

ZH_OBERGERICHT SB190342 vom 28. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190342

FR: ZH_OBERGERICHT SB190342 du 28 avril 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190342 del 28 aprile 2020

Erwägungen

E. 1

Untersuchungs- und erstinstanzliches Verfahren

E. 1.1

Die Verteidigung weist zu Recht darauf hin, dass Vorstrafen nach einer bestimmten Frist aus dem Strafregister zu entfernen sind. Bei Freiheitsstrafen unter einem Jahr beträgt die Frist 10 Jahre. Die Strafdauer ist zusätzlich zu berücksichtigen (Art. 369 Abs. 1 und 3 sowie 7 Satz 2 StGB und BSK StGB II - ARNOLD / GRUBER, 4. Aufl. 2019, N 7 zu Art. 369 StGB). Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für ausländische Strafregistereinträge (6B_1053/2016, Urteil vom 18. Mai 2017, E. 6.3.2 mit Verweis auf 1B_88/2015 vom 7. April 2015

- 27 - E. 2.2.1). Im vorliegenden Fall ergibt sich, dass die italienischen Vorstrafen aus den Jahren 2006 (4 Monate Freiheitsstrafe und Busse von EUR 200.– wegen versuchten Diebstahls etc.) und 2008 (4 Monate Freiheitsstrafe und Busse von EUR 100.– wegen Hehlerei etc.) dem Beschuldigten nicht mehr entgegengehalten werden dürfen.

E. 1.2

In der Schweiz weist der Beschuldigte eine Vorstrafe auf. Er wurde mit Strafbefehl vom 11. Dezember 2017 mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.– unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft wegen mehrfachen Vergehens gegen das und mehrfacher Übertretung des BG über die Betäubungsmittel (Urk. 45 und neuester Auszug Urk. 75). Der Beschuldigte hatte am 25. Oktober 2017 an zwei verschiedene Personen 2 respektive 3 Portionen Heroin à 0,15 Gramm unbekanntes Reinheitsgrades verkauft. Weiter hatte er in unregelmässigen Abständen nicht näher bekannte Mengen Heroin und Marihuana konsumiert (Urk. D1/18/1). 2. Widerruf

E. 2

Berufungsverfahren

E. 2.1

Die Vorinstanz hat die mit Strafbefehl vom 17. Dezember 2019 erwähnte Geldstrafe von 90 Tagessätzen widerrufen und zusammen mit dem heute zu beurteilenden Diebstahl eine Gesamtstrafe von 130 Tagessätzen Geldstrafe festgesetzt. Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren Verzicht auf den Widerruf und argumentiert, der Widerruf setze in aller Regel eine einschlägige Vorstrafe voraus, was vorliegend nicht der Fall sei. Darüberhinaus liege der Bagatelldiebstahl an der Schwelle zu einer Übertretung (geringfügiges Vermögensdelikt), welche keinen Widerruf zulassen würde. Der geringfügige Cannabiskonsum sei zwar ein einschlägiges Delikt, lasse aber als Übertretung

einen Widerruf eines Vergehens von Gesetzes wegen nicht zu. Trotz der Vorstrafe sei von einer günstigen Legalprognose auszugehen. Bereits in der Haft habe der Beschuldigte einen Sinneswandel gemacht, habe sich aus eigenem Antrieb vom Methadonkonsum entgiftet und sei nun drogenfrei. Weiter habe er sich um seine im Sterben liegende Grossmutter in J._____ [Land] gekümmert; seit Juni 2019 lebe er wieder in der Schweiz. Er verfüge über eine Aufenthaltsbewilligung B, habe eine Mietwohnung und arbeite im Rahmen von Temporäreinsätzen auf dem Bau und habe so seinen

- 28 - Lebensunterhalt stets selber verdient. Seit seiner Entlassung aus der Haft, habe er sich nichts mehr zu Schulden kommen lassen (Urk. 50 S. 6 und 8 ff.). Mit Eingabe vom 9. Oktober 2019 teilte die Verteidigung mit, die Aufenthaltsbewilligung für den Beschuldigten sei mittlerweile bis 22. Juli 2024 verlängert worden, was ein gewichtiges Indiz für die in der Anschlussberufung geltend gemachten gefestigten Lebensverhältnisse und des vollzogenen Lebenswandels sei (Urk. 55 und 56).

E. 2.2

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein neues Verbrechen oder Vergehen, widerruft das Gericht die bedingte Strafe, sofern mit diesem Verhalten eine negative Prognose verbunden ist, wenn also die Gefahr weiterer Straftaten besteht. Massgebendes Kriterium für die Anordnung wie auch den Widerruf des bedingten Strafvollzugs ist die Prognose. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit erforderlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbeltung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt der Entscheidung miteinzubeziehen (BSK StGB - Schneider / Garré, 14. Aufl. 2019, Art. 46 N 1 f., 7 und 20 mit Verweis auf BGE 134 IV 140 und weitere Bundesgerichtsentscheide).

E. 2.3

Der Beschuldigte gab anlässlich der Berufungsverhandlung zu seiner aktuellen Aufenthalts-, Arbeits- und Wohnsituation an, seit Juli 2019 habe er eine eigene Wohnung, in der er auch heute noch lebe. Letztes Jahr habe er bis Ende November/anfangs Dezember (2019) gearbeitet. Da er noch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe, sei er seither vom Sozialamt unterstützt worden. Dieses bezahle seine Wohnung und die Krankenkasse; zusätzlich erhalte er Fr. 980.– und werde somit gesamthaft mit rund Fr. 2'500.– unterstützt. Er habe im März wieder mit der Arbeit auf dem Bau beginnen wollen, jedoch habe er wegen der besonderen Lage (Coronavirus) die in Aussicht gestellte Temporär-

- 29 - Anstellung nicht antreten können. Er warte von Woche zu Woche auf Arbeit (Prot. II S. 20 f.; S. 34).

E. 2.4

Vorliegend fällt vor allem entscheidend ins Gewicht, dass der Beschuldigte nur zweieinhalb Monate nachdem er mit Strafbefehl wegen Drogenverkaufs mit einer bedingten Geldstrafe

belegt wurde, erneut delinquierte und einen Waren- hausdiebstahl beging. Zwar handelt es sich nicht um ein einschlägiges Delikt, in- dessen offenbarte der Beschuldigte zwei Mal in kurzem Abstand, dass er nicht gewillt ist, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten. Wohl handelte der Be- schuldigte beim Diebstahl, weil er kein Geld hatte und – wie er an der Berufungs- verhandlung angab – kein Essen zuhause gehabt habe (Prot. II S. 29). Indessen nahm er dort wesentlich mehr und zum Teil teure Waren mit (Urk. D2/6/1), als er dringend brauchte, um den Hunger zu stillen. Zwar hat sich der Beschuldigte seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft - soweit bekannt - gut verhalten und hat es gemäss eigenen angaben geschafft, ein drogenfreies Leben zu führen. In- dessen ging er nach seiner Haftentlassung am 14. September 2018 nach J. _____ und lebte dort mit kurzen Unterbrüchen bis Juni 2019; er meldete sich erst am 11. Juli 2019 wieder in der Schweiz an (Prot. I S. 10 und Urk. 51/2+3). Die finanziel- len Verhältnisse des Beschuldigten sind sehr knapp und er wird aktuell vom Sozi- alamt unterstützt und ist auf sich alleine gestellt, nachdem ihn seine Grossmutter derzeit nicht finanziell unterstützt (Prot. II S. 21). Auch gemäss Gutachten besteht eine gewisse Rückfallsgefahr: Der Gutachter spricht von einer leicht bis mässig erhöhten Wahrscheinlichkeit neuerlicher Straftaten wie Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Diebstahlsdelikte (D1/12/13 S. 85), welche die- ser nur teilweise auf die Umstände im Zusammenhang mit der Opiatabhängigkeit zurückführt. In wirtschaftlich schwierigere Zeiten oder wenn die Arbeit auf dem Bau – z.B. durch den Winter oder während der aktuell schwierigen Lage aufgrund des Coronavirus – knapp wird, und der Beschuldigte deshalb keiner geregelte All- tagsstruktur mehr hat, dürfte die Rückfallgefahr sich verstärken. Es kann insge- samt, trotz der Tatsache, dass dem Beschuldigten vor der Coronakrise eine Stelle in Aussicht gestellt wurde, der Beschuldigte zudem über eine geregelte Wohnsi- tuation verfügt und gemäss eigenen Angaben kein Methadon mehr einnimmt, nicht von derart gefestigten Verhältnissen ausgegangen werden, als dass ihm ei-

- 30 - ne gute Prognose gestellt werden könnte. Demnach ist der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 11. Dezember 2017 aus- gesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.– zu widerrufen.

E. 2.5

Damit fehlt es an der selbstverschuldeten Herbeiführung der Unzurech- nungsfähigkeit im Tatzeitpunkt. Eine Verurteilung des Beschuldigten für den im Zustand der Schuldunfähigkeit erfüllten Tatbestand des Raubes gemäss Art. 263 StGB ist somit nicht möglich, sondern es hat ein Freispruch zu ergehen.

E. 3

Strafzumessung / Gesamtstrafe

E. 3.1

Die Vorinstanz hat sowohl den Strafraumen für den vorliegend massge- benden Diebstahlstatbestand Art. 139 Ziff. 1 StGB, nämlich Freiheitsstrafe bis zu

E. 3.2

Zur Tatkomponente ist festzuhalten, dass in objektiver Hinsicht eine eher bescheidene Deliktssumme vorliegt und diese nur knapp den Deliktsbetrag von Fr. 300.– übersteigt, welcher noch ein geringfügiges Vermögensdelikt (Art. 172ter StGB) darstellt. Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, mag zwar zu- treffen, dass sich der Beschuldigte wohl

in einem momentanen finanziellen Engpass befand, jedoch leuchtet nicht ein, weshalb er - falls es nur darum ging, den Hunger zu stillen - eine ganze Tasche voller Lebensmittel entwendete. Im übrigen gab er im Laufe des Verfahrens auch verschiedentlich an, er habe von seiner in J. _____ lebenden Grossmutter Unterstützung erhalten. Weiter liegt wohl kein besonders geplantes Tatvorgehen vor, indessen kann durchaus gesagt werden, dass der Beschuldigte recht dreist vorging, in dem er einfach mit gefüllter Tasche das Ladenlokal verliess. Insgesamt kann aber von einem leichten bis sehr leichten Verschulden gesprochen werden. Die Vorinstanz setzte die Einsatzstrafe auf 50 Tagessätze fest. Die Verteidigung erachtet dies als zu hoch und verweist auf die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 4. November 2018, welche für einen Warenhausdiebstahl als Strafmasse 30 Tagessätze vorsehen, sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urk. 50 S. 17). Zunächst ist vorzuschicken, dass es sich bei den Strafmassempfehlungen um eine Leitlinie für "Massengeschäfte" handelt, die eine gewisse Gleichbehandlung gewährleisten soll. Die richterliche Unabhängigkeit wird dadurch nicht eingeschränkt. Die von der Vorinstanz angenommene Einsatzstrafe von 50 Tagessätzen bewegt sich ohne weiteres im zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum.

E. 3.3

Bezüglich der Täterkomponenten kann vorab auf die weitgehend zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 S. 22 f.) Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten (vgl. die Zusammenfassung der Vorinstanz in Ziff. 2.2) lässt sich weder etwas zu seinen Gunsten, noch zu seinen Lasten ableiten. Das Geständnis des Beschuldigten führt zu keiner spürbaren Strafminderung, da dieser auf frischer Tat ertappt und beim Verlassen des Geschäftes angehalten wurde, mithin die Beweislage klar war. Jedoch wirken sich die Vorstrafe vom 11. Dezember 2017 sowie das Handeln während laufender Probezeit leicht strafferhöhend aus. Die von der Vorinstanz vorgenommene Straferhöhung um 10 Tagessätze auf 60 Tagessätze für das Diebstahlsdelikt erweist sich als angemessen

E. 3.4

Gemäss dem revidierten Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn eine Strafe zu widerrufen ist und sowohl diese widerrufen Strafe wie auch die neue Strafe gleicher Art sind. Anders als in der früheren Fassung, die als Kann-Vorschrift formuliert war, ist die Bildung einer Gesamtstrafe demnach zwingend im genannten Fall der gleichartigen Strafen (vgl. 6B_932/2018 Urteil des Bundesgerichtes vom 24. Januar 2019 E. 2., insbesondere 2.3.5).

E. 3.5

Bei der mit Strafbefehl vom 11. Dezember 2017 verhängten bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen und der heute auszufällenden Strafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe handelt es sich um gleichartige Strafen. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erweist sich die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung der Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen für das heute zu beurteilende Diebstahlsdelikt um 70 Tagessätze auf 130 Tagessätze durchaus angemessen. Mithin ist die Gesamtstrafe auf 130 Tagessätze Geldstrafe festzusetzen. Angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse - der Beschuldigte gab im Berufungsverfahren an, monatlich durchschnittlich Fr. 2'000.- zu verdienen bei einem Mietzins von Fr. 1'150.- und Krankenkassenkosten von rund Fr. 260.- respektive aktuell Fr. 320.- und werde zur Zeit vom Sozialamt unterstützt (Urk. 49 und 50

- 32 - S. 18 sowie Prot. II S. 21) - ist der vom erstinstanzlichen Gericht veranschlagte Tagessatz von Fr. 30.– zu bestätigen. 4. Vollzug Ist die Prognose im Zusammenhang mit der widerrufenen Strafe ungünstig, kann man die neugebildete Gesamtstrafe nicht bedingt ausfällen (BSK StGB / Schneider/Garré, a.a.O., Art. 46 N 37 mit Verweis auf 6B_903/2008 Urteil vom 16. Februar 2009). Mithin kommt kein Aufschub der Gesamtstrafe in Betracht und die Geldstrafe ist zu vollziehen. Indessen sind die bereits erstandenen 189 Tage Haft in Nachachtung von Art. 51 StGB anzurechnen. Damit ist die Geldstrafe bereits getilgt.

E. 5

Verzicht auf Busse für Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG Unter Verweis auf die vorinstanzliche Begründung (Urk. 42 S. 24 Ziff. 3.5) und auch aus Opportunitätsgründen ist auf die Ausfällung einer Busse zu verzichten. IV. Landesverweisung Nachdem heute die Freisprüche betreffend die Tatvorwürfe der Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit i.S.v. Art. 263 Abs. 1 und 2 StGB i.V. m. Art. 140 Ziff. 1 StGB sowie Art. 263 Abs. 1 StGB i.V.m Art. 285 Ziff. 1 StGB zu bestätigen sind und die Verurteilung einen Warenhausdiebstahl mit eher geringfügigem Deliktsbetrag betrifft, besteht kein Anlass, eine fakultative Landesverweisung im Sinne von Art. 66a bis StGB auszusprechen. Dies wäre unverhältnismässig. Unter zusätzlichem Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist auf die Anordnung einer Landesverweisung zu verzichten (Urk. 42 S. 24). V. Zivilansprüche Aufgrund der heute zu bestätigenden Freisprüche wären die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Privatkläger 2, 3 und 4 abzuweisen. Die entspre-

- 33 - chende Ziffer 10 des vorinstanzlichen Urteils blieb indessen unangefochten und ist bereits in Rechtskraft erwachsen. VI. Kosten - und Entschädigungsfolgen 1. Erstinstanzliches Verfahren Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziffer 13) zu bestätigen. 2. Berufungsverfahren Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. Die Staatsanwaltschaft dringt mit ihren Anträgen auf Schuldigsprechung wegen Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit i.S.v. Art. 263 Abs. 1 und 2 StGB i.V. m. Art. 140 Ziff. 1 StGB sowie Art. 263 Abs. 1 StGB i.V.m Art. 285 Ziff. 1 StGB und Ausfällung einer Freiheitsstrafe sowie Anordnung einer Landesverweisung im Berufungsverfahren nicht durch. Auch die Verteidigung unterliegt mit ihren Anträgen, welche jedoch vorwiegend den Widerruf und die Strafe betreffen. Es erscheint angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zu einem Viertel aufzuerlegen und zu drei Vierteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu drei Vierteln definitiv und zu einem Viertel einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Umfang von einem Viertel ist die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, Aufwendungen von Fr. 15'608.05 (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 77) geltend. Für das gerichtliche Verfahren ist der Aufwand der amtlichen Verteidigung in Form einer pauschal zu bemessenden Gebühr abzugelten, welche für Verfahren vor den Bezirksgerichten Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.– beträgt. Die Gebühr für das Berufungsverfahren bemisst sich nach den gleichen Grundsätzen (§ 17 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c i.V.m. § 18 Abs. 1 AnwGebV). Der amtli-

- 34 - che Verteidiger wurde für seine Aufwendungen vor Vorinstanz mit Fr. 9'056.75 entschädigt. Vor dem Hintergrund, dass im Berufungsverfahren weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Sicht neue Fragestellungen aufgeworfen worden sind und sich die Aufwendungen in Bezug auf das kurz gefasste Ergänzungsgutachten in Grenzen hielten, erscheint es angemessen, den amtlichen Verteidiger mit insgesamt Fr. 12'000.– (inkl. MwSt.) für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. VII. Genugtuung Das erstinstanzliche Gericht hat dem Beschuldigten für die 59 Tage zu viel erstandener Haft mit überzeugender Begründung eine Entschädigung von gerundet Fr. 9'000.– zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 11. Juli 2018 zugesprochen. Dies ist zu bestätigen. Es wird beschlossen:

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