

ZH_OBERGERICHT SB120129 vom 29. August 2012

ZH Obergericht, 2012-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120129

FR: ZH_OBERGERICHT SB120129 du 29 août 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120129 del 29 agosto 2012

Erwägungen

E. 1

Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 9. Januar 2012 wurde der Beschuldigte A._____ anklagegemäss diverser Delikte schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe sowie einer Busse bestraft. Ferner wurde eine bedingt aufgeschobene (Geld-)Vorstrafe vollziehbar erklärt (Urk. 26 S. 24). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 16. Januar 2012 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Urk. 21; Art. 399 Abs. 1 StPO). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Urk. 27; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 19. März 2012 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 32; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO). Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung sowie der schriftlichen Berufungsbegründung ausdrücklich auf die Höhe der auszufällenden Busse, die Länge der

- 5 - Ersatzfreiheitsstrafe sowie den Widerruf der bedingt aufgeschobenen Vorstrafe beschränkt (Urk. 27 S. 2; Urk. 38; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Anklagebehörde beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 32). Mit Verfügung vom 4. Juni 2012 wurde im Einverständnis der Parteien das schriftliche Berufungsverfahren angeordnet (Urk. 32, 33 und 35; Art. 406 Abs. 2 StPO). Mit Eingabe vom 26. Juni 2012 reichte die Verteidigung ihre schriftliche Berufungsbegründung ein (Urk. 38). Anklagebehörde und Vorinstanz haben auf Berufungsbegründung bzw. Vernehmlassung verzichtet (Urk. 42 und 43).

E. 2

Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich. Daher sind ihm die Kosten dieses Verfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter dem Vorbehalt einer Nachforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO. Die Anträge der Verteidigung beschlugen den Gesamtbetrag von Fr. 1'750.-- (45 Tagessätze Geldstrafe à Fr. 30.-- und Fr. 400.-- Bussenreduktion), was angesichts dieses im übrigen absehbaren Kostenresultats und der Tatsache, dass der Beschuldigte die Schweiz bereits verlassen hat, doch ernsthaft die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Berufung aufwirft. Es wird beschlossen:

E. 2.1

Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren, die angefochtene Busse in der Höhe von Fr. 500.-- sei auf Fr. 100.-- zu reduzieren. Zur Begründung wird geltend gemacht, das Tatverschulden bezüglich der zu ahndenden Übertretung sei als leicht zu taxieren; die Tat

sei ferner nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig begangen worden. Der Beschuldigte sei zudem vermögenslos (Urk. 38 S. 4f.).

- 6 -

E. 2.2

Die Vorinstanz hat zur Bemessung der Bussenhöhe erwogen, das Tatver- schulden sei leicht und die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten seien zu berücksichtigen (Urk. 26 S. 17), was mit der Beanstandung der Verteidigung kaum einer nachvollziehbaren Begründung einer Sanktionshöhe entspricht.

E. 2.3

Gemäss der Qualifikation der Vorinstanz, welche zu übernehmen ist, hat der Beschuldigte nicht in Kenntnis sämtlicher Tatbestandselemente gehandelt. Hingegen hat er es pflichtwidrig unterlassen, sich über den genauen Inhalt des ihm aus sprachlichen Gründen nicht vollständig verständlichen Wegweisungs- entscheidung kundig zu machen (Urk. 26 S. 10f.; vgl. ND 2 Urk. 2). Der Beschuldig- te bestreitet nicht, dass ihm bekannt gewesen ist, dass auf sein Asylgesuch nicht eingetreten worden war (Urk. 16 S. 3), was für ihn schon aufgrund seines ein- gestandenen Informationsaustausches mit anderen Asylsuchenden zwingend die Verpflichtung zur Ausreise bedeuten musste (Urk. 16 S. 6). Der Beschuldigte hat sich damit einfach um die Feststellung des für ihn verbindlichen Ausreisedatums futiert. Die Tatsache, dass der illegale Aufenthalt des Beschuldigten lediglich neun Tage dauerte, entlastet ihn sodann nur beschränkt, endete dieser doch einzig aufgrund der Verhaftung des Beschuldigten und nicht, weil dieser sich zur Aus- reise entschlossen hätte. Wenn das Verschulden des Beschuldigten von der Vorinstanz insgesamt als leicht taxiert wird, ist dies zu übernehmen, jedoch aber auch durchaus als wohlwollend zu bezeichnen. Der Strafraumen der auszufällenden Busse bemisst sich gemäss Art. 115 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB bis Fr. 10'000.--, wobei das Gericht ein grösseres Ermessen aufweist als bei der Bemessung des Tagessatzes einer Geldstrafe (Entscheid des Bundesgerichts 1C_4/2012 / 1C_14/2012 / 1C_18/2012 vom 19. April 2012 E.7.3. mit Verweis auf BGE 134 IV 60 E.7.3.3.). Auch wenn der Beschuldigte mit der Verteidigung als abgewiesener Asylbewerber über kein Vermögen verfügt, könnte eine Sanktion in der von ihm beantragten Höhe von Fr. 100.-- einzig noch als symbolisch bezeich- net werden, was dem konkreten Tatverschulden unangemessen wäre und den gesetzlichen Zumessungskriterien (Art. 106 Abs. 3 StGB) nicht genügen würde. Vielmehr erscheint die angefochtene Sanktionshöhe durchaus angemessen und ist zu bestätigen. Konsequenterweise ist auch die Festsetzung einer Ersatz-

- 7 - freiheitsstrafe von 5 Tagen zu bestätigen (Entscheid des Bundesgerichts 6B_180/2008 vom 12. August 2008 E. 5.3.4.). 3.1. Ferner beantragt die Verteidigung im Berufungsverfahren, die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 11. Juni 2011 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 45 Tagessätzen sei nicht zu vollziehen; es sei vielmehr die Probe- zeit um ein Jahr zu verlängern. Zur Begründung wird zusammengefasst ausge- führt, entgegen der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte durch die Verbüssung der aktuell auszufällenden Freiheitsstrafe genügend davon abgeschreckt werde, zukünftig wieder straffällig zu werden (Urk. 38 S. 3f.). 3.2. Die Vorinstanz hat zu diesem Punkt im angefochtenen Entscheid erwogen, der Beschuldigte habe innerhalb der Probezeit der Vorstrafe delinquent; im Übrigen sei auf die Prognosestellung in den Erwägungen zur aktuellen Strafe zu verweisen. Das Verhalten des Beschuldigten zeige

deutlich seinen mangelnden Willen, sich an die Schweizerische Rechtsordnung oder behördliche Weisungen zu halten. Aus diesen Gründen sei nicht zu erwarten, er lasse sich durch eine Verwarnung oder Verlängerung der Probezeit von weiteren Delikten abhalten. Es könne ihm somit keine günstige Prognose im Sinne von Art. 46 Abs. 2 StGB gestellt werden (Urk. 26 S. 22).

3.3. Der Verteidigung ist einzig - aber immerhin - dahingehend zu folgen, dass die vorinstanzliche Begründung der Anordnung des Vollzugs der bedingt aufgeschobenen Geldstrafe unzureichend ausgefallen ist: Es genügt nicht, zur Frage, ob eine bedingt aufgeschobene Vorstrafe zu vollziehen ist, einfach auf die Begründung zur Vollzugsfrage der aktuell auszufällenden Strafe zu verweisen. Im Resultat ist der angefochtene Entscheid jedoch nicht zu beanstanden: Das Bundesgericht hat in BGE 134 IV 140 E.4. zur Widerrufsproblematik das Folgende erwogen: Die Verurteilung mit bedingtem (oder teilbedingtem) Strafvollzug bedeutet, dass es im Prinzip vom Verhalten des Verurteilten abhängt, ob er dem Vollzug der Strafe entgeht. Bewährt er sich, so wird die Strafe nicht vollstreckt (Art. 45 StGB). Begeht der Verurteilte während der Probezeit hingegen ein Verbrechen oder ein Vergehen, so kann der Strafaufschub widerrufen werden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Verzichtet das Gericht auf einen Widerruf, kann es den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 2 StGB). Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bildet also einen möglichen Widerrufsgrund. Die neu begangene Straftat muss dabei eine gewisse Mindestschwere aufweisen, nämlich mit Freiheits- oder Geldstrafe bedroht sein (vgl. Art. 10 StGB). Allerdings führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn "deshalb", also wegen der Begehung des neuen Delikts, zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines künftigen Legalverhaltens in solchem Fall erneut gestellt werden muss (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 95; GEORGES GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRGEN SOLLBERGER [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2006, S. 127). Dabei steht dem Richter ein Ermessensspielraum zu. In diesen greift das Bundesgericht nur ein, wenn der Richter sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (vgl. BGE 133 IV 201 E. 2.3 zur bedingten Entlassung). Vom Widerruf soll abgesehen werden können, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Verlangt wird das Fehlen einer ungünstigen Prognose (ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N. 35 zu Art. 46 StGB; BRIGITTE TAG, Strafgesetzbuch: Ein Überblick über die Neuerungen, Plädoyer 2007 1, S. 39 f.; GREINER, a.a.O., S. 127; siehe auch bundesrätliche Botschaft, BBl 1999 S. 1979 ff., 2056). Mit anderen Worten ist eine bedingte Strafe oder der bedingte Teil einer Strafe nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vor-

- 9 - leben 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 unerlässlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheidens miteinzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs einer Freiheitsstrafe ist im Rahmen der Gesamtwürdigung auch miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Der Richter kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB verneint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden (vgl. BGE 116 IV 177; BGE 107 IV 91; BGE 100 IV 96; SCHNEIDER/GARRÉ, a.a.O., N. 36 zu Art. 46 StGB; siehe auch FRANZ RIKLIN, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004, S. 169 ff., 175). Art und Schwere der erneuten Delinquenz sind für den Entscheid über den Widerruf von Bedeutung, insoweit nämlich, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaubt. Insoweit lässt sich sagen, dass die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen kann, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen.

3.4. Aus der zitierten bundesgerichtlichen Praxis ergibt sich zur Widerrufsfrage zusammengefasst, dass bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Legalprognose eines zu Verurteilenden der Vollzug der aktuell auszufällenden Strafe mit zu berücksichtigen ist. Geradezu ein Anspruch auf den Verzicht des Widerrufs einer bedingt aufgeschobenen Vorstrafe im Falle der Ausfällung einer unbeding-

- 10 - ten Strafe ergibt sich daraus jedoch entgegen der sinngemässen Argumentation der Verteidigung nicht.

3.5. Der Beschuldigte ist ein abgewiesener und aus der Schweiz ausgeschaffter Asylbewerber aus C._____ [Land in Nordafrika]. Nachdem er im Januar 2011 aus finanziellen Gründen C._____ verlassen hatte und im April 2011 in die Schweiz eingereist war (vgl. Urk. 26 S. 15 mit Verweisen; Urk. 16 S. 2), beging er bereits am 11. Juni 2011 einen Diebstahl, obwohl er durch die Asylbehörden finanziell unterstützt wurde und daher keine Not litt (Beizugsakten Urk. 7), wofür er mit Strafbefehl vom gleichen Tag bestraft wurde (Beizugsakten Urk. 12). Gemäss eigenen Angaben hatte er bereits vorher am 6. Juni 2011 einen Diebstahl begangen (Beizugsakten Urk. 6 S. 7). Nur wenige Monate später und in der Probezeit der ihm mit dem genannten Entscheid bedingt aufgeschobenen Strafe beging er wiederum gleichartige Delikte. Auf das Asylgesuch des Beschuldigten wurde mit rechtskräftigem Entscheid vom 4. November 2011 nicht eingetreten und er wurde aus der Schweiz ausgewiesen (ND 2, Urk. 2 und 3). Würde er wiederum in der Schweiz erscheinen, könnte er keine Unterstützung der Asylbehörden mehr beanspruchen und hätte auch sonst keinerlei Aussicht, seinen Lebensunterhalt legal zu bestreiten. Er ist in der Schweiz auch in keinerlei soziales Umfeld eingebettet. Ein Rückfall in die Delinquenz, wie er sie innert kurzer Zeit bereits - mindestens - zweimal an den Tag gelegt hat, wäre unbedingt zu erwarten, ja geradezu unausweichlich. Das Gesamtbild der

Täterpersönlichkeit sowie der Lebensumstände des Beschuldigten im Sinne der obzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt daher in concreto zu einer ausgesprochenen Schlechtprognose. Daher ist der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 11. Juni 2011 ausgefallten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.– mit der Vorinstanz zu widerrufen und die Strafe ist zu vollziehen. III. Kosten 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.

- 11 -

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