglich um geringfügige Diebstähle handelte und durchwegs Geldstrafen im Bereich von unter 60 Tagessätzen ausgesprochen wurden, zeigt die Anzahl der Vorstrafen und der kurze Zeitraum, in welchem sie ergingen, eine gewisse Gleichgültigkeit und Unbelehrbarkeit, was die geltende Rechtsordnung betrifft. Wie dies die Staatsanwaltschaft richtigerweise geltend machte (Urk. 64 S. 3), sind diese einschlägigen Vorstrafen daher wesentlich strafe erhöhend zu berücksichtigen.

3.3.3 Der Beschuldigte zeigte sich hinsichtlich des begangenen Diebstahls von Beginn der Untersuchung an geständig (Urk. 1/11/1 S. 2). Hingegen gab er zunächst noch an, keine Diebstahlssicherungen entfernt zu haben (Urk. 1/11/1 S. 3; Urk. 1/11/3 S. 3). Erst auf entsprechenden Vorhalt gestand er auch diesen Umstand ein (Urk. 1/11/3 S. 3). Angesichts der Aufnahmen der Überwachungskameras und in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte nach Verlassen des Verkaufslokals mit der Beute umgehend durch den Ladendetektiv angehalten wurde, blieb für Bestreitungen auch kaum Raum. Aus diesem Grund ist das Geständnis nur marginal strafmindernd zu berücksichtigen.

3.4 Zusammengefasst führt die Täterkomponente aufgrund der strafe erhöhend zu berücksichtigenden einschlägigen Vorstrafen und des lediglich marginal strafmindernd zu berücksichtigenden Geständnisses zu einer deutlichen Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe oder 90 Tage Freiheitsstrafe. Eine Strafe im Bereich von 6 Monaten Freiheitsstrafe, wie dies die Staatsanwaltschaft beantragte (Urk. 64 S. 2), wäre jedoch im Gegensatz zu deren Vorbringen (Urk. 64 S. 3) im Lichte des Verschuldens nicht mehr angemessen. Ein allfälliges Missverhältnis zur Strafe von B.\_\_\_\_\_ (Urk. 64 S. 3) ist hinzunehmen (BGE 6B\_687/2016 E. 1.4.2).

3.5.1 Gemäss Art. 40 StGB kommt eine Freiheitsstrafe in der Regel erst ab einer Strafhöhe von mindestens 6 Monaten überhaupt in Betracht. Zudem wiegt eine Geldstrafe als Vermögenssanktion prinzipiell weniger schwer als ein Eingriff in die persönliche Freiheit (BGE 134 IV 97, E. 4.2.2). Damit auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monate erkannt werden kann, wird gleichzeitig neben der ungünstigen Legalprognose vorausgesetzt, dass die Vollziehbar-

keit einer Geldstrafe oder von gemeinnütziger Arbeit nicht zu erwarten ist (Art. 41 Abs. 1 StGB).

3.5.2 Wie zu zeigen sein wird, können für den Beschuldigten die Voraussetzungen für die Ausfällung einer bedingten Strafe nicht mehr bejaht werden (vgl. Erw. III.4.2). Das Kriterium der ungünstigen Legalprognose im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB ist somit erfüllt. Um vorliegend auf eine Freiheitsstrafe erkennen zu können, dürfte aber ausserdem nicht zu erwarten sein, dass eine Geldstrafe vollzogen werden könnte. Zwar stellt der Umstand, dass bezüglich den Beschuldigten ein migrationsrechtlicher Wegweisungsentscheid erging und er sich derzeit nicht mehr im Strafvollzug im Kanton Tessin befindet, ein mögliches Hindernis einer zwangsweisen Vollstreckung der Geldstrafe dar. Eine rechtskräftige Wegweisung im Urteilszeitpunkt bildet jedoch noch keinen absoluten Ausschlussgrund (TRECHSEL/KELLER, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., 2013, Art. 41 N 3). Bereits die Vorinstanz wies diesbezüglich richtigerweise darauf hin, dass sich diese Problematik auch hinsichtlich des Vollzugs einer allfälligen Freiheitsstrafe stellen würde (Urk. 62 S. 8 f.). Die dem Beschuldigten bisher auferlegten Geldstrafen wurden jeweils bezahlt (Urk. 1/11/3 S. 5; Urk. 85/3). Zudem kündigte die Schwester des Beschuldigten bereits an, ihm bei der Abzahlung der für dieses Verfahren auszusprechenden Strafe zu helfen (Prot. I S. 7). Die zwangsweise Vollstreckung einer Geldstrafe gegen den Beschuldigten mag folglich zwar fraglich sein, in Anbetracht dessen, dass die bisherigen Geldstrafen des Beschuldigten beglichen wurden, sowie aufgrund der in Aussicht gestellten Hilfe seiner Schwester bestehen aber Anhaltspunkte, dass eine Bezahlung einer in diesem Verfahren auszufällenden Geldstrafe ausserhalb einer Zwangsvollstreckung erfolgen wird. Dies gilt umso mehr, da sich die allfällig zu leistende Geldstrafe um den bereits durch Untersuchungshaft erstandenen Anteil von 20 Tagessätzen reduzieren würde. Der Vollzug einer allfälligen Freiheitsstrafe wäre nicht wahrscheinlicher als die Bezahlung einer allfälligen Geldstrafe ausserhalb einer Zwangsvollstreckung. Die erneute mehrfache Delinquenz trotz erstandener Untersuchungshaft lässt es zudem fraglich erscheinen, ob sich eine kurze Freiheitsstrafe im Fall des Beschuldigten gegenüber einer Geldstrafe als spezialprä-

ventiv überlegen erweisen würde. Vor diesem Hintergrund besteht mit der Vorinstanz kein zwingender Grund, um vom Primat der Geldstrafe abzuweichen.

3.6.1 Bei der Bestimmung der Höhe des Tagessatzes gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB ist in der Regel vom Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter im Zeitpunkt des Urteils durchschnittlich erzielt (vgl. BGE 134 IV 60, E. 6.1 S. 68 ff. mit Hinweisen). Die Geldstrafe soll auch für Mittellose zur Verfügung stehen (BGE 134 IV 60, E. 5.4 S. 66 ff. mit Hinweisen). Um der schlechten finanziellen Situation Rechnung zu tragen, ist der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, daher in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint (vgl. BGE 134 IV 60, E. 6.5.2 mit Hinweisen).

3.6.2 Der Beschuldigte ist gemäss dessen letzten bekannten Angaben nach wie vor arbeitslos und wird durch Verwandte sowie durch Sozialleistungen unterstützt (Urk. 1/11/1 S. 6; Urk. 1/11/6 S. 8 f.; Urk. 77). Vor dem Hintergrund dieser zweifellos knappen wirtschaftlichen Verhältnisse ist die Tagessatzhöhe auf Fr. 10.– festzusetzen.

3.6.3 Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen. Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 20 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB; Urk. 1/15/1; Urk. 1/15/12).

4.1 Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und 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 (Art. 42 Abs. 1 StGB). Materiell ist demnach das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Aufgrund der vorliegenden Strafhöhe von 90 Tagessätzen Geldstrafe wären die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung

des bedingten Vollzugs erfüllt. Ob für den Beschuldigten auch die materiellen Voraussetzungen bejaht werden können, ist jedoch fraglich.

4.2 Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 5 Jahre vor der heute zu beurteilenden Delinquenz nicht im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt (Urk. 78). Daher gilt grundsätzlich die Vermutung einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB (HUG, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 19. Auflage 2013, Art. 42 N 16). Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden (HUG, a.a.O., Art. 42 N 6). Obwohl der Beschuldigte vor der Begehung dieser Tat nie zu einer 60 Tagessätze Geldstrafe übersteigenden Strafe verurteilt wurde, kann angesichts der Anzahl einschlägiger Vorstrafen nicht mehr von einer günstigen Legalprognose ausgegangen werden. In Bestätigung des angefochtenen Urteils ist die Geldstrafe daher zu vollziehen (Urk. 62 S. 10).

#### IV.

1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Unterliegt die Staatsanwaltschaft, trägt der verfahrensführende Kanton die Kosten (SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 428 N 3). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens daher auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 5'513.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Diese Kosten sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 9. Dezember 2016 bezüglich der Dispositivziffern<sup>1</sup> (Schuldspruch) sowie 4 und 5 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– (wovon 20 Tagessätze durch Untersuchungshaft erstanden sind).
2. Die Geldstrafe wird vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'513.– amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, Obergericht des Kantons Zürich, mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 8. November 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Höchli