

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210222-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Wenker, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Gmünder sowie Gerichtsschreiber MLaw Huter

Urteil vom 1. Februar 2022

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Diebstahl**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 6. Januar 2021 (GB200022)

Strafbefehl:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 15. Juli 2020 (Urk. 10) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Zivilansprüche der Privatklägerin werden auf den Zivilweg verwiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.–; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.
7. Das Bussendepositum in Höhe von Fr. 1'200.– wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 41 S. 2; Urk. 50 S. 2)

1. Die Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Dispositiv-Ziffer 4 sei aufzuheben und die Zivilansprüche der Privatklägerin seien abzuweisen.
3. Dispositiv-Ziffer 6 sei aufzuheben und die Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Dispositiv-Ziffer 7 sei aufzuheben und das Bussendepositum sei der Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herauszugeben.
5. Der Beschuldigten sei für ihre Aufwendungen der Vorinstanz eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.– zuzusprechen.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigten sei eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 4'500.– zuzusprechen.

Anträge im Eventualstandpunkt:

1. Das Verfahren sei einzustellen.
2. Eventualiter sei von einer Strafe abzusehen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 45, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach sprach die Beschuldigte am 6. Januar 2021 des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte sie mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– bei einer Probezeit von 2 Jahren. Die Zivilansprüche der Privatklägerin verwies es auf den Zivilweg. Schliesslich auferlegte die Vorinstanz die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens der Beschuldigten und verwendete das Bussen-depositum der Beschuldigten zur (teilweisen) Deckung der Verfahrenskosten (Urk. 38, S. 19 ff.). Gegen dieses Urteil meldete der (neue) erbetene Verteidiger der Beschuldigten mit Schreiben vom 7. Januar 2021 fristgerecht Berufung an (Urk. 31). In seiner ebenfalls fristgerecht erfolgten Berufungserklärung vom 3. Mai 2021 beantragte der erbetene Verteidiger die Freisprechung der Beschuldigten vom Vorwurf des Diebstahls, die Abweisung der Zivilansprüche der Privatklägerin, das Übernehmen der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf die Staatskasse, die Herausgabe des Bussendepositums an die Beschuldigte und die Zusprechung einer Entschädigung für die Kosten der erbetenen Verteidigung vor erster Instanz in Höhe von Fr. 5'000.– (Urk. 41).

2. Mit Präsidialverfügung vom 4. Mai 2021 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und der Privatklägerin Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland beantragte mit Schreiben vom 5. Mai 2021 die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 45). Die Privatklägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

3. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Nicht angefochten wurde und entsprechend in Rechtskraft erwachsen ist vorliegend nur der Kostenblock (Ziffer 5 des Dispositivs), was mittels Beschlusses festzustellen ist.

4. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien die Beschuldigte in Begleitung ihres erbetenen Verteidigers. Sie liess dabei die eingangs aufgeführten Anträge stellen (Prot. II S. 3 f.). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Tatsächliches

1. Der Beschuldigten wird der Diebstahl von Waren im Wert von Fr. 418.65, begangen am 6. Juni 2019 in der B.____-Filiale im C.____-Zentrum in D.____, vorgeworfen. Die Beschuldigte bestreitet nicht, diese Waren aus der Auslage und von den Regalen behändigt und in eine von ihr mitgebrachte Tragetasche gelegt zu haben. Allerdings vertritt die Beschuldigte den Standpunkt, sie habe diese Waren in der grossen blauen Tragetasche nach dem Einpacken von zwei weiteren von ihr getätigten Einkäufen noch bezahlen wollen. Sie sei aber von einem Security-Mitarbeiter, noch bevor sie diese Waren habe bezahlen können, aufgehalten worden. Damit bestreitet sie in tatsächlicher Hinsicht, dass sie den Willen gehabt habe, einen Diebstahl zu begehen. Dieser Einwand betrifft den subjektiven Tatbestand des Diebstahls. Die Vorinstanz hat deshalb den Sachverhalt hinsichtlich der Frage, ob die Beschuldigte das Deliktsgut noch habe bezahlen wollen, erstellt. Auf diese zutreffenden Ausführungen ist vorab zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 39, S. 7 ff.). Zu ergänzen und zu präzisieren ist das Folgende:

2. Zu den Beweismitteln:

2.1. Bezüglich der Beweismittel ist zu ergänzen, dass auch der Polizeirapport (Urk. 1), die schriftliche Erklärung der Beschuldigten, einen Ladendiebstahl in Höhe von Fr. 418.65 begangen zu haben (Urk. 2/3), sowie das schriftliche Hausverbot der Genossenschaft B.____ Zürich gegen die Beschuldigte, dessen Empfang die Beschuldigte unterschriftlich bestätigte, Urkunden sind, die als Beweismittel herangezogen werden können.

2.2. Bezüglich der Aussagen der Zeugen E.____ und F.____ ist sodann ergänzend festzuhalten, dass ihre ersten, zeitnahen Aussagen vom rapportierenden Kantonspolizisten lediglich im Rapport festgehalten wurden (Urk. 1, S. 3 und

4). Ein schriftliches und von den Aussagenden unterschriebenes Dokument der polizeilichen Zeugeneinvernahmen am 6. Juni 2019 existiert nicht. Anders ist dies bezüglich der ebenfalls noch am 6. Juni 2019 erfolgten ersten polizeilichen Einvernahme der Beschuldigten (Urk. 3/1). Die Aussagen der Zeugen E._____ und F._____ erfolgten sodann nicht unter Gewährung des Teilnahmerechts der Beschuldigten (Art. 147 StPO). Dies war in jenem Zeitpunkt aber auch noch nicht nötig, da die Kantonspolizei Zürich nicht im Auftrag der Staatsanwaltschaft, sondern im selbstständigen Ermittlungsverfahren im Sinne von Art. 306 StPO handelte. Die Staatsanwaltschaft wurde erst nach Erhalt des Rapports tätig. Sollen die Angaben der Auskunftspersonen im polizeilichen Ermittlungsverfahren aber zum Nachteil der beschuldigten Person verwendet werden, muss das Konfrontationsrecht (EMRK Art. 6 Ziff. 3 lit. d) zumindest nachträglich gewährt werden (Zürcher Kommentar StPO-WOLFGANG WOHLERS, Art. 147 N 2). Das Konfrontationsrecht muss dabei nicht nur formell, sondern auch materiell gewährt werden. Der konventionsrechtliche Konfrontationsanspruch verlangt, dass die beschuldigte Person in die Lage versetzt wird, ihr Fragerecht tatsächlich auszuüben und damit die Glaubhaftigkeit einer Aussage infrage stellen zu können. Dies setzt in aller Regel voraus, dass sich die einvernommene Person in Anwesenheit der beschuldigten Person oder ihres Verteidigers (nochmals) zur Sache äussert. In diesem Fall spricht nichts dagegen, im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch auf die Ergebnisse der früheren Beweiserhebung zurückzugreifen. Denn die Frage, ob bei widersprüchlichen Aussagen oder späteren Erinnerungslücken eines Zeugen auf die ersten, in Abwesenheit des Beschuldigten erfolgten Aussagen abgestellt werden kann, betrifft nicht die Verwertbarkeit, sondern die Würdigung der Beweise. Kann sich die einvernommene Person aber offensichtlich nicht mehr an den Vorfall erinnern und sagt entweder gar nicht oder offensichtlich über einen anderen Vorfall aus, wird es der beschuldigten Person verunmöglicht, ihre Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen (BGer 6B_839/2013, Urteil vom 28. Oktober 2014 E. 4.1.2, mit weiteren Hinweisen).

2.3. Die Staatsanwaltschaft hat zwar am 30. Juni 2020 eine parteiöffentliche Einvernahme der beiden Zeugen E._____ und F._____ durchgeführt (Urk. 4/1-2). Die Aussagen der beiden Zeugen anlässlich dieser Einvernahme zeigen jedoch,

dass sie sich mehr als ein Jahr nach dem Vorfall nicht mehr an diesen erinnern konnten. Sie verwechselten die Beschuldigte offensichtlich, indem sie unter anderem ausführten, diese habe sich zunächst zu einer Self-Checkout-Kasse begeben und sei erst danach zu einer bedienten Kasse gegangen, und weiter, sie sei mit einem Kinderwagen unterwegs gewesen und habe die von ihr zu stehlen beabsichtigte Waren in diesem versteckt. Zeugin F._____ führte zudem aus, dass eine Kollegin von ihr der Kundin bei der Self-Checkout-Kasse ("Subito-Kasse") einen Fehlcoupon ausgedruckt habe, weil die Karte der Kundin dort nicht funktioniert habe, und die Kundin dann mit diesem Coupon zu ihr gekommen sei (Urk. 4/2, S. 3). Alles Tatsachen, die offensichtlich nichts mit dem Vorfall mit der Beschuldigten am 6. Juni 2019 zu tun haben, was die Videoaufnahme, der Polizeirapport und die erste polizeiliche Einvernahme der Beschuldigten am Tag der Tat belegen. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Zeugen täglich mit Ladendiebstählen konfrontiert sind. Zudem war die Beschuldigte bei diesen Zeugeneinvernahmen nicht persönlich anwesend (obwohl sie es hätte sein können; Urk. 4/1, S. 1 und 4/2, S. 1), was die Erinnerung an den in Frage stehenden Vorfall zusätzlich erschwert haben dürfte. Anwesend war lediglich ihr Verteidiger. Nachdem sich weder E._____ noch F._____ an diesen Vorfall erinnern konnten, sind ihre Aussagen in den Zeugeneinvernahmen weder zugunsten noch zulasten der Beschuldigten zu verwenden und können auch die ersten, zeitnahen Aussagen bei der Polizei nicht als Personalbeweis berücksichtigt werden.

3. Zur Beweiswürdigung:

3.1. Die Beweisführung hat in casu in jenem Moment anzusetzen, in welchem die Beschuldigte vom Security-Mitarbeiter E._____ angesprochen wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt ist unbestritten, dass die Beschuldigte am 6. Juni 2019 die Waren gemäss den drei in den Akten liegenden Kassenzetteln aus den Auslagen und Regalen der B._____ im C._____ -Zentrum behändigt, in einen Einkaufskorb und zwei Taschen verstaut und an der Kasse einen Teil davon in zwei separaten Zahlungsvorgängen bezahlt hat. Dem Video, das diese Zahlungsvorgänge festhält, ist sodann zu entnehmen, dass die Beschuldigte in besagtem Zeitpunkt nicht mehr von der Kassiererin bedient wurde und diese nach ihr bereits

die Waren von drei weiteren Kundinnen eingelesen und einkassiert hat. Der Bereich, in welchem die Beschuldigte vom Security-Mitarbeiter E. _____ festgehalten wurde, ist im Video nicht mehr sichtbar. Wie eine B. _____-kasse aufgebaut ist, kann jedoch als notorisch angesehen werden. Die konkrete Situation im B. _____ C. _____-Zentrum ist sodann ebenfalls gerichtsnotorisch. Demnach kann festgehalten werden, dass mit der Beschuldigten davon auszugehen ist, dass sie den hinteren Kassenbereich, in welchem die Waren eingepackt werden, noch nicht verlassen hatte. Dass eine Kundin den Bereich direkt bei der Kassiererin, wo die Zahlung erfolgt, bereits vor Abschluss des Kaufs verlässt und im hinteren Kassenbereich schon beginnt, die Waren einzupacken, ist nicht ungewöhnlich, zumal dann nicht, wenn die Kassiererin noch nicht alle Waren der Kundin eingelesen hat. Weiter wird grundsätzlich verlangt, dass die Kundin sämtliche Waren auf dem Kassenförderband platziert, damit die Kassiererin alles richtig einlesen kann. Nicht unüblich ist aber, dass besonders grosse und schwere Waren im Wagen belassen oder von gleichen Waren, die in grösseren Mengen eingekauft werden, nur ein Exemplar auf das Band gelegt wird und die übrigen im Einkaufswagen liegen gelassen werden. Dass eine Kundin sodann während des Einkaufs entscheidet, mehr einzukaufen als ursprünglich geplant, und deshalb nicht mehr alle Einkäufe in der Hand oder dem Einkaufskorb Platz finden, weshalb sie die Sachen auch bereits vor Bezahlung in mitgeführte Taschen verstaut, ist ebenfalls nicht völlig ungewöhnlich. Schliesslich kommt es auch immer wieder vor, dass ein Kunde seine Einkäufe auf verschiedene Rechnungen aufteilen möchte. So kann er zum Beispiel Einkäufe auch für jemand anderen tätigen, und will so den Betrag, den er für diesen aufgewendet hat, von seinen eigenen Einkäufen trennen. Oder er kauft Waren ein, die er zu steuerrechtlich erlaubten Abzügen verwenden will.

3.2. Dies vorausgeschickt, ist der von der Beschuldigten geschilderte Zahlungsvorgang noch einmal genau zu betrachten. Die Beschuldigte hat sehr viele Waren eingekauft (insgesamt 69 Artikel für insgesamt Fr. 514.30). Damit stellt sich die Frage, weshalb sich die Beschuldigte nicht bereits von Anfang an eines Einkaufswagens bedient hat. Dies hätte verhindert, dass sie all diese (nach eigenen Aussagen; Prot. I S. 10) schweren Einkäufe durch den ganzen Laden tragen musste. Ihre diesbezügliche Erklärung, nämlich dass sie sich erst während des

Einkaufs entschieden habe, viele zusätzliche Waren zu kaufen, weil diese, namentlich Schulsachen, Thermoskannen und weitere Sachen für die Kinder in der Ukraine, stark herabgesetzt gewesen seien (Urk. 15, S. 3), ist nicht stichhaltig. Die Kassenzettel weisen aus, dass nur die "Contigo Isolierbecher" auf den halben Preis herabgesetzt waren, alles andere nicht. Nur 8 der 69 Artikel waren Non-Food-Artikel (Schulrucksack, Sportbeutel, Necessaire etc.). Der volumen- und gewichtsmässig grösste Teil des Einkaufs betraf nicht ermässigte Lebensmittel, namentlich Fischprodukte, Käse und Butter. Damit ist bereits die Tatsache, dass die Beschuldigte alle diese Waren zu einem grossen Teil in privaten, von ihr mitgebrachten Taschen verstaute, als ungewöhnlich und erster Hinweis auf einen geplanten Ladendiebstahl zu werten.

3.3. Nämliches gilt sodann für den eigentlichen Zahlungsvorgang. Zu erwarten wäre, dass die Beschuldigte alle von ihr gekauften Waren auf dem Förderband platziert. Wenn sie drei separate Rechnungen möchte, kann sie diese Waren mit den bei jeder Kasse vorhandenen Warentrennern voneinander abgrenzen. Wenn sie gewisse Waren nicht auf das Förderband legt, kann und muss sie dies der Kassiererin sagen, damit sie diese ebenfalls noch erfassen kann. All das machte die Beschuldigte nicht. Im Video ist zu erkennen, wie sie die dritte Tasche, in der sich mengen- und wertmässig der klar grösste Teil ihrer Einkäufe befindet, so unter dem Kassenbereich platziert, dass er von der Kassiererin nicht gesehen werden kann. Entgegen den Vorbringen der Beschuldigten spricht das Hinstellen der Tasche zur Kasse hin dabei nicht gegen eine Diebstahlsabsicht. Ein Wegstellen der Tasche, was aus Sicht der Beschuldigten das wahrscheinliche Vorgehen eines Diebes wäre (Prot. II S. 19), würde der Kassiererin viel eher auffallen, als eine unter dem Kassenbereich versteckte Tasche.

3.4. Sodann bezahlt sie die restlichen Waren aufgeteilt auf zwei Rechnungen. Dass der wert- und mengenmässig grösste Teils der Einkäufe noch nicht bezahlt war, wusste die Kassiererin nicht. Hätte die Beschuldigte, wie von ihr nunmehr behauptet (Prot. II S. 9 f., S. 12, etc.), der Kassiererin von Anfang an gesagt, dass sie noch einen dritten Teil Einkäufe habe, für welchen sie ebenfalls einer separaten Rechnung bedürfe, hätte diese nicht bereits (drei!) andere Kundin-

nen und Kunden bedient, sondern zunächst den Einkauf der Beschuldigten beendet. Die nachgeschobene Behauptung der Beschuldigten, dass sie bereits zu Beginn der Kassiererin gesagt habe, dass sie noch einen dritten Teil an Waren zur Bezahlung habe, ist bereits aus diesem Grunde abwegig. Bei genauer Betrachtung wird deutlich, dass die Beschuldigte in ihren ersten Einvernahmen aber sogar selber angab, dass sie *erst im Moment, als der Security-Mitarbeiter E._____ sie angesprochen habe* (und nicht schon vorher), zu diesem und der Kassiererin gesagt habe, dass sie noch eine dritte Rechnung zu bezahlen habe (vgl. die Aussagen der Beschuldigten in Urk. 3/4, S. 5 f., F/A 33 bis 37). Dass dieser Hinweis auf eine noch zu bezahlende dritte Rechnung nicht vorher erfolgt war, bestätigte die Beschuldigte schliesslich explizit selbst. Auf die Frage der Staatsanwältin: *"Die Kassiererin, Frau F._____, verneinte zudem, dass Sie sie nach Bezahlung der zweiten Rechnung in irgendeiner Art darauf aufmerksam gemacht hätten, dass Sie beabsichtigen, weitere Waren, das heisst eine dritte Rechnung, zu bezahlen. Was sagen Sie dazu?"* antwortete die Beschuldigte: *"Ich habe das nicht gesagt, weil ich gedacht habe, ich verpacke jetzt die Waren der ersten und zweiten Rechnung, damit es keine Unordnung gibt und dann erst den dritten Teil der Waren."* (Urk. 3/4, S. 6 F/A 39). Bei der zweiten staatsanwaltlichen Einvernahme erklärte die Beschuldigte sogar von selbst, sie habe vorgehabt, nach dem Einpacken der ersten beiden Rechnungen zur Kassiererin zu gehen und ihr zu sagen, dass sie noch eine dritte Rechnung hätte (Urk. 15, S. 7 F/A 38). Und auch anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme widersprach die Beschuldigte der vom befragenden Polizisten wiedergegebenen Behauptung der Kassiererin nicht, dass sie erst dann von einer dritten Rechnung gesprochen habe, als sie bereits vom Security Mitarbeiter auf das Nichtbezahlen der Waren in der dritten Tasche hingewiesen worden sei (Urk. 3/1, S. 5 F/A 34). Angesichts dieser Umstände und Aussagen ist die im späteren Verlauf des Verfahrens erfolgte abweichende Behauptung der Beschuldigten widerlegt. Diesen Widerspruch vermochte die Beschuldigte auch an der Berufungsverhandlung nicht nachvollziehbar auflösen. Dass Aussagen falsch protokolliert worden sein könnten, davon zeigte selbst sie sich nicht überzeugt (Prot. II S. 21 f.).

3.5. Damit steht fest, dass die Beschuldigte im Moment, als sie von E. _____ angesprochen wurde, sich und ihre gesamten Waren an der Kassiererin und am Zahlterminal vorbei bewegt hatte, ohne dass die nicht bezahlte Ware der Kassiererin offen (auf dem Förderband oder im Einkaufswagen) präsentiert oder die Kassiererin auf eine noch anstehende dritte Rechnung hingewiesen worden war. An dieser Feststellung ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschuldigte sich noch am Ende des Kassenbereichs aufhielt und theoretisch noch die Möglichkeit hatte, die Kassiererin noch einmal zu adressieren und eine weitere (bisher unterbliebene) Zahlung für Waren zu tätigen. Ein solches Verhalten wäre ohne Diebstahlsabsicht nur erklärbar, wenn man beim Einpacken feststellt, dass man aus Versehen einzelne Waren noch nicht bezahlt hat. Dass die Beschuldigte aber vergisst, die Waren in der grossen prall gefüllten Tasche, mit dem weitaus grössten Teil des Einkaufs, zu bezahlen, ist entgegen der Verteidigung (Urk. 50 Rz. 3) abwegig und nicht als mögliche Sachverhaltsvariante in Betracht zu ziehen. Die Beschuldigte macht dies selbst denn auch zu Recht nicht geltend. Es handelte sich bei den nicht bezahlten Artikeln weiter nicht um besonders grosse oder schwere Waren (wie zum Beispiel mehrere Sechserpackungen Eineinhalbliterflaschen), und es waren auch nicht gleiche Waren, von denen zur Vereinfachung des Einkaufsvorgangs nur eine auf das Band gelegt und auf die anderen hingewiesen wurde. Die Beschuldigte hätte in der konkreten Situation den Inhalt der dritten Tasche auf das Förderband legen oder die Kassiererin explizit auf diesen noch zu bezahlenden Teil des Einkaufs hinweisen müssen, bevor sie sich mit der dritten Tasche in den hinteren Kassenbereich begab. Es handelte sich mengen- und wertmässig um den grössten Teil des Einkaufs. Diesen der Kassiererin vorzuenthalten und in einer verschlossenen privaten Tasche unter dem Kassenband zu platzieren und in den hinteren Kassenbereich zu verschieben, ohne auf diesen hinzuweisen, macht nur Sinn, wenn man diese Waren nicht bezahlen will.

3.6. Die weiteren, von der Beschuldigten nachgeschobenen Begründungen sind sodann einerseits widersprüchlich und andererseits nicht nachvollziehbar. Im Einzelnen:

3.7. Die Beschuldigte erklärt, sie habe in drei Teilrechnungen bezahlen wollen, weil ein Teil der Waren für sie selber bestimmt gewesen sei und sie diese in der Steuererklärung zum Abzug bringen wolle, und ein anderer Teil für humanitäre Hilfe in der Ostukraine (Urk. 3/4, S. 5). Bei dieser Begründung stellte sich bislang die Frage, weshalb man *drei* Rechnungen braucht, wenn *eine* privat *und eine* für die humanitäre Hilfe für die Ostukraine sein soll. Auf diese Ungereimtheit hat die Vorinstanz (zu Recht) hingewiesen (Urk. 38, S. 10). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Beschuldigte nun erstmals geltend, dass die zweite Rechnung für eine Kollegin gedacht gewesen sei (Prot. II S. 13 f.). Dass diese Begründung nur vorgeschoben ist, zeigt sich aber im Verlauf der bisherigen Befragungen. Während zu Beginn zwei Rechnungen privat und nur die dritte für die humanitäre Hilfe in der Ostukraine hätte sein sollen (Urk. 3/4, S. 5), wandelt sich diese Ansicht in der zweiten Befragung zu einer Rechnung privat und zwei Rechnungen für humanitäre Hilfe (Urk. 15, S. 6) und pendelt schliesslich an der Befragung vor Bezirksgericht wieder zur Aufteilung erste und zweite Rechnung privat, dritte Rechnung für humanitäre Hilfe zurück (Prot. I. S. 13).

3.8. Weiter teilte die Beschuldigte die drei Rechnungen nicht konsequent ein und es finden sich zudem dieselben Produkte in sämtlichen Rechnungen. So finden sich auf dem zweiten und dritten Beleg jeweils Butter und auf dem ersten und dritten Rahm-Glace Erdbeer, somit also identische Produkte, deren Aufteilung auf die verschiedenen Rechnungen rein zufällig erscheint. Selbst die Beschuldigte räumte diesbezüglich an der Berufungsverhandlung ein, dass das Rahm-Glace in der dritten Rechnung nicht für die humanitäre Hilfe sondern für sie selber gedacht war (Prot. II S. 15). Die Beschuldigte führte sodann – wie vorstehend bereits erwähnt – aus, dass sie nur deshalb Waren in ihrer Tasche habe transportieren müssen, weil sie mehr eingekauft habe, als dies ursprünglich geplant gewesen sei. Sie habe nämlich vor der Kasse stark reduzierte Waren gesehen, zum Beispiel Schulsachen, Thermoskannen und weitere Sachen für Kinder, und habe deshalb erst dort entschieden, diese Sachen für die humanitäre Hilfe zu kaufen (Urk. 15, S. 2-3, F/A 7, 11 und 12). In den Kassenbelegen findet man dann aber den Schulrucksack im ersten Beleg (der ja für die notabene kinderlose Beschuldigte hätte sein sollen), dann Sportbeutel, Necessaire und Butter (?) im

zweiten Beleg, welcher teils privaten, teils humanitären Zwecken dienen und teils auch als für eine Kollegin gedachte Produkte umfassen sollte. Nicht genug der Verwirrung, sagte die Beschuldigte in der ersten polizeilichen Befragung zur Reihenfolge des Einkaufs: *"Als erstes nahm ich eine Thermoskanne, das war gleich neben dem Eingang. Ich ging [dann] nach unten zu den Lebensmitteln."* (Urk. 3/1, S. 3 F/A 19). Die Aussagen der Beschuldigten, dass sie die Produkte in drei separaten Rechnungen für zwei oder sogar drei verschiedene Abnehmer aufgeteilt habe, erweisen sich somit nicht nur zueinander sondern auch im Kontext mit dem von ihr geschilderten Ablauf des Einkaufs als widersprüchlich und deshalb als unglaubhaft.

3.9. Ihr ungewöhnliches und nicht nachvollziehbares Verhalten an der Kasse versuchte die Beschuldigte schliesslich so zu erklären, dass sie *"nicht wollte, dass sich alle Einkäufe zusammenmischen. In den Taschen, die noch nicht bezahlt wurden, befanden sich Waren für humanitäre Hilfe und ich wollte das nicht vermischen. Ich wollte auch nicht, dass ich das noch einmal zuhause in der Nacht hätte auspacken müssen, anstatt Zeit mit Schlafen zu verbringen"* (Urk. 15, S. 4, F/A 13). Und später: *"Ja, aber bei mir war es so, dass ich die Tasche nicht mehr auspacken wollte. Deshalb wollte ich sie vollständig bezahlen und vollständig in die Tasche packen, damit ich das unverändert in die Kiste zum Transport in die Ukraine hätte stellen können."* (Urk. 15, S. 9 f. F/A 47). An der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht führte die Beschuldigte dazu aus: *"Das sind Waren, vor allem Lebensmittel, das wurde alles abtransportiert. Wir hatten eine Tiefkühltruhe, worin Fleisch, Torten etc. eingefroren werden. Nur den Käse legen wir dorthin, wo es am Kühlsten ist. Anschliessend warten wir bis wir es abtransportieren können. Einfacher gesagt: Die Ware wurde für einige Zeit gelagert, danach haben wir sie abtransportiert. Die Ware ging in die Ostukraine."* "Wann gingen die Waren in die Ostukraine?" *"Spätestens sieben bis acht Tage nach dem Einkauf war die Spedition.(...)." "Was machten Sie mit dieser Tasche, als Sie bei sich zuhause ankamen?" "Ich legte die Waren in den Kühlschrank, weil darunter Käse, Kaviar, Fisch etc. war, was gekühlt werden musste. Sie sagten vorhin etwas von einer Gefriertruhe? Den Fisch musste ich einfrieren. Der Kaviar und der Käse waren im Kühlschrank."* (Prot. I, S. 18 f.). Mit Blick auf diese Aussagen ist offensichtlich, dass

die Beschuldigte den Inhalt der dritten Tasche nicht verstauen konnte, ohne diese erneut auszupacken. Fisch und Glace mussten in die Gefriertruhe, zumal der Weitertransport in die Ukraine erst sieben bis acht Tage später anstand. Käse, Butter und Fischrogen mussten in den Kühlschrank, während Sportbeutel und Iso-lierbecher gewiss nicht im Kühlschrank aufbewahrt wurden. Auf diesen Umstand angesprochen erklärte die Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung, die zu kühlenden Waren seien oben in der Tasche gewesen, weshalb sie diese schnell in den Kühlschrank habe legen und dann für den Bustransport wieder habe herausnehmen können (Prot. II S. 16). Mit diesem Vorbringen widerspricht die Beschuldigte wiederum ihrer Aussage bei der Staatsanwaltschaft, dass sie die Tüte direkt in den Kühlschrank habe stellen wollen (Urk. 3/4, S. 5 F/A 29). Auch diesbezüglich erweisen sich die Aussagen der Beschuldigten somit als unglaubhaft und vorgeschoben.

4. Fazit:

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschuldigte sich auf zahlreiche, nicht unübliche und legale Vorgehensweisen bei einem Einkauf in einem Lebensmittelgeschäft beruft. Allein ihre Erklärungen sind allesamt nicht plausibel. Das Verhalten der Beschuldigten war dabei nicht nur unüblich, wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 50 Rz. 3), es kann vernünftigerweise nur so verstanden werden, dass sie die Waren in der dritten Tasche stehlen wollte, und dabei, für den Falle eines Zugriffs im Kassensbereich, bereits ein Ausflüchte-Szenario bereit hatte (*ich wollte den Inhalt dieser Tasche gerade bezahlen etc. etc.*). Ihre entsprechenden Ausführungen sind jedoch allesamt als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Es bestehen insgesamt keine begründeten Zweifel, dass die Beschuldigte die Waren in der dritten Tasche ohne Bezahlung aus dem B.____ C.____-Zentrum mitnehmen wollte und in dem Moment, als sie vom Security-Mitarbeiter E.____ auf die unbezahlte Ware in der Tasche angesprochen wurde, gerade *nicht* die Absicht hatte, diese Waren zu bezahlen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz hat die Beschuldigte des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen. Der erbetene Verteidiger machte an der Berufungsverhandlung diesbezüglich geltend, dass die Beschuldigte die Kasse noch nicht passiert habe, womit kein Gewahrsamsbruch vorliege. Die Beschuldigte sei noch im Kassensbereich gewesen und habe deshalb die Möglichkeit gehabt, unbezahlte Ware noch zu melden und zu bezahlen. Das Einpacken in eine private Tasche sei zudem kein Hinweis auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes (Urk. 50 Rz. 6 ff.). Bereits vor Vorinstanz hat der damalige Verteidiger der Beschuldigten den Standpunkt vertreten, dass kein Bruch des Gewahrsams stattgefunden habe. Einerseits hätten der Security-Mitarbeiter E._____ und die Kassiererin F._____ die Beschuldigte an der Kasse permanent überwacht und deshalb jederzeit die direkte Zugriffsmöglichkeit auf die Waren gehabt. Die B._____ habe unter diesen Umständen die Herrschaftsmacht über die Gegenstände gar nie aufgegeben. Andererseits hätte ein Bruch des Gewahrsams jedenfalls erst stattgefunden, wenn die Beschuldigte sich von der Kasse entfernt hätte, was ebenfalls nicht erfolgt sei. Damit sei der objektive Tatbestand des Diebstahls jedenfalls nicht erfüllt (Urk. 27, S. 13).

2. Die Vorinstanz hat sich einlässlich zur rechtlichen Würdigung geäußert. Auf diese zutreffenden Ausführungen ist vorab zu verweisen (Urk. 38, S. 11f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu rekapitulieren und zu ergänzen ist, dass per gesetzlicher Definition einen Diebstahl begeht, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern (Art. 139 Ziff. 1 StGB). Wegnehmen ist Bruch fremden und Begründung neuen, meist eigenen Gewahrsams. Dieser besteht in der tatsächlichen Sachherrschaft, verbunden mit dem Willen, sie auszuüben. Bruch des Gewahrsams ist die Aufhebung des fremden Gewahrsams gegen den Willen des bisherigen Inhabers. Ob der neue Gewahrsam begründet worden ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Anschauungen und den Regeln des sozialen Lebens (BGer 6B_100/2012, Urteil vom 5. Juni 2012). Zu unterscheiden ist sodann zwischen Beendigung und Vollendung des Diebstahls. Beendet ist der Diebstahl erst, wenn

das Diebesgut in Sicherheit gebracht wurde. Vollendet ist er, wenn der Täter in Diebstahlsabsicht den Gewahrsam an der fremden beweglichen Sache bricht. Mit Blick auf die obgenannte allgemeine Formel des Bundesgerichts ist konkretisierend zum Ladendiebstahl zu bemerken, dass dieser auch dann vollendet sein kann, wenn der Dieb das Diebesgut versteckt und so eine sog. Gewahrsamsenkclave im Herrschaftsraum des bisherigen Gewahrsamsinhabers schafft. Die Gewahrsamsenkclave ist ein Ort, an welchem der bisherige Gewahrsamsinhaber nur mittels Eingreifens in den geschützten Bereich des Täters einwirken kann (RUDOLF RENGIER Strafrecht BT I, § 2 Rn. 47 ff. für das deutsche Recht). So begründet zum Beispiel das Verstecken von Waren unter dem Pullover, in der Hosentasche etc. neuen Gewahrsam in der Gewahrsamsenkclave des Täters (vgl. auch BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 139 N 37 und N 65). Bei mitgeführten Taschen ist der Gewahrsamsbruch nicht so offensichtlich, zumal wenn sich der (potenzielle) Täter mit der Waren in (privaten) Taschen, wie zum Beispiel Handtaschen, noch im Laden befindet. Wenn der Kunde die in einer privaten Tasche verborgenen Gegenstände aber an der Kasse vorbeigetragen hat, ist der Diebstahl auch dann vollendet, wenn der Täter die Waren noch nicht aus dem Laden getragen hat. Dies gilt auch, wenn der Täter beim Vorbeitragen an der Kasse beobachtet wird (vgl. BSK StGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 139 N 65).

3. Genau diese Situation liegt in casu vor: Die Beschuldigte hat - wie vorstehend erstellt – das Diebesgut in einer privaten Tasche verstaut und diese Tasche an der Kassiererin vorbei in den Bereich verschoben, in dem sie die andern (bezahlten) Waren einpackte. Hinter dem Bezahlbereich der Kasse hat ein Mitarbeiter des Verkaufsgeschäfts aber keine unbeschränkte Zugriffsmacht auf den Inhalt einer privaten Tasche einer Kundin. Die Beschuldigte hat mit dem Verschieben der Ware in diesen Bereich der Kasse eine Gewahrsamsenkclave gebildet. Der Diebstahl ist damit vollendet (wenngleich nicht beendet). Damit erhellt, dass die Beschuldigte vorliegend des (vollendeten) Diebstahls schuldig zu sprechen ist, wie dies bereits die Vorinstanz getan hat.

IV. Strafzumessung und Vollzug

1. Die Vorinstanz hat die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen zur Strafzumessung und zum Vollzug richtig dargelegt. Auch erfolgte die konkrete Strafzumessung und die Begründung des bedingten Vollzugs der Geldstrafe grundsätzlich richtig (Urk. 39 S. 14 ff.). Darauf kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Entgegen der Verteidigung (Urk. 50 Rz. 15 ff.) liegt kein Fall von Art. 52 oder 53 StGB vor. Nachdem schon bei einem Ladendiebstahl mit einem Deliktsbetrag von unter Fr. 300.– grundsätzlich eine Strafe auszusprechen ist (vgl. Art. 172ter StGB; vgl. auch BSK StGB-RIKLIN, Art. 52 N 26), kann bei einem darüber liegenden Deliktsbetrag umso weniger Strafflosigkeit vorliegen. Für eine Strafbefreiung gemäss Art. 53 StGB sind schliesslich die Voraussetzungen des Geständnisses und des fehlenden Interesses der Geschädigten nicht gegeben. Die Privatklägerin wird als Detailhändlerin ein grosses Interesse an der Verfolgung von Ladendiebstählen haben, insbesondere bei einem für einen Ladendiebstahl erheblichen Deliktsbetrag, wie er vorliegend gegeben ist.

3. Zum vorinstanzlichen Urteil zu bemerken ist allerdings, dass in casu sehr wohl eine Verbindungsbusse hätte ausgesprochen werden können, wie dies die Staatsanwaltschaft beantragt hatte. Dem vorliegenden Fall ist nämlich genau die sog. Schnittstellenproblematik immanent, indem die Beschuldigte eine (unbedingte) Busse hätte bezahlen müssen, wäre das Deliktsgut kleiner und somit als Übertretung und nicht als Vergehen zu ahnden gewesen. Das Ausfällen einer Verbindungsbusse kommt im Berufungsverfahren jedoch nicht in Frage, weil der Entscheid nicht zum Nachteil der Beschuldigten abgeändert werden darf, wenn das Rechtsmittel nur zu ihren Gunsten erhoben worden ist (Verbot der reformatio in peius; Art. 391 Abs. 2 StPO).

4. Im Ergebnis ist die Beschuldigte zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren zu verurteilen.

V. Zivilansprüche

Die Vorinstanz hat die Zivilforderung der Privatklägerin mangels Substantiierung auf den Zivilweg verwiesen. Die Beschuldigte verlangte in ihrer Berufungserklärung die Abweisung der Zivilklage. An der Berufungsverhandlung begründete die Verteidigung diesen Antrag dahingehend, dass die Privatklägerin unbegründet eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– geltend mache, die Beschuldigte ihr diese aber bereits bezahlt habe (Urk. 50 Rz. 14). Die Verteidigung reichte zum Beweis eine Quittung ein, in welcher ersichtlich ist, dass die Beschuldigte der Privatklägerin am 6. Juni 2019 unter anderem eine Entschädigung von Fr. 100.– bezahlte (Urk. 51/1). Dies erscheint zwar auf den ersten Blick überzeugend, allerdings machte die Privatklägerin im vorliegenden Strafverfahren erst nach der Bezahlung der belegten Entschädigung, nämlich mit Privatklägerformular datiert vom 8. Juni 2020, die vorliegend zu prüfende Forderung geltend (Urk. 8). Damit ist zweifelhaft, ob es sich bei der nunmehr geltend gemachten Forderung der Privatklägerin tatsächlich um die bereits bezahlte Umtriebsentschädigung handelt, weshalb dem Antrag auf Abweisung der Zivilforderung nicht stattzugeben ist. Nachdem die Privatklägerin selber keine Berufung erhoben hat, kommt auch eine Gutheissung dieser Forderung nicht in Betracht. Mit der Vorinstanz ist die Zivilforderung der Privatklägerin auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

VI. Kostenfolgen

Bei diesem Verfahrensausgang ist das vorinstanzliche Kostendispositiv inklusive Verwendung des Bussendepositums zu bestätigen (Ziffern 6 und 7). Die Beschuldigte unterliegt auch im Rechtsmittelverfahren, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Eine Entschädigung für die erbetene Verteidigung entfällt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Bülach vom 6. Januar 2021 bezüglich Dispositivziffer 5 (Kostenblock) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Zivilansprüche der Privatklägerin werden auf den Zivilweg verwiesen.
5. Die vorinstanzliche Kostenaufgabe wird bestätigt (Ziffer 6).
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'800.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.
8. Das Bussendepositum in Höhe von Fr. 1'200.– wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Der Beschuldigten wird keine Entschädigung für die erbetene Verteidigung zugesprochen.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerschaftsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerschaft (nur sofern verlangt)

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Zentrale Inkasso (im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffer 8)
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

11. Rechtsmittel:

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 1. Februar 2022

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Wenker

MLaw Huter

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.