

# ZH\_OBERGERICHT SB150056 vom 8. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150056](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150056)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150056 du 8 juin 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150056 del 8 giugno 2015

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

#### E. 1.1

Das Bezirksgericht Andelfingen sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 31. Oktober 2013 wegen verschiedener Delikte – wie oben zitiert – schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten, wovon die Hälfte bedingt aufgeschoben wurde – dies als Gesamtstrafe unter Widerruf des bedingten Vollzugs einer früheren Freiheitsstrafe von 8 Monaten (Urk. 52 S. 53 f.). Gegen das der Verteidigung am 5. November 2013 schriftlich im Dispositiv eröffnete Urteil (Urk. 37/2) liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 40). Auch die Staatsanwaltschaft meldete innert Frist Berufung an (Urk. 38). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 29. Januar 2015 reichte die Staatsanwaltschaft fristgerecht ihre Berufungsbegründung ein, welche sich nur auf die vorinstanzlich ausgefallte Sanktion bezieht (Urk. 54). Die Verteidigung hingegen zog mit Eingabe vom 17. Februar 2015 ihre Berufung zurück (Urk. 56), wovon Vormerk zu nehmen ist.

#### E. 1.2

Nach Eingang der Akten am Obergericht am 3. Februar 2015 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 19. Februar 2015 dem Beschuldigten zugestellt unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags (Urk. 100). Die Verteidigung erhob innert Frist Anschlussberufung, welche ebenfalls auf die Strafzumessung beschränkt wurde (Urk. 60). Somit sind nur die Ziffern 2.-5. des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs angefochten. In den übrigen Punkten ist der erstinstanzliche

- 5 - Entscheidung in Rechtskraft erwachsen, was im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO vorab festzustellen ist. Damit ist das vorinstanzliche Urteil weder im Sachverhalt noch in der rechtlichen Würdigung angefochten worden, weshalb heute von den diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz auszugehen ist.

### E. 2

StGB auch dann verbiete, wenn die rechtskräftige Vorstrafe dadurch in eine schwerere Sanktion umzuwandeln wäre. Es bleibt somit an sich nur noch die Möglichkeit, die frühere Strafe in eine mildere Strafe umzuwandeln, was in der Praxis aber kaum je vorkommen dürfte, denn gerade das Delinquieren während laufender Probezeit wird regelmässig nicht eine mildere Sanktion als früher zur Folge haben. Letztlich ist mit B. \_\_\_\_\_ (in ZStStr Nr. 71, 2014) festzuhalten, dass angesichts dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gesamtstrafenbildung

- 7 - nach Art. 46 Abs. 1 StGB "toter Buchstabe" bleibt. Genau dies dürfte das Bundesgericht mit BGE 134 IV 241 auch beabsichtigt haben.

### **E. 2.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Strafzumessung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht nicht den – zugegebenermassen zunehmend komplexeren – Vorgaben des Bundesgerichts und der Praxis der zweiten Instanz entspricht, weshalb eine gänzlich neue Strafzumessung vorzunehmen ist. Statt vieler sei hierzu auf das umfassende Urteil des Bundesgerichts vom 28. August 2014 (Nr. 6B\_375/2014) verwiesen. Vorab hat die Vorinstanz zwar richtig erkannt, dass aufgrund des Strafrahmens von der groben Verkehrsregelverletzung als schwerste Tat auszugehen ist (Urk. 52 S. 44), in der Folge legt sie indes keine Einsatzstrafe für dieses Delikt fest, sondern vermischte die objektiven und subjektiven Komponenten dieser Tat mit jenen der anderen Vorwürfe. Schliesslich bewertet sie das Verschulden des Beschuldigten bezüglich aller Taten gemeinsam (a.a.O. S. 46). Dies ist nicht zulässig. Das Bundesgericht hat wiederholt dargelegt und verfeinert, wie bei der Zumessung einer Strafe materiell im Einzelnen vorzugehen ist. Die Einsatzstrafe ist für die schwerste Straftat im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB zu bestimmen, und nicht etwa für mehrere Taten oder auch einen mehrfachen Tatenkomplex (Urteil 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.1 sowie insbesondere Urteil 6B\_274/2013 vom 5. September 2013 E. 1.2.4). Dies soll zu mehr Transparenz führen, damit der Beschuldigte erkennen kann, von welcher hypothetischen "Grundstrafe" ausgegangen wird und weshalb diese allenfalls – und in welchem Mass – erhöht oder reduziert wird (vgl. Urteil 6B\_417/2012 vom 14. Januar 2013 E. 4.2 und 4.3 mit Hinweisen). Dies ist im Folgenden nachzuholen. Als ungünstig erweist sich auch die Praxis der Vorinstanz, bei den Erwägungen zur Strafzumessung so gut wie keine Aktenzitate anzubringen, selbst wenn es sich um neue Feststellungen handelt (vgl. bspw. Urk. 52 S. 47). Dies erschwert die Überprüfung ihrer Erwägungen massgeblich.

- 6 -

### **E. 2.2**

Sodann hat die Vorinstanz zu Unrecht eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB ausgefällt, was von der Staatsanwaltschaft kritisiert wird (Urk. 54 S. 2; Urk. 74 S. 3). Gemäss BGE 134 IV 241 kommt die Bildung einer Gesamtstrafe bei Widerruf einer früheren, bedingt ausgefallenen Strafe dann nicht in Frage, wenn die zu widerrufende Strafe und die neue Strafe gleichartig sind. Dies wird aus dem Wortlaut des Gesetzestextes abgeleitet, wonach eine Gesamtstrafenbildung überhaupt nur dann zulässig sei, wenn die frühere, zu widerrufen- de Strafe geändert werde. Und dies könne logischerweise nur dann der Fall sein, wenn die beiden Strafen nicht bereits von Anfang an gleichartig seien. Nachdem die Vorinstanz letztlich eine Gesamtstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe ausfälltete, was die widerrufenen 8 Monate Freiheitsstrafe gemäss Urteil vom 2. September 2009 beinhaltete, brachte sie – allerdings ohne dies näher zu begründen – zum Ausdruck, dass sie für die neuen Straftaten gemäss Anklageschrift vom 31. Januar 2013 ebenfalls eine Freiheitsstrafe für angemessen hielt. Somit wären die widerrufen- de und die neu ausgefallene Strafe gleichartig, was die Bildung einer Gesamtstrafe verbietet. Es kann sodann nur die zu widerrufende Strafe im Rahmen von Art. 46 Abs. 1 StGB abgeändert werden. Die Vorinstanz belieh diese aber als Freiheitsstrafe. Nicht richtig ist, wenn die Verteidigung ausführt (Urk. 75 S. 3), es würde eine durch den Widerruf vollziehbare Reststrafe mit einer neuen unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe zusammentreffen, weshalb eine Gesamt-

strafe zu bilden sei, da es sich bei einer widerrufenen Strafe nicht um eine Rest- strafe im Sinne von Art. 89 Abs. 6 StGB handelt. Der Vollständigkeit halber sei noch auf das Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2011 (6B\_46/2011) hingewiesen, wonach sich eine Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 46 Abs. 1 Satz

### **E. 2.3**

Hingegen ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob eine Gesamtstrafe – im Sinne einer teilweisen Zusatzstrafe – oder eine reine Zusatzstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB auszufällen ist. Beides ist nur möglich, wenn gleichartige Strafen zusammentreffen (BGE 137 IV 57). Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu ver- hängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen wurden. Die Bildung einer Gesamtstrafe – und mithin auch einer Zusatzstrafe – ist also nur möglich, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit oder mehrere Freiheitsstrafen aufeinander treffen (Urteil 6B\_460/2010 vom 4. Februar 2011, E. 4.3.1.). Somit stellt sich im Folgenden die Frage, ob – wie von der Staatsanwaltschaft beantragt (Urk. 54) – eine teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. September 2009 verhängten Freiheitsstrafe von 8 Monaten auszufällen ist, weil heute ebenfalls eine Freiheitsstrafe als angemessen erscheint. Falls hingegen neu eine Geldstrafe ausgefällt würde, müsste eine (reine) Zusatzstrafe zu der mit Straf- fehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. April 2014 ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.-- in Betracht gezogen werden (Urk. 65), weil der Beschuldigte sämtliche der heute zu beurteilenden Delikte vor diesem Datum begangen hat. Die Frage der (teilweisen) Zusatzstrafe kann somit erst beantwortet werden, wenn feststeht, welche Sanktion sich heute als angemessen erweist. Konkrete Strafzumessung

### **E. 2.4**

Wie erwähnt ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG das schwerste Delikt des Beschuldigten ist. Auf die zutreffenden theoretischen Überlegungen der Vorinstanz an dieser Stelle kann verwiesen werden (Urk. 52 S. 43 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Strafraum für dieses Delikt bewegt sich von Geldstrafe bis Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Gemäss BGE 136 IV 55 E. 5.8 ist die tat- und täterangemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafraums der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen und ist der

- 8 - ordentliche Rahmen nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu verlassen. Solche sind hier – mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 34 S. 13) – nicht ersichtlich. Weshalb die Vorinstanz den Strafraum auf 3½ Jahre erhöht (Urk. 52 S. 44), bleibt unerfindlich. Ein Zusammenzählen der Höchststrafen der beiden Delikte wäre jedenfalls mit Sicherheit falsch.

### **E. 2.5**

Bezüglich der objektiven Tatkomponenten kann auf die zutreffenden Aus- führungen der Vorinstanz zu diesem Delikt verwiesen werden (Urk. 52 S. 44 f.). Insbesondere ist erschwerend zu werten, dass es nicht bei einer abstrakten Ge- fährdung blieb, sondern effektiv zu einer Kollision kam, was bei einer Geschwin- digkeit von 120 km/h verheerende Folgen haben könnte, wozu es glücklicher- weise nicht kam. Gemäss von der Vorinstanz erstelltem Sachverhalt entschloss sich der Beschuldigte, von der linken auf die rechte Fahrspur zu wechseln, ohne dabei die notwendigen Sicherheitsmassnahmen zu treffen, dies

obwohl ihm der Kollisionsbeteiligte C.\_\_\_\_\_ auf der rechten Spur bereits zuvor durch dessen Fahrweise aufgefallen war (Urk. 32 S. 10 f. und S. 14 f.). Im Zeitpunkt des Spurwechsels habe der Abstand zu C.\_\_\_\_\_ Fahrzeug lediglich 1-4 Meter betragen (Urk. 52 S. 28), was bei den gefahrenen Geschwindigkeiten massiv zu wenig ist – noch dazu nachts auf einer offenbar schlecht beleuchteten Autostrasse (Urk. HD 2). Nicht von der Anklage gedeckt ist hingegen die Behauptung der Staatsanwaltschaft (Urk. 34 S. 14), der Beschuldigte sei mit "übersetzter Geschwindigkeit" unterwegs gewesen. Insgesamt ist das Manöver des Beschuldigten als hoch- riskant zu bezeichnen. In subjektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass die Vorinstanz – entgegen der hauptsächlichlichen Darstellung in der Anklage (Urk. HD 19 S. 3) – es als nicht erstellt erachtete, dass der Beschuldigte den Kollisionsbeteiligten C.\_\_\_\_\_ absichtlich abdrängte oder für dessen Fahrverhalten abstrafen wollte (Urk. 52 S. 38 f.). Auch sei weder der entstandene Schaden noch die konkrete Gefährdung von C.\_\_\_\_\_ Ziel des Beschuldigten gewesen. Hingegen habe er mit seinem äusserst gefährlichen Manöver und in Kenntnis, dass sich C.\_\_\_\_\_ in der Nähe befinden könnte, eine abstrakte Gefährdung in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt (Urk. 52 S. 42 und 46). Davon ist vorliegend auszugehen, da diese

- 9 - Erwägungen unangefochten blieben. Die subjektiven Tatkomponenten relativieren die objektiven damit in gewisser Weise. Insgesamt ist unter Beachtung des relativ weiten Strafrahmens von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe – und im Vergleich zu anderen denkbaren Fällen von groben Verkehrsdelikten – noch von einem eher leichten Verschulden auszugehen. Damit erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe im unteren Drittel des Strafrahmens als angemessen. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei nicht besonders schwerem Verschulden die Strafen im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Rahmen ansiedelt. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N 15). Somit erweist sich insgesamt eine Einsatzstrafe im Bereich von

## **E. 2.6**

Hinzu kommen die weiteren Delikte des Beschuldigten. Dabei ist zunächst die mehrfache Tatbegehung in Bezug auf Art. 105 Abs. 1 AVIG strafehöhend zu berücksichtigen. Auch der erhebliche Deliktsbetrag von über Fr. 25'000.--, welcher der Beschuldigte in nur wenigen Monaten erzielte, fällt erschwerend ins Gewicht. Hinzu kommt in subjektiver Hinsicht, dass der Beschuldigte bereits im Jahre 2006 einen Zwischenverdienst nicht deklarierte und solches auch 2008 resp. 2009 erneut unterliess, was – mit der Vorinstanz (Urk. 52 S. 45 und 46) – auf ein vorsätzliches Handeln hinweist. Es ist nicht glaubhaft, dass er zwar genau in jener Zeit regelmässig temporär erwerbstätig war, dies aber beim Ausfüllen der entsprechenden Formulare vergessen resp. nicht bemerkt haben will (Urk. HD 3/8 S. 8 f.). Das Verschulden des Beschuldigten grenzt in diesem Punkt an Betrug und wiegt daher – innerhalb des engen Strafrahmens von bis 6 Monate Freiheitsstrafe – bereits schwer. Eine Erhöhung der oben genannten Einsatzstrafe um (asperiert) weitere ca. 3 Monate Freiheitsstrafe resp. 90 Tagessätze Geldstrafe erweist sich daher als angemessen.

## **E. 2.7**

Was die sog. Täterkomponenten betrifft, kann zunächst auf die grundsätzlich zutreffende Darstellung der Vorinstanz zu den persönlichen Verhältnissen des

- 10 - Beschuldigten verwiesen werden (Urk. 52 S. 46). Dazu führte der Beschuldigte heute ergänzend aus, er sei seit ca. 1.5 Monaten wieder mit seiner Ehefrau zusammen. Sie würden zusammen eine Wohnung suchen. Sein Sohn sei ebenfalls oft bei ihm, vor allem abends und am Wochenende. Den Führerausweis habe er nicht wieder. Er konsumiere zur Zeit kein Kokain, der letzte Konsum sei ca. Ende Januar gewesen, als er eine schlechte Phase gehabt habe, jetzt laufe aber alles wieder perfekt. Auch das Geschäft laufe gut, er habe vier Angestellte, für die er Verantwortung zeigen müsse. Auf Vorhalt eines Auszugs aus dem Handelsregister musste der Beschuldigte jedoch anerkennen, dass seine Firma sich derzeit in Liquidation befindet. Er sei daran, eine neue Firma zu gründen. In der Zwischenzeit könne er bei einem Freund arbeiten (Urk. 77 S. 1 ff.). Daraus ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Unklar ist, ob die Vorinstanz an dieser Stelle von einer strafreduzierenden Strafempfindlichkeit ausging oder nicht (Urk. 52 S. 47). An anderer – systematisch nicht richtiger – Stelle (a.a.O. S. 48) hält sie indes zutreffend fest, dass eine erhöhte Strafempfindlichkeit nicht gegeben ist. Selbst wenn der Beschuldigte seinen kleinen Sohn regelmässig besuchen sollte, liegt – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Prot. I S. 18) – keine erhöhte Strafempfindlichkeit vor. Eine solche ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei aussergewöhnlichen Umständen anzunehmen, weil die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede arbeitstätige und in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit Härten verbunden ist (Urteil 6B\_605/2013 vom 13. Januar 2014 E. 2.4.3 mit Hinweisen, und Urteil 6B\_364/2014 vom 30. Juni 2014). Stark strafehöhend sind die – bezüglich Strassenverkehrsdelikte auch einschlägigen – noch eingetragenen Vorstrafen des Beschuldigten zu werten (Urk. 53), wobei insbesondere das Handeln während laufender Probezeit ein schlechtes Licht auf ihn wirft. Dies blieb von der Vorinstanz als Strafzumessungselement gänzlich unerwähnt (vgl. Urk. 52 S. 47 und 49). Nur gerade ca. 20 Tage, nachdem dem Beschuldigten das Urteil vom 2. September 2009 und die nunmehr laufende Probezeit eröffnet worden waren, unterzeichnete er erneut ein nicht der Wahrheit entsprechendes Formular der Arbeitslosenkasse. Dies zeugt von beträchtlicher Bedenkenlosigkeit gegenüber der Rechtsordnung und ist deutlich strafehöhend zu werten. Nicht nachvollziehbar ist, wie die Verteidigung vor Vorinstanz darauf

- 11 - schloss, die Vorstrafen des Beschuldigten seien nicht strafehöhend zu berücksichtigen (Urk. 35 S. 15). Strafmindernd ist mit der Vorinstanz das Nachtatverhalten des Beschuldigten zu werten, welcher sich grundsätzlich kooperativ zeigte und ein Geständnis ablegte (Urk. 52 S. 47). Mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 34 S. 18) ist allerdings festzuhalten, dass der Beschuldigte hinsichtlich des Verstosses gegen das AVIG äusserst zögerlich und wenig überzeugend aussagte und das Ganze als Versehen darstellen versuchte (Urk. HD 3/8 S. 8, Urk. 32 S. 16 f.). Sein Geständnis ist daher insgesamt in mittlerem Masse strafmindernd zu veranschlagen. Massgeblich zu seinen Gunsten ist hingegen zu beachten, dass der Beschuldigte die zu Unrecht bezogenen Arbeitslosenentschädigungen offenbar regelmässig an die Arbeitslosenkasse zurückzahlt (Urk. 32 S. 16; Urk. 77 S. 3). Ganz leicht strafmindernd ist sodann zu veranschlagen, dass die ersten Delikte des Beschuldigten bereits

## **E. 2.8**

Sodann stellt sich bei dieser Strafhöhe die Frage, ob heute eine Geld- oder Freiheitsstrafe auszufällen ist. 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. Dem Richter steht ein weiter Spielraum des Ermessens zu (BGE 134 IV 82 E. 4.1 S. 85; 120 IV 67 E. 2b S. 71; je mit Hinweisen). Mit der Staatsanwaltschaft ist (Urk. 34 S. 19) festzuhalten, dass die bisher ausgefallenen bedingten Freiheitsstrafen und Geldstrafen offenkundig keine Wirkung zeigten und den Beschuldigten nicht von weiterer Delinquenz abhalten konnten. Auch eine zuletzt unbedingt ausgefallene Geldstrafe vermochte den Beschuldigten nicht nachhaltig zu beeinflussen (vgl. Urk. 35 S. 17 oben, Urk. 65, Urk. 53). Das Ausfällen einer weiteren (unbedingten) Geldstrafe erscheint daher weder als zweckmässig noch als hinreichend präventiv, weshalb heute einzig eine Freiheitsstrafe in Frage kommt. Nebenbei bemerkt käme einer erneuten unbedingten Geldstrafe jedenfalls keine derartige Warnwirkung zu, dass einzig deshalb auf den Widerruf der im Raum stehenden achtmonatigen Freiheitsstrafe verzichtet werden könnte (vgl. unten Ziff. 3.2). Diese Konstellation wäre für den Beschuldigten somit nicht günstiger. Nachdem heute eine Freiheitsstrafe auszufallen ist, ist eine teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. September 2009 verhängten Freiheitsstrafe von 8 Monaten auszusprechen. Vor diesem Datum beging der Beschuldigte die mehrfachen Widerhandlungen gegen das AVIG (ausser für den Monat September 2009; Urk. ND 2/37). Es stellt sich daher die Frage, welche Strafe der Richter im damaligen Zeitpunkt ausgefällt hätte, wenn er auch diese bereits begangenen Straftaten des Beschuldigten gekannt hätte. Wie oben dargelegt, ist davon auszugehen, dass für diese Taten asperiert rund 3 Monaten veranschlagt worden wären und das Gericht damals so zu einer Strafe von knapp unter einem Jahr Freiheitsstrafe gelangt wäre. Dass der Beschuldigte in diesem Zeitpunkt noch keine Vorstrafen hatte und noch nicht gegen eine Probezeit verstossen hatte, bleibt vorliegend ohne Einfluss, denn die Täterkomponenten

- 13 - wirken sich diesbezüglich nicht aus. Es ist daher festzuhalten, dass der Beschuldigte mit einer teilweisen Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. September 2009 von 8 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen ist, wovon 3 Monate für die Taten vor diesem Datum und 5 Monate für die Taten danach zu veranschlagen sind. Bei der retrospektiven Konkurrenz hat der Richter ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offen zu legen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 132 IV 102). 3. Vollzug und Widerruf 3.1. Vollzug 3.1.1. Nachdem der Beschuldigte am 2. September 2009 und damit innerhalb der letzten fünf Jahre vor seinen Taten – resp. eines Teils davon – zu 8 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wurde, setzt der Aufschub des Vollzugs für die neue Strafe gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB "besonders günstige Umstände" voraus. Darunter sind solche Umstände zu verstehen, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert (bundesrätliche Botschaft, BBl 1999 S. 2050). Fehlt es an solchen besonders günstigen Umständen, so muss der Richter die neue Strafe vollziehen lassen (BGE 134 IV 140 S. 145). Dies hat die Vorinstanz theoretisch zwar erkannt (Urk. 52 S. 50 Ziff. 5.2), in ihrer Ziff. 5.4. indes nicht mehr darauf Bezug genommen, dass dabei auch die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe ausschlaggebend ist. 3.1.2. Es stellt sich daher die Frage, ob beim Beschuldigten heute "besonders günstige" Umstände vorliegen, die eine günstige Prognose erlauben würden. Dies ist ohne weiteres zu verneinen. Das Verhalten des Beschuldigten in den letzten Jahren hat deutlich gezeigt, dass er nicht gewillt ist, sich an die Rechtsordnung zu halten. Weder die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe, noch die Ansetzung einer Probezeit, noch deren Verlängerung um ein halbes Jahr (Urk. 53), noch das Erstehen von 19 Tagen Untersuchungshaft, noch die Verurteilung zu unbedingter Geldstrafe, noch die diversen Strafverfahren haben ihn davon

abhalten können, erneut zu delinquieren. Wenn die Verteidigung vor Vorinstanz vorbrachte, der Beschuldigte habe nun begriffen, dass er sich fortan an die

- 14 - Rechtsordnung halten müsse und finde dabei in seiner Grossfamilie genügend Halt (Prot. I S. 20 f., Urk. 52 S. 48), so trifft dies offenkundig nicht zu. Auch wenn der Beschuldigte heute wieder mit seiner Frau zusammen ist und mit dem Sohn alles gut läuft, vermag dies keine günstigen Umstände zu begründen, zumal es für den Beschuldigten in beruflicher Hinsicht derzeit nicht nach Wunsch läuft. Über seine Gesellschaft wurde am 30. April 2015 der Konkurs eröffnet (Urk. 76), die berufliche Zukunft des Beschuldigten kann als ungewiss bezeichnet werden. Der Beschuldigte wurde sodann im Januar 2014 erneut straffällig, darunter auch wegen Konsums von Kokain (Urk. 65/13). Auch hier liess er sich nicht ansatzweise von dem durch die Vorinstanz vor Kurzem gefällten Urteil und die neue Probezeit beeindrucken. Bereits im Urteil vom 2. September 2009 wurde festgehalten, der Beschuldigte sei einsichtig und verzichte nun auf den Konsum von Alkohol und Kokain (Urk. 47/33 S. 9, vgl. auch Urk. 34 S. 17), was offenbar nicht zutraf resp. nicht lange währte. Auch die zuletzt ausgesprochene unbedingte Geldstrafe sowie die mit der Verurteilung verbundenen weiteren Kosten, vermögen entgegen der Verteidigung (Urk. 75 S. 6) nicht ausreichend Gewähr für die künftige Bewährung des Beschuldigten zu bieten, so dass günstige Umstände vorliegen würden, zumal der Beschuldigte bereits mehrfach die Kosten von Strafverfahren zu tragen hatte und auch schon eine unbedingte Geldstrafe ausgesprochen wurde (vgl. Urk. 53), was den Beschuldigten offenbar nicht beeindruckt hat.

3.1.3. Von besonders günstigen Umständen beim Beschuldigten kann daher – mit Hinweis auf die zutreffende Begründung der Staatsanwaltschaft (Urk. 34 S. 19 ff. und Urk. 54 S. 3; Urk. 74 S. 5 f.) – zweifellos keine Rede mehr sein. Der Beschuldigte hat die heute ausgefallenen 8 Monate Freiheitsstrafe daher zu verbüssen.

3.2. Widerruf 3.2.1. Nachdem der Beschuldigte einen Teil der vorliegend beurteilten Straftaten (HD am 25.12.11 und ND im Monat September, vgl. Urk. ND 2/37, unterzeichnet am 24. September 2009) innert der ihm am 2. September 2009 eröffneten und später um 6 Monate verlängerten 2-jährigen Probezeit begangen hat, stellt sich die Frage nach dem Widerruf der damals bedingt ausgefallenen Strafe von 8 Monaten Freiheitsstrafe. Wie unter Ziff. 2.1 erläutert, ist – entgegen dem Entscheid der

- 15 - Vorinstanz – die Bildung einer Gesamtstrafe vorliegend ausgeschlossen. Nebenbei bemerkt wäre es unsinnig, einerseits eine bedingte Freiheitsstrafe von 8 Monaten zu widerrufen und damit deren Vollzug anzuordnen, wenn danach im Rahmen einer Gesamtstrafe lediglich 6 Monate zum Vollzug verhängt würden. Im Umfang von 2 Monaten würden sich die Anordnungen somit widersprechen und der Täter unzulässig privilegiert (vgl. Urk. 54 S. 2; dazu auch die Staatsanwaltschaft, Urk. 74 S. 4).

3.2.2. Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bildet einen möglichen Widerrufsgrund. 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 wegen der Begehung des neuen Deliktes zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Zu widerrufen ist nur dann, wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Dabei sind "besonders günstige Umstände", wie sie Art. 42 Abs. 2 StGB für den bedingten Strafaufschub verlangt, für den Widerrufsverzicht nicht erforderlich (BGE 134 IV 140). Die Prüfung der Bewährungsaussichten ist demgemäss anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im

Falle des Widerrufs des bedingten Strafvollzuges einer Freiheitsstrafe ist im Rahmen der Gesamtwürdigung insbesondere auch mit einzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Dabei darf einzelnen Umständen keine vorrangige Bedeutung beigemessen werden. Der Richter kann so zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzuges für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig. Art und Schwere der neuen Delinquenz haben für die Frage des Widerrufs insoweit Bedeutung, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaubt (BGE 134 IV 140 E. 4.5.). 3.2.3. Gegen eine günstige Prognose spricht selbstredend zunächst der Umstand, dass der Beschuldigte während laufender Probezeit erneut delinquent hat, hinsichtlich des AVIG sogar nur gerade rund 20 Tage nach Eröffnung des Urteils

- 16 - (Urk. ND 2/37). Im Wesentlichen kann auf das oben zur Frage des Vollzugs Gesagte verwiesen werden (Ziff. 3.1.2). Es kann daher nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, es fehle beim Beschuldigten an Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr. Zu berücksichtigen ist indes, dass der Beschuldigte bis zum heutigen Zeitpunkt nie eine Freiheitsstrafe verbüsst hat, ausser der erwähnten 19 Tage Untersuchungshaft im April 2009. Drei der vier eingetragenen Vorstrafen waren Geldstrafen. Diese haben offenkundig nicht ausgereicht, um ihm die Ernsthaftigkeit seiner Lage vor Augen zu führen. Die im vorliegenden Verfahren ausgefallenen 8 Monate Freiheitsstrafe wird der Beschuldigte noch zu vollziehen haben. Ob er diese in Halbfangenschaft verbüssen kann, liegt in der Kompetenz der Vollzugsbehörden (vgl. Prot. I S. 21). Jedenfalls ist zu erwarten, dass ihm durch diesen Freiheitsentzug nunmehr hinreichend bewusst wird, dass er sich fortan an die Rechtsordnung zu halten hat. Einzig dieser Umstand – mithin die anzunehmende Warnwirkung – führt gerade noch dazu, dass zu Gunsten des Beschuldigten und im Sinne einer nunmehr wirklich allerletzten Chance heute vom Widerruf der Vorstrafe abzusehen ist. Dabei ist die zweijährige Probezeit, welche bereits einmal um 6 Monate verlängert worden ist (Urk. 53), erneut um 6 Monate zu verlängern, weil die ursprüngliche Probezeit auch bei mehreren Verlängerungen nicht um mehr als die Hälfte überschritten werden darf (Schneider/Garré in BSK, Strafrecht I, 3. A., N 52 zu Art. 46 StGB). Die – inzwischen abgelaufenen – Probezeit ist somit ab heute um 6 Monate zu verlängern (Art. 46 Abs. 2 Satz 4 StGB). 4. Kosten 4.1. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte praktisch vollumfänglich. Das Absehen vom Widerruf der Vorstrafe kann als sehr wohlwollend bezeichnet werden und basiert einzig auf dem freien Ermessen der Berufungsinstanz. Somit sind ihm auch die zweitinstanzlichen Kosten, inkl. die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.--, vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO), wobei die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

- 17 - 4.2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ reichte dem Gericht für das Berufungsverfahren eine Honorarnote über Fr. 4'841.85 ein (Urk. 72). Dies erscheint angesichts der von der Vorinstanz bereits ausbezahlten über Fr. 11'000.-- als hoch. Zudem fällt auf, dass der Verteidiger in seiner Honorarnote einen Posten "Rechtliche Abklärungen, Anschlussberufung an OG ZH, Kopie an Klient" mit 300 Minuten aufführt (Urk. 72). Rechtliche Abklärungen sind, mit Ausnahme aussergewöhnlicher Rechtsfragen, welche vorliegend nicht auszumachen sind, nicht zu entschädigen (vgl. Leitfaden für amtliche Mandate der Oberstaatsanwaltschaft des

Kantons Zürich, S. 49; Beschluss des Obergerichts VB930090). Die Anschlussberufung enthält nebst den Anträgen keine Begründung. Es scheint daher angemessen, diese Position in der Honorar- note der Verteidigung auf 30 Minuten zu kürzen. Es ergibt sich eine Kürzung des Honorars um Fr. 1'069.20 (4,5 x Fr. 220.-- zzgl. 8 % MwSt.) auf Fr. 3'772.65. Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ ist demgemäss als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten im Berufungsverfahren für seine ausgewiesenen Aufwendungen und Auslagen mit Fr. 3'772.65 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Vom Rückzug der (Haupt-)Berufung des Beschuldigten vom 17. Februar 2015 wird Vormerk genommen. 2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 31. Oktober 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig – der groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 aSVG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 3 aSVG, Art. 44 Abs. 1 aSVG und Art. 26 Abs. 2 aSVG – des mehrfachen Vergehens gegen das Arbeitslosenversicherungsgesetz im Sinne von Art. 105 Abs. 1 AVIG 2.-5. (...) 6. Es wird festgestellt, dass in diesem Verfahren keine Zivilforderungen geltend gemacht worden sind.

- 18 - 7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--. Über die weiteren Kosten (Barauslagen usw.) wird die Gerichtskasse Rechnung stellen. 8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung in Höhe von Fr. 11'888.--, werden dem Beschuldigten auferlegt. 9-10.- (...)" 3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. 4. Gegen Ziff. 1 dieses Entscheids 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. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. September 2009. 2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. 3. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 2. September 2009 angesetzte Probezeit (für eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten) wird mit Wirkung ab heute um 6 Monate verlängert.

- 19 - 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'772.65 amtliche Verteidigung 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – das Sozialversicherungsamt des Kantons Schaffhausen, Oberstadt 9, 8200 Schaffhausen, per A-Post – die

Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B – die Vorinstanz in den Prozess DG090008 7. 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 - 20 - 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 I. Strafkammer Zürich, 8. Juni 2015 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dr. F. Bollinger lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

#### **E. 5**

Monaten Freiheitsstrafe resp. 150 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen (vgl. Urk. 35 S. 15).

#### **E. 9**

Jahre zurückliegen, selbst wenn sich der Beschuldigte seither nicht wohlverhalten hat. Nicht zutreffend ist der Vorwurf der Verteidigung, die Strafuntersuchung, welche bezüglich aller Delikte Ende Dezember 2011 eingeleitet wurde (vgl. auch Urk. ND 1/1) und im Januar 2013 mit einer Anklage beendet wurde, habe zu lange gedauert (Prot. I S. 19 f.). Der Zeitraum von einem Jahr bei einem nicht in allen Punkten von Anfang an geständigen Täter ist nicht zu beanstanden. Hingegen ist neu zu berücksichtigen, dass bezüglich des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens von einer Verletzung des Beschleunigungsgebots ausgegangen werden muss. Zwischen der Fällung und Eröffnung des Urteils am 31. Oktober resp. 5. November 2013 (Urk. 37) und der Zustellung des begründeten Urteils am 29. Januar 2015 (Urk. 46) vergingen fast 15 Monate, ohne dass dafür zwingende Gründe bestanden (Urk. 70 Brief Andelfingen vom 19.5.2015). Selbst unter Berücksichtigung personeller Engpässe gerade an kleineren Landgerichten stellt eine derartige Verzögerung für den Beschuldigten eine unzumutbare Wartezeit dar, gerade wenn er mit einer unbedingten Strafe zu rechnen hat. Dies umso mehr, als dass es sich vorliegend nicht um einen grossen und komplexen Straffall handelt. Diese – wenn auch nicht erhebliche – Verletzung des Beschleunigungsgebots ist daher leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

- 12 - Insgesamt halten sich die straf erhöhenden und strafmindernden Faktoren somit in etwa die Waage, weshalb es bei der oben erwähnten Strafe im Bereich von rund 8 Monaten Freiheitsstrafe resp. 240 Tagessätzen Geldstrafe bleibt.

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