

# ZH\_OBERGERICHT SB160078 vom 14. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB160078](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160078)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB160078 du 14 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB160078 del 14 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

#### E. 1.1

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat meldete mit Eingabe vom 17. Dezember 2015 gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. Dezember 2015 fristgerecht die Berufung an (Urk. 30). Die begründete Urteilsausfertigung ging am 29. Januar 2016 bei der Staatsanwaltschaft ein (Urk. 33). Mit Schreiben vom

#### E. 1.2

Das vorinstanzliche Urteil blieb bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch),

#### E. 1.3

Die Berufungsverhandlung fand am 14. Juni 2016 statt. Nach dieser Verhandlung, zu welcher heute der Vertreter der Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte mit seiner Verteidigerin erschienen sind (Prot. II S. 5), ist das Verfahren spruchreif. 2. Strafzumessung 2.1. Parteistandpunkte a) Die Staatsanwaltschaft wendet gegen die von der Vorinstanz bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe ein, dass der Beschuldigte seit dem 1. Februar 2010 fünf im schweizerischen Strafregister eingetragene Vorstrafen erwirkt habe. Dabei hätten diese Vorstrafen teilweise identische Delikte betroffen, wie sie im vorliegenden Prozess zu beurteilen seien. Letztmals sei der Beschuldigte am 6. Mai 2014 mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von neun Monaten bestraft worden. Somit sei der Aufschub des Strafvollzugs in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 StGB nur dann zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen würden, wobei eine ungünstige Prognose zu vermuten sei. Der Beschuldigte habe nach der Urteilsverkündung zu einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe in vorliegender Sache erneut mehrfach delinquent. So seien die Taten, welche zum vorliegenden Verfahren geführt hätten, denn auch nicht auf eine Einzelhandlung zurückzuführen. Vielmehr habe der Beschuldigte im Abstand von ca. drei Monaten auf unterschiedliche Art und Weise delinquent. Dieses erneute mehrfache Delinquieren nur wenige Monate nach der genannten Verurteilung durch das Bezirksgericht Uster sowie die fünf Vorstrafen seien damit als erheblich ungünstiges Element und als Ausdruck eines Charaktermangels zu würdigen. Sodann falle mit Bezug auf die zu beurteilende Delinquenz des Beschuldigten auf, dass diese zumindest hinsichtlich des Diebstahls demselben Verhaltensmuster unterliege, wie jenem bezüglich der einfachen Körperverletzung, welche zur vorerwähnten unbedingten Freiheitsstrafe geführt habe. Der Beschuldigte habe in der Berufungsverhandlung ausgeführt, beim Diebstahl habe es sich um einen gegen seinen damaligen Chef gerichteten Raub gehandelt. Im Verfahren betreffend einfache Körperverletzung habe er ausgeführt, er habe die Körperverletzung aus Dummheit

begangen und habe überreagiert. Beide Male habe der Beschuldigte ein impulsives und unüberlegtes

- 6 - Verhalten an den Tag gelegt. Selbst der Beschuldigte anerkenne, dass er in jenen Momenten, in welchen er delinquirere, nicht an die Konsequenzen denke. Dieser Umstand wiege hinsichtlich der Prognose erheblich negativ, zumal nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Beschuldigte diesbezüglich irgendwelche erfolgsversprechenden Korrekturmassnahmen (allfällige Therapien etc.) unter- nommen habe. Schliesslich verkenne die Vorinstanz bei ihrer Begründung, dass unter dem aktuellen Recht die Verurteilung, und nicht die Tatsache, dass der Tä- ter den Strafvollzug bereits erlebt habe, massgebend sei. Insgesamt lasse sich daher die Vermutung der ungünstigen Prognose nicht mehr umstossen. Daran würden auch die Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil nichts ändern, da dort von allzu hypothetischen Annahmen für ein in die Zukunft gerichtetes Verhalten des Beschuldigten ausgegangen werde (Urk. 37; Urk. 51 S. 3 f. und Prot. II S. 15). b) Der Beschuldigte liess durch seine Verteidigerin geltend machen, dass die Vorinstanz mit Bezug auf die Strafzumessung ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei, umfasse diese doch lediglich fünf Sätze (Urk. 53 S. 2). Was die Tatkomponenten mit Bezug auf den Diebstahl der ...gutscheine anbelangt, liess er vorbringen, dass der Deliktsbetrag zwar Fr. 7'280.-- betragen habe, sich jedoch der Schaden, welcher der B. \_\_\_\_\_ AG entstandene sei, lediglich auf Fr. 2'960.-- belaufen habe. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte den Diebstahl nicht von langer Hand geplant habe, sondern der Entschluss, sich die Gutscheine anzueignen, aus einer der Frustration über die plötzliche Kündi- gung des Arbeitsverhältnisses durch seinen Chef entstanden sei. Es liege auf der Hand, dass die Bereicherungsabsicht nicht im Vordergrund gestanden sei. Was den Tatbestand des Fahrens ohne Berechtigung anbelange, so sei auch hier von einem sehr leichten Verschulden auszugehen, da die gefahrene Strecke weniger als 3 km betragen habe und die Möglichkeit einer Gefährdung anderer Verkehrs- teilnehmer in der Nacht verhältnismässig klein sei (Urk. 53 S. 4). Strafmindernd sei dem Beschuldigten sodann sein vollumfängliches Geständnis zugute zu hal- ten, auch wenn er hinsichtlich des Diebstahls erst im Laufe des polizeilichen Er- mittlungsverfahrens geständig gewesen sei. In die Beurteilung miteinzubeziehen

- 7 - sei schliesslich, dass der Beschuldigte seine Taten aufrichtig bereue (Urk. 53 S. 5). Mit Bezug auf die Frage der Gewährung des bedingten Vollzugs liess der Beschuldigte weitgehend auf die Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwei- sen. Ausserdem liess er geltend machen, dass sich der Vollzug der Freiheitsstra- fe gemäss Zwischenbericht des Amts für Justizvollzug vom 31. Mai 2016 (Urk. 54/1) positiv auf ihn ausgewirkt habe. Darin halte die Fallverantwortliche fest, dass es jederzeit möglich sei, mit dem Beschuldigten schwierige Themen und mögliche Veränderungen im Hinblick auf eine Risikominderung zu bespre- chen. Positive Veränderungen hätten auch hinsichtlich seiner Freizeitgestaltung, Einstellungen und seines Verhaltens festgestellt werden können. Er sei sich der Konsequenzen seiner Straftaten bewusst und konzentriere sich heute auf seine Partnerschaft und den neuen Kollegenkreis. Der Beschuldigte habe sich in der angeordneten Bewährungshilfe bisher motiviert und kooperativ gezeigt und sei bereit, Verantwortung zu übernehmen. Diese neuen Umstände vermöchten die Vermutung der ungünstigen Prognose umzustossen (Urk. 53 S. 5 und S. 7). c) Die Vorinstanz hielt im Wesentlichen dafür, dass bei der Prüfung der subjek- tiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges zu be- rücksichtigen sei, dass der Vollzug der letzten Vorstrafe erst nach

Begehung der im vorliegenden Prozess zu beurteilenden Delikte durchgeführt wurde, da der Beschuldigte den Vollzug erst am 27. Juli 2015 angetreten habe. Das Strafvollzugsregime habe sich demnach noch nicht bessernd auf den Beschuldigten auswirken können. Der Beschuldigte habe vor Gericht glaubhaft dargetan, dass der Strafvollzug nicht spurlos an ihm vorbeigegangen sei. Er habe die Zeit genutzt, um sich auf seine künftige Lehre als Automobilfachmann vorzubereiten (Urk. 26 S. 2). Weiter habe er sich darum bemüht, sich den in früheren Jahren verpassten Schulstoff mit Hilfe von Nachhilfestunden anzueignen (Urk. 26. S. 4). Auch habe er sich von einem Teil seines früheren Kollegenkreises getrennt und seinen Alkoholkonsum reduziert. (Urk. 26 S. 12). Der Beschuldigte sei sich offenkundig seiner Defizite bewusst und sei heute gewillt, sein Schicksal in die eigenen Hände zu nehmen. Indessen sei es nicht nur die innere Einstellung, sondern auch die

- 8 - äusseren Umstände, welche ein künftiges Wohlverhalten des Beschuldigten erwarten liessen. Ab Sommer 2016 werde er in der Garage des Vaters eine Lehre als Automobilfachmann absolvieren, wobei die Aussicht bestehe, dass er diesen Betrieb dereinst übernehmen werde (Urk. 26 S. 4). Somit verfüge der sich selbst als "Autofanatiker" bezeichnende Beschuldigte über solide längerfristige Berufsperspektiven. Im Weiteren führte die Vorinstanz aus, dass der Beschuldigte eine unbedingte Freiheitsstrafe erneut in Halbgefängenschaft absitzen könnte, jedoch bei einer heute auszufällenden bedingten Freiheitsstrafe damit rechnen müsste, nach einer erneuten Delinquenz eine unbedingte Freiheitsstrafe zu erhalten, wobei deren Vollzugsdauer zusammen mit derjenigen der dann zumal zu vollziehenden Freiheitsstrafe aus dem vorliegenden Verfahren über ein Jahr zu liegen käme, womit eine Verbüssung in Halbgefängenschaft gemäss Art. 77b StGB ausgeschlossen wäre. Damit könnte der Beschuldigte - so die Vorinstanz - weder die ersehnte Lehre absolvieren, noch täglich seine Freundin und andere Angehörige treffen. Aufgrund der oben rekapitulierten Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass für den Beschuldigten eine bedingte Strafe eine abschreckendere Wirkung als der Vollzug einer zweiten unbedingten Strafe in Halbgefängenschaft entfalten würde, weshalb sich die bedingte Strafe als die geeignetere Sanktion zur Verhinderung künftiger Delikte erweise (Urk. 36 S. 5 ff.). 2.2. Zum Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht ist Folgendes festzuhalten: a) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verlangt, dass die Behörde die wesentlichen Punkte nennt, die für ihren Entscheid relevant waren. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 139 IV 179 E. 2.2; 138 IV 81 E. 2.2; je mit Hinweis). Die Begründungspflicht ist ein wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe vorgenommen hat, in den Grundzügen wiedergeben, sodass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 134 IV 17

- 9 - E. 2.1 mit Hinweisen). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 mit Hinweisen). Die Heilung eines Verfahrensmangels bewirkt per se keine unzulässige Verkürzung des Instanzenzuges (BGE 110 Ia 81 E. 5d mit Hinweis; BGer 6B\_401/2015 vom 16. Juli 2016 E. 1.1). b) Die Kritik des Beschuldigten ist berechtigt. Die Vorinstanz führt zur Strafzumessung lediglich aus, dass der Beschuldigte zu der von der

Staatsanwaltschaft beantragten Sanktion einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten sowie einer Busse von Fr. 200.-- anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben habe, er habe eine solche Strafe verdient, weshalb die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe unbestritten sei. Da die Sanktionshöhe auch sonst zu keinen Bemerkungen Anlass gebe, erübrigten sich detaillierte Ausführungen zu den Strafzumessungsgründen (Urk. 36 S. 4). Die Vorinstanz hat mit keinem Wort die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festgehalten. Sie scheint davon auszugehen, dass die Erklärung des Beschuldigten, er habe die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe verdient, eine Begründung zu ersetzen vermag. Die Vorinstanz ist ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 50 StGB nicht nachgekommen und hat damit das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt. Trotz dieses wesentlichen Mangels drängt sich vorliegend eine Rückweisung an die Vorinstanz (Art. 409 Abs. 1 StPO) jedoch nicht auf. Diese Bestimmung greift nur dann Platz, wenn die Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens und Urteils derart gravierend sind, dass die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich erscheint (BGer 6B\_859/2013 vom 2. Oktober 2014, Erw. 3.3.3 und 3.3.4 mit Hinweisen). Weil die Berufungsinstanz vorliegend über volle Kognition hinsichtlich aller Sach- und Rechtsfragen verfügt (vgl. Art. 398 Abs. 1-3 StPO), ist der festgestellte Verfahrensmangel im Berufungsverfahren heilbar. Da sodann – wie erwähnt – die Heilung eines Verfahrensmangels per se keine unzulässige Verkürzung des Instanzenzuges bewirkt, rechtfertigt es sich vorliegend im Sinne der Verfahrensökonomie, an Stelle der Vorinstanz erstmals eine umfassende Strafzumessung vorzunehmen.

- 10 - 2.3. Strafrahen Der Strafrahen für das schwerste Delikt, den Diebstahl im Sinne von Art. 139 Abs. 1 StGB, liegt bei Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Deliktsmehrheit wegen des weiteren erfüllten Straftatbestandes (Fahren ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG) wirkt sich strafscharfend aus (Art. 49 Abs. 1 StGB), wobei im vorliegenden Fall der Strafscharfungsgrund im Rahmen des ordentlichen Strafrahens strafehöhend zu berücksichtigen ist (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Für die Übertretung der Verordnung über die Strassenverkehrsregeln im Sinne von Art. 96 VRV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VRV ist eine Busse auszufallen. 2.4. Allgemeine Regeln der Strafzumessung a) Innerhalb des massgebenden Strafrahens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (Art. 47 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftaten beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente. b) Hat der Beschuldigte durch mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so ist gestützt auf das Asperationsprinzip gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB für die Strafzumessung von der Tat mit der höchsten Strafandrohung auszugehen und für diese eine hypothetische Einsatzstrafe festzulegen, wobei diese dann aufgrund der weiteren Tathandlungen, welche je separat verschuldensmässig zu beleuchten sind, angemessen zu erhöhen ist. 2.5. Tatkomponente des Diebstahls als schwerstem Delikt (Anklagevorwurf 1) Der Beschuldigte nutzte bei seinem Tatvorgehen gezielt das Wissen aus seiner Zeit als Angestellter der Geschädigten aus, so dass es ihm ohne grosse Probleme möglich war, das Deliktsgut in Form von ...gutscheinen im Wert von Fr. 7'280.- zu behändigen. Ob der zivilrechtliche Schaden schlussendlich geringer war, ist entgegen der Verteidigung des Beschuldigten für die Beurteilung des Verschuldens irrelevant. Das objektive Tatverschulden des Beschuldigten ist in Anbetracht des Deliktsbetrages und der Tatumstände als eher leicht einzustufen.

- 11 - Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Diebstahl als Reaktion auf die zuvor ausgesprochene Kündigung begangen hat. Gemäss Angaben des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung sei er aus Frust und Wut über die Kündigung und weil er unter Alkoholeinfluss gestanden sei, auf die Idee gekommen, die Gutscheine zu entwenden. Die Halbgefängnisstrafe sei bevorgestanden und ohne Job habe er diese nicht antreten können. Es habe sich um einen Racheakt gehandelt, da er die Kündigung als ungerecht empfunden habe (Prot. II S. 12). Diese Vorbringen liefern eine Erklärung für das Handeln des Beschuldigten, stellen aber in keiner Weise eine Rechtfertigung dafür dar. Die subjektive Tatkomponente vermag damit das objektive Tatverschulden nicht zu relativieren. Insgesamt erscheint für das Tatverschulden im Zusammenhang mit dem Diebstahl eine Einsatzstrafe im Bereich von 5 Monaten angemessen.

2.6. Tatkomponente des Fahrens ohne Berechtigung (Anklagevorwurf 2) a) Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Personenwagen Audi A3 trotz Entzugs seines Führerausweises auf Probe auf unbestimmte Dauer auf einer einzelnen Fahrt von einer im Nachhinein nicht mehr eruierbaren Örtlichkeit in Uster herkommend bis zur alten ...strasse ... in ... lenkte. Das Verschulden wird dadurch gemindert, dass die Fahrt um halb eins in der Nacht erfolgte, mithin das Verkehrsaufkommen erfahrungsgemäss nicht mehr gross und damit die Möglichkeit der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer klein war, sowie durch den Umstand, dass die zurückgelegte Strecke sehr kurz war. b) In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass sich der Beschuldigte in gleichgültiger Art und Weise gegen das bestehende Verbot, einen Personenwagen lenken zu dürfen, hinwegsetzte. Insbesondere vermag der Umstand, dass der Beschuldigte entschieden hat, seine alkoholisierte und deshalb nicht mehr fahrtüchtige Freundin mit deren Personenwagen nach Hause zu bringen, sein Verschulden nicht zu mindern, bestand doch kein Grund, die kurze Strecke mit dem Auto zurückzulegen, sondern wäre es vielmehr auf der Hand gelegen, das Auto stehen und sich mit dem Taxi nach Hause bringen zu lassen.

- 12 - c) Zusammenfassend ist das diesbezügliche Tatverschulden des Beschuldigten insgesamt als leicht zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung des Aspirationsprinzips ist die Einsatzstrafe um 1 Monat auf 6 Monate zu erhöhen.

2.7. Täterkomponente a) Der Beschuldigte wurde am tt. Juli 1992 in Uster geboren und ist dort aufgewachsen. Seine Eltern liessen sich scheiden, als der Beschuldigte drei Jahre alt war (Prot. II S. 7). Er lebte bis zur fünften Klasse bei seiner Mutter, welche mit ihm überfordert war, weshalb er zum Vater zog (Prot. II S. 8). Nach der Primarschule wurde er gemäss eigenen Angaben in mehreren Heimen untergebracht, da er ein schwieriges Kind gewesen sei und in der Schule nicht aufgepasst habe (Prot. II S. 8). Die 2. und 3. Oberstufe besuchte er im Schulheim C. .... Es folgte ein "Timeout", das zwei Jahre gedauert hat. Im Alter von 18 Jahren zog der Beschuldigte von zu Hause aus (Urk. 53 S. 5). Eine begonnene Karoseriespengler-Lehre brach er ab. Danach machte er eine Ausbildung zum Automobilassistenten (Prot. II S. 8 f.). Im gegenwärtigen Zeitpunkt ist er im Rahmen einer Übergangslösung als Praktikant bei seinem Vater angestellt, welcher in D. .... einen Garagenbetrieb führt. Er erzielt derzeit ein Einkommen von monatlich Fr. 1'000.-- brutto. Im August wird er dort eine dreijährige Lehre zum Automobilfachmann beginnen (Prot. S. 9 f.). Seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug am 26. Januar 2016 wohnt er bei seiner Freundin an der ...strasse ... in .... Er hat gemäss eigenen Angaben Schulden in Höhe von Fr. 30'000.--, welche aus Betreibungen betreffend Mobiltelefonrechnungen und diverser Versandbestellungen resultieren (Prot. II S. 10). Auch wenn der Beschuldigte aufgrund

seines geschilderten auffälligen Verhaltens eine eher schwierige Kindheit (insbesondere Schulzeit) verlebte, ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten zum heutigen Zeitpunkt keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. b) Der Beschuldigte ist im schweizerischen Strafregister mit fünf aus verschiedenen Deliktskategorien herrührenden Vorstrafen verzeichnet, davon eine Jugendstrafe aus dem Jahre 2010 (30 Tage Freiheitsentzug). Zuletzt wurde er mit Urteil des Bezirksgerichts Uster wegen einfacher Körperverletzung zu 9 Monaten Freiheitsstrafe unbedingte verurteilt (Urk. 49). Er wurde nach Verbüßung von zwei

- 13 - Dritteln der Strafe am 26. Januar 2016 bedingt aus dem Strafvollzug (Halbgefängnis) entlassen. Die genannten, teilweise einschlägigen Vorstrafen, insbesondere die zuletzt erfolgte Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe, wirken sich spürbar strafehöhend aus, ebenso der Umstand, dass der Beschuldigte den Diebstahl lediglich knapp acht Monate nach der letzten Verurteilung verübte. Das Geständnis des Beschuldigten in Bezug auf den Diebstahl wirkt nur marginal strafmindernd, legte er doch dieses erst nach umfangreichen polizeilichen Ermittlungen gestützt auf die erdrückende Beweislage ab. Demgegenüber ist dem Beschuldigten bezüglich des Fahrens ohne Berechtigung ein sofortiges Geständnis zugute zu halten und dementsprechend strafmindernd zu berücksichtigen. c) Da die strafehöhenden gegenüber den strafmindernden Kriterien überwiegen, ist aufgrund der Täterkomponente die Strafe um einen Monat zu erhöhen, was eine Gesamtstrafe von 7 Monaten ergibt. Entgegen der Verteidigung des Beschuldigten rechtfertigt es sich nicht, die Polizeiverhaftung von lediglich sechs Stunden und 45 Minuten an die auszufällende Strafe anzurechnen. d) Die von der Vorinstanz ausgefallene Busse von Fr. 200.-- für die Übertretung der Verordnung über die Strassenverkehrsregeln im Sinne von Art. 96 VRV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VRV erscheint angemessen und ist deshalb zu bestätigen. Ebenso ist der von der Vorinstanz festgelegte Umwandlungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.-- Busse angemessen, womit vorliegend für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen festzusetzen ist. 2.8. Art der Sanktion a) Mit der Anschlussberufung liess der Beschuldigte beantragen, es sei eine Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 10.-- auszufallen (Urk. 44 S. 2; Urk. 53 S. 2). b) Es ist vorliegend aus Gründen der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit der Strafe eine Freiheitsstrafe und nicht eine Geldstrafe auszufallen. Der Beschuldigte wurde in den zurückliegenden 5 Jahren bereits viermal zu einer

- 14 - Geldstrafe und einmal zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 49). Dennoch delinquierte er erneut und teilweise einschlägig. Der Beschuldigte lässt sich durch Vorstrafen und insbesondere durch Geldstrafen offensichtlich nicht abschrecken. Seine Haltung zeugt von einer Gleichgültigkeit gegenüber ihm auferlegten oder drohenden Strafen. Daran ändert nichts, dass er die mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 6. Mai 2014 ausgefallene unbedingte Freiheitsstrafe erst nach den vorliegend zu beurteilenden Delikten verbüßte, wäre doch zu erwarten gewesen, dass er in Kenntnis des rechtskräftigen Urteils vom 6. Mai 2014, mit welchem er zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden war, von weiteren Delikten absehen würde, was aber nicht der Fall war. Es ist deshalb zweckdienlich, dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe aufzuerlegen. 2.9. Vollzug der Strafe a) Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug mit der bereits oben rekapitulierten Begründung (vgl. oben Ziff. 2.1 lit. c). b) Das Gericht schiebt den Vollzug 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). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). In einem solchen Fall wird die ungünstige Prognose vermutet (Markus Hug, in: Andreas Donatsch [Hrsg.], StGB Kommentar, 19. A., Zürich 2013, Art. 42 N. 16–22). Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Beschuldigten eine besonders günstige Prognose gestellt werden kann, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen. c) Die objektive Voraussetzung für einen bedingten Strafvollzug ist gegeben: Der Beschuldigte wird zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt, was den gesetzlichen Rahmen von zwei Jahren nicht überschreitet.

- 15 - d) Es bleibt somit zu prüfen, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für einen Aufschub erfüllt sind. Das Bezirksgericht Uster verurteilte den Beschuldigten am 6. Mai 2014, mithin weniger als fünf Jahre vor den vorliegend zu beurteilenden Taten, zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten. Wie oben dargelegt, müssen unter diesen Umständen besonders günstige Voraussetzungen erfüllt sein, damit dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Ausserdem wird aufgrund dieser Konstellation die ungünstige Prognose vermutet. e) Entgegen der Vorinstanz vermögen die Umstände im vorliegenden Fall die zu vermutende ungünstige Prognose nicht umzustossen. Zunächst kann hierfür nicht der im Tatzeitpunkt noch nicht eingetretene bessernde Einfluss von 6 Monaten Halbgefängenschaft aufgeführt werden. Einerseits wusste der Beschuldigte aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Bezirksgerichts Uster genau, dass er in den Vollzug musste. Andererseits kann von 6 Monaten Halbgefängenschaft kaum eine entscheidend bessernde Auswirkung erwartet werden, wie dies bei einer längeren Vollzugsdauer im Normalregime durchaus denkbar ist. Die Aussagen des Beschuldigten zu seinen Absichten und Plänen in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und anlässlich der Berufungsverhandlung dürften denn auch weniger auf den zwischenzeitlich verbüsst Strafvollzug zurückzuführen sein, sondern entsprechen wohl eher seinem üblichen Aussageverhalten bei Fragen zu seiner Person. Darauf lassen jedenfalls seine entsprechenden Aussagen im Rahmen der Hauptverhandlung des letzten Prozesses am Bezirksgericht Uster vom 6. Mai 2014 schliessen. Schon damals führte der Beschuldigte aus, er sei "auf gutem Weg" und er wolle die Zusatzlehre als Automobilfachmann absolvieren. Er sei dankbar, wenn er diesen Weg weiter verfolgen könnte. Ausserdem versicherte er, "solche Sachen" in Zukunft nicht mehr zu machen (Urk. 17/8 S. 6). Dass solche Aussagen nicht gerade zum Nennwert genommen werden dürfen, zeigt die seitherige Entwicklung. Diese negative Entwicklung erfolgte trotz der Unterstützung durch den Vater des Beschuldigten, der in der Hauptverhandlung am Bezirksgericht Uster vom 6. Mai 2014 dargetan hat, dass er seinem Sohn eine berufliche Perspektive eröffnen wollte, indem er ihm die Zusatzlehre in seinem Betrieb ermöglichen würde (Urk. 17/8 S. 6). Der Beschuldigte selber sprach in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erneut von der Möglichkeit, im Garagenbe-

- 16 - trieb seines Vaters die erwähnte Zusatzlehre zu absolvieren. Hieraus schloss die Vorinstanz, dass eine bedingte Freiheitsstrafe für den Beschuldigten "eine abschreckendere Wirkung" als der Vollzug einer zweiten unbedingten Strafe in Halbgefängenschaft entfalten würde, weshalb sich die bedingte Strafe als geeignete

Sanktion zur Verhinderung künftiger Delikte erweise. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass mit der Staatsanwaltschaft festzustellen ist, dass die Vorinstanz von hypothetischen Annahmen für ein in die Zukunft gerichtetes Verhalten des Beschuldigten ausgeht, ist klar von einer ungünstigen Prognose auszugehen, welche im vorliegenden Fall nicht widerlegt werden kann. Insbesondere kann in der beabsichtigten Zusatzlehre keine besonders günstige Voraussetzung gesehen werden, zumal auch die bereits abgeschlossene Erstausbildung als Automobilassistent den Beschuldigten nicht vom Delinquieren abgehalten hat. In diesem Zusammenhang ist sodann zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte aufgrund seiner Anstellung bei der Autogarage seines Vaters jeden Tag in Versuchung geraten könnte, trotz Entzugs des Führerausweises auf Probe ein Fahrzeug zu lenken. Auch aus dem Zwischenbericht des Amts für Justizvollzug vom 31. Mai 2016 ergibt sich mit Bezug auf die Beurteilung der Prognosestellung nichts zugunsten des Beschuldigten. Zwar wird darin festgehalten, dass es jederzeit möglich sei, mit dem Beschuldigten auch schwierige Themen und mögliche Veränderungen im Hinblick auf eine Risikominderung zu besprechen und dass sich der Beschuldigte motiviert und kooperativ gezeigt habe und bereit sei, Verantwortung zu übernehmen (Urk. 54/1). Doch hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass der Beschuldigte sowohl bei der einfachen Körperverletzung, welche zur Freiheitsstrafe in Halbgefängenschaft geführt hat, als auch beim vorliegend zu beurteilenden Diebstahl ein impulsives und unüberlegtes Verhalten an den Tag gelegt hat. Auch wenn der Beschuldigte im Nachhinein jeweils Einsicht in sein Handeln zeigt, so wiegt das genannte impulsive und unüberlegte Verhalten in Stresssituationen bei der Prognosestellung sehr negativ, zumal dem Zwischenbericht des Amts für Justizvollzug auch nicht entnommen werden kann, dass der Beschuldigte erfolgsversprechende Massnahmen ergriffen hat, indem er beispielsweise eine Therapie besucht. Der Beschuldigte könnte eine unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 8 Monaten mit grosser Wahrschein-

- 17 - lichkeit erneut in Halbgefängenschaft verbüssen (Art. 77b StGB) und es wäre dem Beschuldigten somit trotz des Vollzugs möglich, der geplanten Ausbildung nachzugehen, mithin sich eine erweiterte berufliche Perspektive zu schaffen. Es ist somit davon auszugehen, dass der Vollzug der Strafe keine nachhaltig schädigenden Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld zeitigen wird. Aufgrund obiger Erwägungen ist die Freiheitsstrafe von 8 Monaten zu vollziehen. 3. Kostenfolgen

### **E. 3**

Februar 2016, hierorts eingegangen am 5. Februar 2016, reichte die Staatsanwaltschaft in der Folge rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein, wobei sie einzig die Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils anfocht, mithin die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (Urk. 37; Art. 399 Abs. 3 StPO). Mit Präsidialverfügung vom 30. März 2016 wurde dem Beschuldigten Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung angesetzt. Gleichzeitig wurde ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine amtliche Verteidigerin bestellt (Urk. 42). Diese erhob mit Eingabe vom 26. April 2017 namens und auftrags des Beschuldigten innert Frist Anschlussberufung (Urk. 44; Art. 401 Abs. 1 StPO). Mit dieser liess der Beschuldigte beantragen, es sei die Berufung der Staatsanwaltschaft abzuweisen, Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und es sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 10.-- sowie mit einer Busse von Fr. 200.-- zu bestrafen. Ausserdem sei Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und es sei der Vollzug der Geldstrafe aufzu-

schieben und die Probezeit auf 4 Jahre festzusetzen (Urk. 44).

### **E. 3.1**

Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- dispositiv zu bestätigen.

### **E. 3.2**

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung. Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Anschlussberufung vollumfänglich. Dementsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

### **E. 3.3**

Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 135 Abs. 4 StPO). Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. Dezember 2015 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 5 (Einziehung und Vernichtung der beschlagnahmten Post- sendung), 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 18 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 7 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 200.--. 2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. 3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'461.50 amtliche Verteidigung

### **E. 5**

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.

### **E. 6**

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

- 19 - und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

### **E. 7**

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, 14. Juni 2016 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter Dr. Bussmann lic. iur. Freiburghaus

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