

ZH_OBERGERICHT SB110645 vom 12. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110645

FR: ZH_OBERGERICHT SB110645 du 12 janvier 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB110645 del 12 gennaio 2012

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 27. Mai 2011 wurde der Beschuldigte A. _____ vom Einzelgericht am Bezirksgericht Winterthur des gewerbmässigen Betrugs schuldig gesprochen und – unter Einbezug einer widerrufenen bedingten Geldstrafe – mit einer Gesamtstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Der Vollzug der Strafe wurde im Umfang von 6 Monaten aufgeschoben, wobei für die Dauer der Probezeit eine Bewährungshilfe angeordnet wurde. Ausserdem wurde der Beschuldigte zur Bezahlung diverser Schadenersatzforderungen verpflichtet (Urk. 74 S. 21 ff.). Ein Antrag des Beschuldigten um einstweilige Sistierung des Verfahrens wurde vorgängig abgewiesen (Urk. 74 S. 21), worauf nicht weiter einzugehen ist. Nachdem der erstinstanzliche Entscheid nach dem 1. Januar 2011 ergangen ist, gelten – trotz Einleitung und Führung der Strafuntersuchung unter altem Recht – vorliegend die neuen

- 5 - Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung (Art. 448 und 454 Abs. 1 StPO) sowie des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG).

E. 1.2

Gegen das dem Beschuldigten mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 15) meldete der Verteidiger am 31. Mai 2011 Berufung an (Urk. 65). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 5. September 2011 (Urk. 71/2) reichte er am 26. September 2011 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 76). Nach Eingang der Akten am Obergericht wurde den Parteien die Berufungserklärung des Beschuldigten zugestellt unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags (Urk. 81). Während die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 1. November 2011 Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragte (Urk. 83), reichte die Verteidigung am

E. 1.3

Die Verteidigung hat die vorliegende Berufung explizit auf den Strafpunkt gemäss Ziff. 3-5 des vorinstanzlichen Dispositivs beschränkt; im Übrigen wird Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 76 S. 2; Urk. 99; Prot. II S. 4 ff.). Somit ist im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil bezüglich des Schuldpunkts (Ziff. 1), bezüglich der Zivilforderungen der Privatkläger (Ziff. 6) sowie bezüglich der Kostenregelung (Ziff. 7 und 8) bereits in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auf diese Punkte ist im Folgenden daher nicht mehr

weiter einzugehen. Was den Widerruf der am

E. 1.4

Der Beschuldigte befand sich bis am 14. Dezember 2011 im vorzeitigen Strafvollzug jener Strafe, welche mit Urteil vom 9. November 2011 ausgefällt worden ist (Urk. 93/2). Seit seiner Entlassung wohnt er bei der K. _____ (Urk. 95; Prot. II S. 5). Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 4).

2. Sanktion 2.1. Der Beschuldigte beging zwischen dem 31. März und 29. August 2009 sieben Betrugshandlungen, indem er über Internetplattformen elektronische Geräte zum Verkauf anbot, über welche er gar nicht verfügte, und den voraus bezahlten Kaufpreis für sich behielt, ohne die Ware zu liefern. Der Deliktsbetrag belief sich auf insgesamt ca. Fr. 1'500.--. Dafür wurde er mit Strafbefehl vom 11. November 2009 wegen gewerbmässigen Betrugs zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.-- und einer Busse von Fr. 1'000.-- bestraft (Urk. 13/3 sowie beigez. Akten in Urk. 96/1-55). Die vorliegend zu beurteilenden, in einschlägiger Manier begangenen zehn Delikte verübte der Beschuldigte in der Zeit vom 16. Juli 2009 bis 27. Januar 2010, mithin teilweise vor und teilweise nach dem oben erwähnten Strafbefehl. Der Deliktsbetrag beläuft sich auf ca. Fr. 2'800.-- (Urk. 37). Die Vorinstanz (das Bezirksgericht Winterthur) bestrafte den Beschuldigten am 27. Mai 2011 mit einer Gesamtstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 6 Monate unbedingt verhängt wurden (Urk. 74). Vom 22. April 2010 bis 27. Januar 2011 – mithin vor und nach der eben erwähnten vorinstanzlichen Verurteilung – beging der Beschuldigte weitere siebzehn einschlägige Delikte mit einem Deliktsbetrag von rund Fr. 5'000.--. Dafür wurde er mit dem seit 2. Dezember 2011 rechtskräftigen Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

- 7 - 9. November 2011 zu zehn Monaten unbedingter Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 93/1 sowie beigez. Akten in Urk. 96/1-55). Das Bezirksgericht hat dabei zu Recht keine Zusatzstrafe zum Urteil der Vorinstanz vom 27. Mai 2011 ausgefällt, weil dieses nicht in Rechtskraft erwuchs. Die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB setzt nämlich voraus, dass die erste Verurteilung in Rechtskraft erwachsen ist, weil nur ein rechtskräftiges Urteil eine hinreichend feste Grundlage für eine Zusatzstrafe bildet (BGE 127 IV 109, BGE 102 IV 243). Da der Beschuldigte vollumfänglich geständig war, liegt das Urteil vom 9. November 2011 nur in unbegründeter Form vor (Urk. 96/50).

2.2. Die Vorinstanz fällte eine teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 11. November 2009 aus und beurteilte das Verschulden des Beschuldigten unter Berücksichtigung seiner ersten Straftaten (Urk. 74 S. 10 ff.). Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist indes keine Zusatzstrafe auszusprechen, sondern vielmehr eine eigenständige Strafe zu bilden, wenn Vorstrafe und neu auszufällende Strafe nicht gleichartig sind. Eine Asperation zugunsten des Beschuldigten erfolgt demnach nicht (BGE 137 IV 57 E.4.3.1.). Somit wäre die durch die Vorinstanz ausgefallene Freiheitsstrafe als (teilweise) Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe nicht mehr möglich.

2.3. Die Vorinstanz hat weiter – mit zutreffender Begründung, auf welche verwiesen werden kann (Urk. 74 S. 12f.; Art. 82 Abs. 4 StPO) – den Widerruf des bedingten Strafvollzugs der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland vom 11. November 2009 ausgefallenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.-- angeordnet. Dies ist unbestritten geblieben und bedarf keiner weiteren Erläuterungen (vgl. Urk. 76 S. 3, Urk. 99 S. 1, Prot. I S. 6; Urk. 96/40 S. 2). Mithin ist der entsprechende Widerruf anzuordnen. Allerdings gelangte die Vorinstanz danach gestützt auf BGE 134 IV 241 zum Schluss, es sei mit der neu auszufällenden Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe im

Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB zu bilden, wobei sie zur errechneten „Grundstrafe“ von 9 Monaten Freiheitsstrafe 3 Monate (entsprechend 90 Tagessätzen Geldstrafe) hinzuzählte (Urk. 74 S. 13 und S. 16). Gestützt auf die neueste Bundesgerichtspraxis ist dies indes nicht mehr zulässig. In Entscheid Nr. 6B_46/2011 vom 27. September 2011 hielt das

- 8 - Bundesgericht fest, dass das sogenannte Asperationsprinzip nur greifen könne, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden: „Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Das Gericht kann somit nur eine Gesamtfreiheitsstrafe ausfallen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfallen würde. Bei analoger Anwendung dieser Grundsätze im Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist die Änderung der Vorstrafe – insbesondere zulasten des Beschuldigten – ausgeschlossen. Insgesamt widerspricht es der ratio legis der Bestimmung, eine (rechtskräftige) Vorstrafe zu- lasten des Verurteilten zu ändern. Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist somit nicht anwendbar, um eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umzuwandeln.“ Somit kann die widerrufenen Geldstrafe nicht – im Rahmen einer Gesamtstrafe – in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden, sondern ist zu bezahlen. Demgemäss wäre, falls heute wiederum eine Freiheitsstrafe ausgefällt würde, bei deren Höhe zwingend zu beachten, dass die 3 Monate entsprechende Geldstrafe abzuziehen wäre und damit höchstens 9 Monate Freiheitsstrafe in Betracht kämen, um nicht gegen das Verschlechterungsverbot im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO zu verstossen. Damit wäre auch das Ausfällen einer teilbedingten Strafe im Sinne von Art. 43 Abs. 1 StPO – wie durch die Vorinstanz – verunmöglicht, zumal eine solche erst bei Strafen über einem Jahr zulässig ist. 2.4. Somit ist – entgegen der Vorinstanz – weder eine teilweise Zusatzstrafe noch eine Gesamtstrafe zu der am 11. November 2009 verhängten Geldstrafe zu bilden. Hingegen liegt nun neu die rechtskräftige Verurteilung des Beschuldigten vom 9. November 2011 vor. Sämtliche der heute zu beurteilenden Taten hat er vor dieser letzten Verurteilung begangen, weshalb sich die Frage stellt, ob heute dazu eine (reine) Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB auszufallen ist. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Nach dem Sinn dieser Bestimmung

- 9 - soll der Täter durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden (Ackermann, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel 2007, N 54 zu Art. 49 StGB; Schwarzeneger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. A., Zürich 2007, S. 109 ff.; BGE 129 IV 115). Es stellt sich somit die Frage, welche Strafe der Richter am 9. November 2011 ausgefällt hätte, wenn er die vorliegenden weiteren zehn einschlägigen Taten ebenfalls mitberücksichtigt hätte. Das Gericht muss bei der Ausfällung einer Zusatzstrafe also eine Gesamtbewertung vornehmen (Ackermann, Basler Kommentar, a.a.O., N 71 zu Art. 49 StGB). Vorliegend bedeutet dies, dass für die Wahl der Strafart von der hypothetischen Gesamtstrafe auszugehen ist. Da der Beschuldigte am 9. November 2011 bereits zu 10 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, wäre er unter Berücksichtigung der weiteren Taten wohl mit mehr als 12 Monaten bestraft worden, womit die Grenze von 6 Monaten für gemeinnützige Arbeit (Art. 37 Abs. 1 StGB) bzw. von einem Jahr für Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 StGB) insgesamt überschritten wäre und als Strafart für die Zusatzstrafe auch deshalb nur noch eine Freiheitsstrafe in Frage käme (und nach neuester Bundesgerichtspraxis ohnehin; vgl. BGE 137 IV 57). Auch im Übrigen aber kommt heute

nur die Ausfällung einer Freiheitsstrafe in Frage. Nachdem die Verteidigung vorerst eine Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (teilweise als Zusatzstrafe) beantragte, stellte sie heute aufgrund des ergangenen Urteils vom 9. November 2011 den Antrag auf eine Freiheitsstrafe von vier Monaten als Zusatzstrafe (Urk. 99 S. 1; Prot. II S. 4 ff.). In der Berufungserklärung wurde gerügt, dass die Vorinstanz die Wahl der Sanktionsart mit keinem Wort begründet habe (Urk. 76 S. 3), was zutrifft (vgl. Urk. 74). Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 mit Hinweisen). Nachdem der Beschuldigte seit Jahren über kein stabiles soziales Umfeld verfügt und keiner beruflichen Tätigkeit nachgeht, steht einer Freiheitsstrafe nichts im Wege. Massgeblich ist jedoch, dass sich der Beschuldigte durch die am

E. 4

November 2011 fristgerecht das einverlangte sog. Datenerfassungsblatt ein unter Hinweis darauf, dass weitere Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten nicht vorhanden seien (Urk. 85; Urk. 86). Am 30. November 2011 teilte die Staatsanwaltschaft auf Anfrage hin mit, dass ein weiteres gegen den Beschuldigten wegen gleicher Delikte geführtes Strafverfahren mit Urteil vom

E. 9

November 2011 des Bezirksgerichts Zürich erledigt worden sei (Urk. 88, 92, 91/1). Dementsprechend wurden diese Akten (Prozess-Nr. GG110217) zum vorliegenden Verfahren beigezogen und der Verteidigung zur Kenntnis gebracht (Urk. 96/1-55, Urk. 97).

E. 11

November 2009 sowie die neuerliche Delinquenz während laufender Probezeit und laufendem Strafverfahren (Urk. 1). Selbst seine dreimalige Verhaftung im Jahre 2010 hielt ihn nicht vor weiteren Delikten ab (Urk. 11/1-18), was ebenfalls deutlich strafferhöhend wirkt. 2.7.2. Insgesamt überwiegen die strafferhöhenden Komponenten die strafmindernden klar, weshalb die Strafe deutlich zu erhöhen ist. 2.8. Fazit In Würdigung aller für die Strafzumessung massgebenden Kriterien erweist sich eine hypothetische Gesamtstrafe im Bereich von 16 Monaten Freiheitsstrafe als

- 14 - angemessen. Bringt man davon die ursprünglich mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. November 2011 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 10 Monaten in Abzug, so ergibt sich eine Zusatzstrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe. Damit ist heute eine Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abt., vom 9. November 2011 in der Höhe von 6 Monaten Freiheitsstrafe auszufallen. Daran sind 3 Tage erstandene Untersuchungshaft anzurechnen (Art. 51 StGB). 3. Strafvollzug 3.1. Zu den theoretischen Voraussetzungen zur Frage des Strafvollzugs kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 74 S. 17; Art. 82 Abs. 4 StPO). In objektiver Hinsicht ist der bedingte Strafvollzug ohne weiteres möglich, da Grundstrafe und Zusatzstrafe zusammen die Grenze von 2 Jahren im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB nicht überschreiten. Grundsätzlich hängt die Art des Vollzugs der Zusatzstrafe nicht von der Grundstrafe ab: Das neue Gericht kann also den bedingten Strafvollzug gewähren oder verweigern, selbst wenn im früheren Urteil anders entschieden wurde. Weicht das Zweitgericht von der Prognose des ersten ab, muss es sich allerdings mit dessen Prognosebegründung näher auseinandersetzen. Massgebend sind jedenfalls grundsätzlich die persönlichen Verhältnisse

im Zeitpunkt der Ausfällung der Zusatzstrafe (Ackermann, Basler Kommentar, a.a.O., N 71 und 72 zu Art. 49 StGB). 3.2. Der Beschuldigte ist zurzeit darum bemüht, seine Verhältnisse in Ordnung zu bringen. Er hat Unterkunft bei der K._____ gefunden und nimmt erstmals die Hilfe des Sozialamtes in Anspruch. Zudem wird er an einem Beschäftigungsprogramm zur Wiedereingliederung teilnehmen (Urk. 100/1). Seine familiäre Situation scheint sich verbessert zu haben; zu seinem Bruder und Vater pflegt er seinen Aussagen zufolge nun regelmässigen Kontakt (Urk. 100/2 S. 3). Dies allein vermöchte zwar noch keine günstige Prognose für die Zukunft zu bewirken. Zu beachten ist allerdings auch, dass der Beschuldigte seit seinen letzten Delikten erstmals im Strafvollzug war und zwei Drittel der 10-monatigen Freiheitsstrafe vom 9. November 2011 verbüsst hat. Dies hat ihn offenkundig stark beeindruckt. So gab er heute zu

- 15 - Protokoll, er wisse nun, wie ein Gefängnis von innen aussehe. Er wolle nie mehr dorthin, weshalb er eine Arbeit finden und ein regelmässiges Einkommen erzielen wolle (Urk. 98 S. 7). Unter diesen Umständen lässt sich gerade noch die Annahme vertreten, er sei dadurch genügend abgeschreckt worden, um in Zukunft nicht mehr straffällig zu werden, sodass ihm noch einmal eine günstige Prognose gestellt werden kann. Auch die Vorinstanz ging davon aus, dass der Vollzug der – dort verhängten – 6 Monate Freiheitsstrafe erwarten lasse, dass der Beschuldigte seine Lehren daraus ziehen und sich künftig wohl verhalten würde, weshalb sie eine teilbedingte Strafe für ausreichend erachtete (Urk. 74 S. 18). Mit gleicher Überlegung könnte gesagt werden, das Gericht hätte am 9. November 2011 einen Teil der Strafe aufgeschoben, wenn der Beschuldigte bereits damals mehrere Monate im Strafvollzug verbüsst gehabt hätte. Zwar wäre eine Aufteilung in 10 Monate unbedingte und 6 Monate bedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB damals nicht zulässig gewesen. Indes hat heute zwar das Grundurteil unangetastet zu bleiben, ist aber andererseits eine neue Gesamtbewertung vorzunehmen, sodass dies dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen sollte. 3.3. Die heute auszufällende Zusatzstrafe von 6 Monaten ist demnach vollständig aufzuschieben, wobei die Probezeit wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 74 S. 18) auf vier Jahre festzusetzen ist (Art. 44 Abs. 1 StGB). Dies wurde denn auch so von der Verteidigung beantragt (Urk. 99 S. 1). Die Vorinstanz hat während der Dauer der Probezeit eine Bewährungshilfe für den Beschuldigten angeordnet. Auf ihre zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 74 S. 18; Art. 82 Abs. 4 StPO). Nachdem der Beschuldigte geltend macht, er habe einzig deshalb delinquent, weil er keine Arbeit finde und ohne gesetzlichen Wohnsitz keine Sozialhilfe erhalten habe, mithin durch das Netz der Schweizer Sozialinstitutionen gefallen sei (Urk. 96/41. S. 5), ist ihm eine Bewährungshilfe zur Seite zu stellen, um ihn bei diesen Bemühungen zu unterstützen. Dies entspricht auch dem Antrag der Verteidigung und dem heute geltend gemachten Willen des Beschuldigten (Urk. 99 S. 1; Urk. 98 S. 8).

- 16 - 4. Kosten Im Berufungsverfahren obsiegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen beinahe vollumfänglich, weshalb die Kosten einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 27. Mai 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt:

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