

ZH_OBERGERICHT SB120043 vom 11. April 2012

ZH Obergericht, 2012-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120043

FR: ZH_OBERGERICHT SB120043 du 11 avril 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120043 del 11 aprile 2012

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 1. Dezember 2011 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB sowie des mehrfachen, teilweise geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 172ter StGB schuldig gesprochen. Er wurde - unter Einbezug eines Strafrestes von 257 Tagen zufolge Rückversetzung bezüglich der mit Entscheid des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 2. Februar 2010 verfügten bedingten Entlassung - bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten sowie einer Busse von Fr. 500.-- als Gesamt- strafe. Dabei wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet. Sodann wurde der Beschuldigte gemäss seiner Anerkennung zu Schadenersatzzahlungen an die Privatklägerschaft B._____ AG von Fr. 298.10 zuzüglich 5 % Zins ab 19. Juni 2010 sowie an die C._____ Apotheke von Fr. 95.20 verurteilt. Im übersteigenden Betrag wurden die Zivilansprüche der genannten Geschädigten auf den Zivilweg verwiesen. Die Zivilansprüche der D._____ wurden auf den Zivilweg verwiesen.

E. 2

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte rechtzeitig die Berufung an und beschränkte diese zugleich auf die Strafzumessung, den Vollzug und die angeordnete Rückversetzung (Urk. 40). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat verzichtete auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44). Die Geschädigten ergriffen keine Rechtsmittel. Es wurden keine Beweisanträge gestellt.

E. 3

Der amtliche Verteidiger beantragt - entgegen dem erstinstanzlichen Urteil - den Verzicht auf eine Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug der Reststrafe. Vielmehr sei eine geeignete Ersatzmassnahme (Verlängerung der Probezeit oder Verwarnung) anzuordnen. Zur Begründung führt der amtliche Verteidiger an, dass der Beschuldigte zwar die Mehrzahl der Delikte in dieser Probezeit begangen habe. Dies führe jedoch entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht notwendigerweise dazu, dass dem Beschuldigten für die Zukunft eine negative Prognose gestellt werden müsse. So habe sich seine Situation seit der Begehung der letzten Delikte wesentlich verändert, was zwar bereits vor erster Instanz geltend gemacht worden sei, von dieser jedoch nicht angemessen berücksichtigt worden sei (Urk. 40 S. 4; Urk. 57). Der Beschuldigte sei Sozialhilfebezüger, so die Verteidigung weiter. Das Sozialamt bezahle direkt Wohnung und Krankenkasse des Beschuldigten und habe ihm Fr. 778.-- für die Deckung der übrigen Ausgaben für den Grundbedarf, wie Kleider, Nahrungsmittel, Körperpflegeprodukte, Energiekosten, Telefon-/Radio-/ TV-Gebühren, Versicherungen, Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln etc. gegeben. Darüber verwende er (soweit möglich) Fr. 116.-- pro Monat zur Bezah-

- 7 - lung seiner Schulden, welche sich ungefähr auf Fr. 20'000.-- bis Fr. 30'000.-- belaufen würden. Der vom Sozialamt dem Beschuldigten ausbezahlte Betrag von Fr. 778.-- habe nur knapp 2/3 vom Grundbetrag nach den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Obergerichts Zürich von Fr. 1'200.-- betragen. Dem Beschuldigten habe deshalb jeden Monat ein beträchtlicher Betrag gefehlt, was dazu geführt habe, dass er sich oft nicht genügend Nahrungsmittel habe kaufen können. Die Diebstähle habe er allesamt begangen, um durch den Verkauf des Diebesgutes zu Geld zu kommen und so seine monatlichen Ausgaben für Nahrungsmittel decken zu können. Seit Anfang Mai 2011 sei nun dieser dem Beschuldigten ausbezahlte Betrag um Fr. 136.-- auf Fr. 914.-- erhöht worden. Sodann habe er vom Sozialamt eine Karte erhalten, welche ihn berechtige, gratis Nahrung zu beziehen. Durch diese beiden Massnahmen habe sich seine Geldknappheit wesentlich entschärft und er stehe nicht mehr vor der Wahl, ob er hungern oder stehlen solle. Dadurch habe sich seine Situation massgeblich zum Besseren gewendet, weshalb keine ungünstige Prognose gestellt werden könne (Urk. 40 S. 4 f.). Hinzu komme die Warnwirkung der für die vorliegend zu beurteilenden Delikte zu verhängenden Strafen. Sodann würden die anzuordnenden Ersatzmassnahmen den Beschuldigten hinreichend unterstützen, so dass er in Zukunft von der Begehung weiterer Delikte abgehalten würde (Urk. 40 S. 5). Die Vorinstanz habe sodann den für den Beschuldigten sprechenden Umstand seiner stark angeschlagenen Gesundheit nicht angemessen berücksichtigt. Nach einer Meniskusoperation im Jahre 2008, bei welcher sich grosse Komplikationen ergeben hätten, könne er kaum noch gehen und habe dauernd Schmerzen. Ebenso leide er an Rheuma, welches ihm ebenfalls grosse Schmerzen bereite. Er müsse täglich eine grosse Anzahl Medikamente einnehmen. Bis heute sei noch unklar, ob dem Beschuldigten dereinst der Unterschenkel amputiert werden müsse. Diese Situation belaste den Beschuldigten psychisch stark. Aufgrund seines schlechten Gesundheitszustandes sei ihm keine Freiheitsstrafe zuzumuten (Urk. 40 S. 6).

- 8 - Die Vorinstanz irre sodann, wenn sie geltend mache, der Beschuldigte sei von seinem Wohlverhalten nicht wirklich überzeugt. Er sei auch nicht unbelehrbar. Unter den in der Vergangenheit bestehenden Umständen sei es ihm in der Tat schwer gefallen, sich wohl zu verhalten. Eine tatsächliche Veränderung habe aber erst im Laufe des Jahres 2011 stattgefunden. Insofern könne nicht gesagt werden, der Beschuldigte werde sich auch unter den äusserlich veränderten Umständen nicht wohl verhalten. Vielmehr sei ihm eine Chance hierzu zu gewähren (Urk. 40 S. 6). Sodann irre die Vorinstanz auch darin, wenn sie behauptete, der Beschuldigte habe keine sozialen Kontakte: Er habe eine Freundin, mit der er schon eine länger dauernde und konstante Beziehung lebe, die ihm gut tue. Auch habe er daneben noch Freunde und Kollegen (Urk. 40 S. 6 f.). Zur Aktualisierung führte der Beschuldigte anlässlich der heutigen persönlichen Befragung aus, er erhalte neu vom Sozialamt Fr. 930.--. Eine feste Freundin habe er nicht (mehr) (Urk. 56 S. 2, 4).

4.1. Die objektiven Voraussetzungen für die Rückversetzung sind mit der Delinquenz des Beschuldigten in der laufenden Probezeit erfüllt. Die einjährige Probezeit begann am 24. Februar 2010. Nach weniger als fünf Monaten, nämlich am 19. Juli 2010, verübte der Beschuldigte bereits wieder einen Diebstahl. Danach delinquierte er noch am 4. Dezember 2010 (Hausfriedensbruch) und am 23. Februar 2011 (Diebstahl und Hausfriedensbruch). Der geringfügige Diebstahl vom 18. Dezember 2010 stellt keinen objektiven Rückversetzungsgrund dar.

4.2. Was nun die Prognose des zukünftigen Wohlverhaltens des Beschuldigten angeht, so kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 38 S. 7 f.; Art. 82 Abs. 4 StGB). Die

Vorinstanz hat auch die wiederum von der Verteidigung geltend gemachte erhöhte finanzielle Unterstützung des Beschuldigten durch das Sozialamt berücksichtigt. Die Verteidigung hat keine neuen Argumente vorgebracht. Die Hypothese der Verteidigung, der Beschuldigte habe nur zwecks Beschaffung von Nahrungsmitteln die Delikte begangen, vermag nicht zu überzeugen. Ohne Frage ist die finanzielle Situation des Beschuldigten schwierig. Der Betrag von Fr. 778.--, den er während der Deliktsperiode vom Sozialamt erhalten hat, ist knapp und beträgt rund Fr. 26.--

- 9 - pro Tag. Mit den zusätzlichen Fr. 152.-- pro Monat erhält er rund Fr. 5.-- mehr pro Tag. Damit hat sich seine finanzielle Situation - entgegen der Darstellung der Verteidigung - nur unmassgeblich verändert. Mit anderen Worten: seine finanzielle Situation bleibt prekär. Die Möglichkeit des Gratisbezugs von Nahrungsmitteln ändert daran nichts Wesentliches. Der Beschuldigte hätte nämlich bereits zuvor die Möglichkeit gehabt, sich aus dem Unterstützungsbeitrag die für sein Überleben notwendigen Nahrungsmittel zu kaufen, falls er dies tatsächlich gewollt hätte. Somit ist die Delinquenz nicht in erster Linie „hungerbedingt“, sondern eine Frage des Umgangs mit einem finanziell knappen Budget. Dieses besteht auch nach der Erhöhung um Fr. 5 pro Tag und der Möglichkeit des Gratisbezugs von Nahrungsmitteln bei der Organisation „Tischlein deck dich“. Im Übrigen fällt auch auf, dass der Beschuldigte, der wegen Hunger delinquent haben will, nie Nahrungsmittel gestohlen hat. Dies relativiert die These des „Mundraubs“ weiter, auch wenn der Beschuldigte dies damit erklärt, dass der Diebstahl von Parfümartikel, welche er nachher jeweils verkauft hat, einfacher gewesen sei als der Diebstahl von Lebensmitteln (Urk. 56 S. 7). Gewisse Zweifel über die angeblich veränderte Verhaltensweise sind sodann angebracht, wenn berücksichtigt wird, dass der Beschuldigte noch am 3. Mai 2011 einen Diebstahl und Hausfriedensbruch beging, obwohl er bereits am 4. April 2011 mit dem Sozialzentrum F._____ den neuen Unterstützungsantrag ab 1. Mai 2011 unterzeichnet hat, wo- bei einschränkend festzuhalten ist, dass über diesen Antrag erst am 2. Mai 2011 entschieden worden ist (Urk. HD 31/1). Der Beherbergungs- und Betreuungsvertrag zwischen den Sozialen Einrichtungen und Betrieben der Stadt Zürich und dem Beschuldigten (Urk. 55/7) datiert vom 4. Februar 2011 (mit Vertragsbeginn per 17. August 2010). Auch hier erhielt der Beschuldigte Unterstützung für die tägliche Lebensführung (Urk. 55/7 S. 2); namentlich hätte sich der Beschuldigte hier auch ohne Weiteres nach Essensmöglichkeiten erkundigen können. Doch auch dies hielt ihn nicht vom Delinquieren ab. Damit ist bereits aus diesen Gründen keine gute Prognose zu stellen. Zu erwähnen ist auch, dass dem Beschuldigten mehrfach amtliche Verteidiger gestellt wurden, bei welchen er sich ebenfalls ohne Weiteres über Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von - zusätzlicher - Unterstützung hätte erkundigen können. Nicht überbewertet

- 10 - werden dürfen die floskelhaften Bemerkungen des Beschuldigten in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 29. Juni 2011, dass er bei erneuter Delinquenz bereit sei, die Strafe abzusitzen oder die heutigen Beteuerungen, wonach er nicht mehr straffällig werde und man ihn im gegenteiligen Fall sehr streng bestrafen solle (Urk. HD 6/2 S. 5; Urk. 56 S. 7). Hingegen hat die Vorinstanz die Warnwirkung der neuen Strafe und die Wirksamkeit der Ersatzmassnahme zu Recht verneint. Die fünf einschlägigen Vorstrafen seit dem Jahr 2003, der mehrmalige, teils längere Vollzug von Freiheitsstrafen sowie die Probezeit der bedingten Entlassung vermochten den Beschuldigten offensichtlich nicht zu beeindrucken. Insbesondere das vorliegende erneute Delinquieren knapp fünf Monate nach der Entlassung aus dem Vollzug einer längeren Freiheitsstrafe sowie während laufender

Untersuchung lassen ernsthafte Zweifel an der Einsichtigkeit des Beschuldigten aufkommen. Die Vorinstanz hat sodann die wenigen sozialen Kontakte zulasten des Beschuldigten in die Waagschale geworfen. Die Vorbringen der Verteidigung vermögen dieses Argument nicht zu entkräften. Die Vorinstanz spricht entgegen der Verteidigung nicht von keinen (Urk. 40 S. 7), sondern von wenigen sozialen Kontakten. Sodann ist unklar, wie diese Kontakte bzw. die länger dauernde und konstante Beziehung zu einer Freundin das zukünftige Wohlverhalten sicherstellen sollen, nachdem diese Umstände in der Vergangenheit nicht sein Delinquieren zu verhindern vermochten. Wie erwähnt hat der Beschuldigte im Übrigen heute ausgeführt, er habe keine Freundin mehr (Urk. 56 S. 4). Damit relativiert sich auch dieses Argument von vornherein. Unbeachtet liess die Vorinstanz die Vorbringen der Verteidigung zur gesundheitlichen Situation des Beschuldigten bei der Frage der Prognosestellung (Urk. HD 30 S. 5). Hiezu ist allerdings auszuführen, dass die gesundheitliche Problematik nach Angaben des Verteidigers bereits seit dem Jahr 2008 besteht (Urk. 30 HD S. 5; Urk. 40 S. 6). Aus der Befragung des Beschuldigten ergibt sich sodann, dass seine gesundheitliche Situation weiterhin sehr schwierig ist (Urk. HD 28 S. 1). Auch diese Umstände stellen somit keine wesentliche Änderung der Lebensumstände des Beschuldigten dar, die für sein zukünftiges Wohlverhalten von

- 11 - Relevanz sein könnten. Im Übrigen ist der angeschlagene gesundheitliche Zustand des Beschuldigten allenfalls eine Frage der Hafterstehungsfähigkeit. 4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten nicht derart massgeblich verändert haben, dass vor dem Hintergrund der übrigen, die Prognose belastenden Faktoren, von einer objektivierbaren Verhaltensänderung des Beschuldigten auszugehen ist. Die Rückversetzung in den Strafreis von 257 Tagen ist deshalb anzuordnen.
B. Strafzumessung

E. 5

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von

E. 6

Die Verteidigung beantragt, wie bereits vor Vorinstanz, die Ausfällung einer Geldstrafe von maximal 60 Tagessätzen à Fr. 10.--. Sie begründet dies unter Verweis auf die Konzeption des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, wonach die Geldstrafe die Hauptsanktion darstellt. Freiheitsstrafen sollten nur dann verhängt werden, wenn der Staat keine andere Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Unter Hinweis auf BGE 134 IV 97 E.4. soll nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. ihn am wenigsten hart trifft. Die Geldstrafe ist die weniger eingriffsintensive Sanktion als die Freiheitsstrafe. Sodann könnten entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch bei bescheidenen finanziellen Verhältnissen Geldstrafen ausgefällt werden. Wie vorstehend ausgeführt, sei sodann nicht zu erwarten, dass der Beschuldigte erneut straffällig werde. Deshalb sei eine Freiheitsstrafe nicht notwendig. Sodann sei bei der Bestimmung der Strafart der Gesundheitszustand zu berücksichtigen. Wegen der schlechten physischen Gesundheit, die auch seinen psychischen

- 12 - Zustand beeinträchtigt, sei eine Verbüssung einer Freiheitsstrafe nicht zumutbar (Urk. 40 S. 7). Die Vorinstanz habe bei der Strafzumessung einseitig auf gegen den

Beschuldig- ten sprechende Punkte (Vorstrafen, Deliktsmehrheit etc.) abgestellt, ohne die für den Beschuldigten sprechenden Umstände angemessen zu berücksichtigen. An- gesichts des vorstehend Dargelegten (Motiv für die Delinquenz, Gesundheitszu- stand etc.) sei insbesondere die Behauptung der Vorinstanz, der Beschuldigte habe mit einer nicht unbeachtlichen kriminellen Energie gehandelt, nicht haltbar. Verzweiflung und nicht Berechnung sei in seinem Verhalten erkennbar. Zudem habe er die Parfums nicht professionell verkauft, sondern an der ...strasse regelrecht verhökert. Dies zeige, wie sehr der Beschuldigte tatsächlich auf Geld angewiesen gewesen sei, und zwar auf kleine, zur Finanzierung des täglichen Bedarfs notwendige Beträge. Soweit die Vorinstanz geltend mache, der Beschuldigte hätte sich an gemeinnüt- zige Institutionen wenden können, so habe er dies - nachdem er von solchen Kenntnissen erlangt habe ("Tischlein deck dich") - auch sogleich getan. Zudem sei gerichtsnotorisch, dass gesunde Lebensmittel wie Früchte/Gemüse und Milchprodukte etc. teurer sind als Fertig- oder Konservengerichte. Aufgrund seines schlechten Gesundheitszustandes sei der Beschuldigte besonders auf gesunde Ernährung angewiesen und er versuche stets, sich an die entsprechen- den Empfehlungen der Ärzte zu halten. Die Vorinstanz habe auch verkannt, dass der Beschuldigte gegenüber dem Sozialamt zahlreiche Male, jedoch erfolglos, seine unzureichenden finanziellen Mittel geltend gemacht habe (Urk. 40 S. 8). Bei der konkreten Strafzumessung habe die Vorinstanz die Lebensgeschichte des Beschuldigten zu Unrecht als für die Strafzumessung nicht relevant betrachtet. Das Tatverschulden sei als äusserst leicht einzustufen und das vollumfängliche Geständnis des Beschuldigten sei nicht bloss leicht strafmindernd zu berück- sichtigen. Ebenso habe die Vorinstanz die vom Beschuldigten gezeigte Reue nicht beachtet (Urk. 40 S. 8).

- 13 - 7.1. Die Vorinstanz hat den abstrakten Strafraum korrekt festgesetzt (Urk. HD 34 Erw. V.1. und 2.; Art. 82 Abs. 4 StPO). 7.2.1. Ebenfalls kann zu den allgemeinen Strafzumessungsregeln auf die Ausfüh- rungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 34 Erw. V.3.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Folgende Ergänzungen sind noch anzubringen. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat der Richter dieses Verschulden zu bewerten. Er hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls - nebst einer verminderten Schuldfähigkeit und eventualvorsätzlichem Handeln - eine Reduktion des Verschuldens bewirken können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen handelt, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veran- lasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c. StGB) gehandelt hat. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, die das Tat- verschulden erhöhen, wie beispielsweise ein verwerfliches Motiv. 7.2.2. Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktobetrag, Gefährdung/ Risiko, Sachschaden etc), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweize- risches Strafgesetzbuch, 18. A., Zürich 2010, N 11 zu Art. 47 samt Zitaten). Je leichter es für ihn

gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (BGer 6S.270/2006 vom 5. September 2006, E.6.2.1.; Trechsel, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 18 ff. zu Art. 47 StGB).

- 14 - In diesem Zusammenhang ist auch das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht für die konkrete Strafzumessungsentscheidung innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden - weder zu Lasten noch zu Gunsten des Täters. Denn die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht, sonst würde dem Täter der gleiche Umstand zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten. Der Richter ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist (vgl. dazu Wiprächtiger in BSK StGB I, 2. A., Basel 2007, N 77 zu Art. 47 StGB samt Verweisen; Trechsel, a.a.O., N 27 zu Art. 47 StGB). Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozentsätzen anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien berücksichtigt. Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala aller denkbaren Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht. 7.2.3. Die so ermittelte Strafe kann dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten verändert werden. Zu den Täterkomponenten gehört auch das Nachtatverhalten eines Täters. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Einsicht Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit, vgl. Trechsel, a.a.O., N 22 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperatives Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger, a.a.O., N 130 f. zu Art. 47 StGB). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus

- 15 - eigenem Antrieb, als nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S.205). Mit der neu ins Gesetz aufgenommenen Formulierung (Art. 47 Abs. 1 StGB), wonach auch die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters mitzuberücksichtigt ist, wird letztlich die Strafempfindlichkeit eines Täters angesprochen. Es ist unbestritten, dass gewisse Täter vom Strafvollzug besonders hart betroffen sein können, weshalb eine solche Strafempfindlichkeit im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Üblicherweise wird dies bereits im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt, wobei sie sich bei genauer Betrachtung nicht auf das Verschulden bezieht, sondern auf das den Täter treffende Mass an Strafe (Trechsel, a.a.O. N 33 zu Art. 47 StGB mit weiteren Hinweisen). Die Strafempfindlichkeit des Täters fällt indessen als strafmindernder Faktor nur in Betracht, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten sind, wie etwa bei Gehirnverletzungen, Schwerkranken oder Taubstummen (BGer 6S.9/2004 vom 9. September 2004 E. 3 und 6S.703/1995 vom 26. März 1996 E. 2.c, je mit Hinweisen; Wiprächtiger in: Basler Kommentar, Strafrecht I, a.a.O., N 117 zu Art. 47 StGB; BGer 6B_572/2010 vom 30. September 2010). Zu den Täterkomponenten zählen auch die

Vorstrafen, welche einen zentralen Stellenwert bei der Strafzumessung einnehmen (BGE 135 IV 87 E. 2.3). 7.3.1. Die Vorinstanz hat die objektive Tatschwere als nicht leicht qualifiziert. Der Beschuldigte hat innert einer Frist von rund 10 Monaten 3 Diebstähle mit einem Gesamtdeliktsbetrag von Fr. 1'876.90 verübt (die restlichen Diebstähle bleiben als geringfügige Vermögensdelikten hier unberücksichtigt und sind bei der Bemessung der Bussenhöhe zu berücksichtigen). Sein Vorgehen war nicht besonders raffiniert, musste er nur die Diebstahlsicherung entfernen. Dabei wählte er auch immer das gleiche Vorgehen. Entgegen der Verteidigung ist indessen die Einschätzung der Vorinstanz, der Beschuldigte habe mit einer nicht unbeachtlichen kriminellen Energie gehandelt, nicht "nicht haltbar". Immerhin hat der Beschuldigte die gestohlenen Waren noch an der ...strasse verkauft. Die vom Beschuldigten aufgewendete kriminelle Energie wäre nur dann unbeachtlich,

- 16 - wenn sie nicht über die eigentliche deliktsbegründende Handlung hinausgehen würde. Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn der die gestohlene Ware für sich behalten und verwendet hätte, z.B. wenn er eben Nahrungsmittel zum Eigenkonsum gestohlen hätte. Die dreifache Tatbegehung wirkt sich ebenfalls leicht verschuldenserhöhend aus, ebenso die drei Verstösse gegen die ihm bekannten Hausverbote. Um dagegen zu verstossen, brauchte es allerdings keine besondere kriminelle Energie. Sodann qualifiziert sich der Hausfriedensbruch als Koppel delikt zum Diebstahl und betraf den für den Publikumsverkehr allgemein zugänglichen Verkaufsraum bzw. den Hauptbahnhof. Diese Rechtsgutverletzung erscheint im Vergleich zu einem unbefugten Eindringen in einen nicht allgemein zugänglichen Privatbereich eher geringfügig. Insgesamt ist von einem noch leichten Verschulden auszugehen. Die Vorinstanz hat sich im Rahmen der subjektiven Tatkomponente eingehend mit dem vom Beschuldigten behaupteten Motiv, er habe sich Geld fürs Essen beschaffen wollen, auseinandergesetzt. Auf diese zutreffenden Ausführungen kann - mit nachfolgenden Bemerkungen - vorab verwiesen werden (Urk. 38 Erw. V.4.1. 2. Abschnitt; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere ist hervorzuheben, dass der Beschuldigte seit nunmehr über 20 Jahren in der Schweiz lebt und seit mehreren Jahren von der Sozialhilfe lebt. Die hiesigen Verhältnisse sind ihm deshalb vertraut. Wie sich überdies aus dem vorstehend erwähnten Beherbergungs- und Betreuungsvertrag vom 4. Februar 2011 zwischen dem Beklagten und den "Sozialen Einrichtungen und Betrieben der Stadt Zürich, begleitetes Wohnen" (Urk. 55/7) ergibt, standen ihm Bezugspersonen für regelmässige Gespräche etc. zur Seite (vgl. Urk. 55/7 S. 2). Somit hätte er ohne Weiteres seine Probleme mit der Lebensmittelbeschaffung zur Sprache bringen können. Dem erwähnten Vertrag lässt sich sodann entnehmen, dass er einen solchen vom 17. August 2010 ersetzt (Urk. 55/7 S. 1). Somit standen ihm diese erwähnten Behelfe bereits auch schon dann zur Verfügung und er hätte die Möglichkeit gehabt, mit entsprechender Inanspruchnahme dieser Beratung die behauptete Ursache seiner Delinquenz zu vermeiden. Weitere mögliche Unterstützungs- resp. Beratungsmöglichkeiten wurden bereits oben erwähnt, worauf auch hier verwiesen werden kann (vgl. Ziff. II 4.2.). Dieser Umstand ist verschuldenserhöhend zu veranschlagen.

- 17 - Auch wenn mit dem Verteidiger von äussert knappen finanziellen Verhältnissen beim Beschuldigten auszugehen ist, was sich leicht zugunsten des Beschuldigten auswirkt, so behauptet er zu Recht nicht, dass eine dem Notstand nahe Situation i.S. von schwerer Bedrängnis (Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB) vorgelegen habe. Dass der Beschuldigte vor diesem Hintergrund noch monatlich Fr. 116.-- für die Schuldentilgung aufwenden haben soll, wie die Vorinstanz festgehalten hat, ist im Sinne der Verteidigung so zu verstehen, dass er stets

und regelmässig, aber bloss soweit wie möglich, die Schulden abbezahlt (Urk. 40 S. 9). Dies ändert jedoch nichts an der Einschätzung der subjektiven Tatschwere, da es den Beschuldigten in keiner Weise zu entlasten vermag, mit seinem Geld nicht haus- hälterisch umgehen zu können und statt seine allernotwendigsten Grundbedürf- nisse zu decken, offenbar noch Geld „stets und regelmässig“ (Urk. 40 S. 9) für die Schuldentrückzahlung einsetzte, mit der Folge, sich die fehlenden Mittel deliktisch zu beschaffen. Wenn der Verteidiger sodann ins Feld führt, der Beschuldigte sei wegen seines Gesundheitszustandes auf eine besonders gesunde Ernährung (teurere Frischprodukte statt Fertig- und Konservengerichte) angewiesen und er versuche stets, sich an die entsprechenden Empfehlungen der Ärzte zu halten (Urk. 40 S. 8), dann ist insofern zumindest relativierend festzuhalten, dass der Beschuldigte gleichzeitig ein Paket Zigaretten pro Tag rauchte bzw. raucht (vgl. Urk. HD. 28 S. 4; Urk. 56 S. 4). Die Verteidigung hat wie schon vor Vorinstanz auf den Umstand hingewiesen, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt jeweils unter dem Einfluss diverser starker Medikamente (Schmerzmittel: Brufen, Tramal Retard, Ponstan und Dafalgan; Muskelentspannung: Sirdalud; Epilepsiemittel: Lyrca; Beruhigungs- und Schlafmit- tel sowie Medikamente für Magen-/Darmbereich: Nexium und Lansoprazol) ge- standen habe, die seine Wahrnehmung beeinträchtigt hätten (Urk. 40 S. 6 und 9). Dieser Einwand hat die Vorinstanz zutreffend gewertet, indem sie ihn nur in sehr geringem Masse zugunsten des Beschuldigten in die Waagschale legte, mit der Begründung, dass Ladendiebstähle ein zielgerichtetes Handeln erforderten und daher bei wirklich beeinträchtigter Wahrnehmungsfähigkeit scheitern würden.

- 18 - Insgesamt halten sich die verschuldenserhöhenden Faktoren (Vermeidbarkeit der Delikte) und die verschuldensmindernden Faktoren (wie die knappen finanziellen Verhältnisse und der Medikamentenkonsum) die Waage, so dass die objektive Tatschwere nicht durch die subjektive Tatschwere relativiert wird. Aufgrund des noch leichten Tatverschuldens scheint eine Einsatzstrafe von 90 Tagen Geld- oder Freiheitsstrafe angezeigt. 7.3.2. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz das Nötige ausgeführt (Urk. 38 Erw. 4.2.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere hat sie auch die gesundheitlichen Probleme des Beschuldigten als erhöhte Strafempfindlichkeit berücksichtigt (Urk. 38 Erw. 4.3.). Darauf kann verwiesen werden und es wurde von der Verteidigung auch nichts Neues vorgebracht. Entgegen der Verteidigung sind der übrigen Lebensgeschichte des Beschuldigten keine für die Strafzumessung relevanten Faktoren zu entnehmen. Immerhin lebt der Beschuldigte seit über 20 Jahren in der Schweiz und ist Schweizer Bürger, weshalb nicht nachvoll- ziehbar ist, dass er sich nicht normkonform verhalten könnte bzw. dass die Ursache dafür die ausserordentlich schwere Kindheit und Jugend sei. Dass seine jetzige Lebenssituation nicht einfach ist, ist kein Grund - über die bereits berück- sichtigten gesundheitlichen Probleme hinaus - eine Strafminderung herzuleiten. 7.3.3. Zutreffend und auch in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Vorinstanz die zahlreichen, mehrheitlich einschlägigen Vorstrafen stark strafferhöhend berücksichtigt, zusammen mit dem Umstand der Tatbegehung kurz nach der Haftentlassung und während laufender Probezeit der bedingten Entlassung (Urk. 38 Erw. 4.4.). Zudem kommt hinzu, dass der Beschuldigte während laufender Untersuchung delinquierte. So wurde er am 2. August 2010 von der Stadtpolizei zum Diebstahl im B._____ vom 19. Juli 2010 befragt (Urk. HD 6/1). Dies hielt ihn trotz gegenteiligen Äusserungen („Ich ver- spreche Ihnen und auch dem Staatsanwalt, dass ich es nie mehr machen werde. Es tut mir leid. [Urk. HD 6/1 S. 2]) nicht davon ab, weiter zu delinquirieren. Dies hat sich ebenfalls merklich strafferhöhend auszuwirken.

- 19 - 7.3.4. Die Vorinstanz hat leicht strafmindernd das Geständnis des Beschuldigten berücksichtigt, mit der Begründung, dass dem Beschuldigten aufgrund des objektiven Untersuchungsergebnisses wenig Spielraum geblieben sei (Urk. 38 Erw. 4.4.). Dem Einwand der Verteidigung, wonach das Geständnis stärker zu gewichten sei, ist unter Hinweis auf die vorstehend aufgeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zu folgen (Ziff. 7.2.3.). Bei der polizeilichen Befragung gestand er nur, er habe zwei Parfumtester bei B._____ gestohlen (Urk. 6/1 S. 1). Gemäss Anklageschrift (HD) sind es drei Parfums im Gesamtwert von Fr. 425.90. Der Beschuldigte war somit nicht von Anbeginn an voll geständig. Damit ist das Geständnis im Sinne der Vorinstanz nur leicht strafmindernd zu werten. 7.3.5. Die Verteidigung bringt vor, die Vorinstanz habe die Reue des Beschuldigten nicht beachtet. Sie verweist dabei auf seine Aussagen bei der Staatsanwaltschaft vom 29. Juni 2011 auf den Seiten 4 und 5 (Urk. HD 6/2; Urk. 40 S. 9). Auf Seite 4 der Einvernahme ist keine Reue ersichtlich, sondern im Vordergrund steht sein Bestreben, nicht mehr ins Gefängnis zu müssen ("Ich verspreche Ihnen, ich werde nichts mehr machen. [...] Ich schwöre, ich stehle nicht mehr. Ich kann Ihnen das auch schriftlich geben. Wenn Sie mich ins Gefängnis stecken, dann drehe ich durch."). Auf Seite 5 führt er dann aus, dass es ihm leid tue, für alles, was er gemacht habe und er hoffe, dass gar nichts mehr passiere. Wenn etwas passiere, dann sei er bereit, die Strafe abzusitzen (Urk. HD 6/2 S. 5). Auch hier bezieht sich sein Bedauern mehr auf seine eigene Situation im Hinblick auf eine drohende Gefängnisstrafe. In der Schlusseinvernahme vom 1. September 2011 wiederholt er sein Bedauern ("Es tut mir leid, für alles was ich gemacht habe. Ich entschuldige mich. Ich habe ein neues Leben begonnen."). Auch diese Aussagen erscheinen eher floskelhaft und gehen zunächst nicht über Lippenbekenntnisse hinaus. Bereits anlässlich seiner ersten Einvernahme versprach er gegenüber dem Polizeibeamten, dass er es nie mehr machen würde und es ihm leid tue (Urk. HD 6/1 S. 2); trotzdem delinquierte er weiter. Daran ändert nichts, dass in jenem Zeitpunkt die finanzielle Situation unverändert knapp war. Die Vorinstanz hatte deshalb keinen Anlass, diese angebliche Reue strafmindernd zu berücksichtigen.

- 20 - 7.3.6. In Abwägung der vorstehend aufgeführten Strafzumessungsfaktoren fallen die Straferhöhungsgründe (Vorstrafen, Delinquieren während laufender Probezeit und laufender Untersuchung) doppelt so stark ins Gewicht wie die Strafminde- rungsgründe der besonderen Strafeempfänglichkeit und des Geständnisses des Beschuldigten. 7.3.7. Damit erhöht sich die hypothetische Einsatzstrafe von 90 Tagen Geld- oder Freiheitsstrafe unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsfaktoren auf 135 Tage Geld- oder Freiheitsstrafe, welche dem Verschulden und den persönli- chen Verhältnissen als angemessen erscheinen. C. Straftat 8.1. Im Hinblick auf die Straftat ist vorliegend einleitend zu erwähnen, dass obwohl diese Freiheitsstrafe weniger als sechs Monate beträgt, unter Hinweis auf BGE 137 IV 312 E. 2.4. (= BGer 6B_1090/2010 vom 14. Juli 2011) wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (Urk. 38 Erw. V.6.), Art. 41 StGB nicht einschlägig ist, da im Bereich der Gesamtstrafenbildung auf die Gesamtlänge der beiden (noch zu asperierenden) Strafen (nachstehend Ziff. 10.) abzustellen ist, die der Täter zu verbüssen hat. Eine Strafe ab sechs Monaten fällt nicht mehr in den Anwendungsbereich von Art. 41 StGB. Dies gelte auch, wenn es sich um eine Gesamtstrafe handle. Führen - so das Bundesgericht - die Reststrafe und die neue Strafe zu einer Gesamtstrafe von sechs Monaten oder mehr, stehe daher auch Art. 41 StGB nicht mehr zur Diskussion. 8.2. Wie bereits vor Vorinstanz beantragt die Verteidigung die Ausfällung einer Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe (Urk. HD 30 S. 6 f; Urk. 40 S. 7). Die Vo- rinstanz hat unter Hinweis auf die

bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 137 IV 312) die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausfällung einer Geldstrafe nach Art. 34 Abs. 1 StGB verneint, da die Gesamtstrafe 14 Monate betrage (Urk. 38 Erw. 6). Da heute eine (reduzierte) Gesamtstrafe von einem Jahr auszufallen sein wird (vgl. Ziff. II.10), ist vorliegend diese Frage zu prüfen.

- 21 - 8.3. Für Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr sieht das Gesetz Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor (vgl. Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Im Vordergrund steht dabei die Geldstrafe. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, wonach bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Gemäss BGE 137 IV 312 sind bei der Wahl der Sanktionsart als wichtige Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (E 2.5). Dem Sachgericht stehe in der Wahl ein Ermessen zu. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat es konkret zu prüfen, weshalb im Einzelfall eine Geldstrafe als unzumutbar und stattdessen eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei. Die Begründungspflicht reicht nicht so weit, wie dies Art. 41 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Ausfällung kurzer Freiheitsstrafen unter sechs Monaten verlangt. Allerdings sollten die Beweggründe des Gerichts für die eine oder andere Sanktionsform aus dem Urteil ersichtlich sein (BGE 137 IV 312 E.2.5). 8.4. Wie bereits vorstehend erwähnt, hat sich der Beschuldigte trotz zahlreicher, teilweise erheblicher Vorstrafen, Verwarnungen, Strafvollzug, Probezeiten und laufende Strafuntersuchungen nicht von weiterem Delinquieren abhalten lassen (vgl. auch vorstehende Ziff. II. 4.2.). Eine mildere Sanktionsart als eine Freiheitsstrafe ist deshalb vorliegend nicht angezeigt, auch nicht aufgrund seines sozialen Umfeldes, welches sich unverändert ungünstig darstellt. Deshalb kann entgegen dem Antrag der Verteidigung für die heute neu auszufällende Strafe keine Geldstrafe ausgesprochen werden. D. Vollzug

E. 9

Die Vorinstanz hat sodann zu Recht befunden, dass die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Sie hat die Voraussetzungen für einen Aufschub des Vollzugs nach Art. 42 StGB verneint. Auf diese Erwägungen ist zunächst zu verweisen (Urk. 38 Erw. VI.3.2; Art. 82 Abs. 4 StPO), wobei festzuhalten ist, dass es um den Vollzug der neu auszufällenden Strafe und nicht der Gesamtstrafe geht. Diese kann weder bedingt noch teilbedingt ausgesprochen werden (BGE 135 IV 146). Der

- 22 - Beschuldigte wurde mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom

E. 11

April 2008 zu einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten verurteilt, mithin innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat. Somit müssten gemäss Art. 42 Absatz 2 StGB besonders günstige Umstände vorliegen, um noch einen Aufschub des Vollzugs anzuordnen. Ergänzend zu den Ausführungen der Vorinstanz ist auf den bereits erwähnten Umstand hinzuweisen, dass der Beschuldigte auch noch während laufender Untersuchung, d.h. nach der ersten polizeilichen Einvernahme am 2. August 2010 betreffend den ersten Diebstahl im B._____ vom 19. Juli 2010, weiter delinquierte, was auf eine Unbelehrbarkeit und Gleichgültigkeit sondergleichen hindeutet. Selbst wenn man von der Version des Beschuldigten vorbehaltlos ausginge, wonach er delinquent habe, um Lebensmittel zu beschaffen, so vermag die

zunehmende leichte Erhöhung des finanziellen Unterstützungsbeitrages (inkl. Gutschein "Tischlein-deck-dich") seine finanzielle Situation nicht derart zu verbessern, dass das Delinquenzrisiko erheblich und nachhaltig vermindert erscheint. Auch sein schlechter gesundheitlicher Zustand, der bereits länger andauert, vermag die Prognose nicht positiv zu beeinflussen. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur Frage der Rückversetzung (Ziff. 4.2. vorstehend) verwiesen werden. Somit ist das Vorliegen besonders günstiger Umstände als Grundlage für einen bedingten Vollzug der heute neu auszufällenden Strafe zu verneinen. Die Voraussetzungen zur Ausfällung einer unbedingten Strafe sind somit gegeben. E. Gesamtstrafe 10. Da somit die neu auszufällende Freiheitsstrafe von 135 Tagen zu voll- ziehen ist, sind die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB vorliegend erfüllt. In Anwendung von Art. 49 StGB ist bei der Gesamtstrafenbildung erneut zu asperieren, wie dies die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 38 Erw. V.5.). Unter Einbezug der Reststrafe von 257 Tagen und unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erscheint eine Gesamtstrafe von

E. 12

Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Gesamtstrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe (wovon ein Tag bereits durch Haft erstanden ist) und einer Busse von Fr. 300.-- zu bestrafen, wobei für den Fall, der schuldhaften Nicht- bezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen festzulegen ist. III. Kostenfolgen 13.1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'500.-- festzusetzen. 13.2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind sodann dem Beschuldigten aufzuerlegen, aber definitiv abzu-

- 24 - schreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind sodann von vornherein auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.