

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110547-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. Jansen und Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Urteil vom 27. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Fürsprecher X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfaches vorsätzliches Beschäftigen eines Ausländers ohne Bewilligung und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 28. Januar 2011 (GG100069)

Strafbefehl:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 2. Juni 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 11).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des mehrfachen vorsätzlichen Beschäftigens eines Ausländers ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–, teilweise als Zusatzstrafe zur Strafverfügung des Bezirksamtes Arbon vom 14. April 2010, wovon zwei Tage durch Polizeiverhaft erstanden sind.
3. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Mai 2008 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 44)

1. Es sei festzustellen, dass Ziff. 1 des Dispositivs des Urteils des BG Winterthur vom 28. Januar 2011 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Herr A._____ sei als teilweise Zusatzstrafe mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zum minimalen Ansatz zu bestrafen. Es sei festzustellen, dass 2 Tage Haft schon erstanden sind.
3. Es sei der Vollzug der Geldstrafe bedingt auszusprechen. Es sei eine Probezeit von 2 Jahren auszusprechen.
4. Es sei vom Widerruf abzusehen.
5. Es seien die Kosten der Untersuchung und $\frac{1}{2}$ der Gerichtsgebühr Herrn A._____ zu überbinden. Es sei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 600.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu sprechen.
6. Es seien die Kosten der Berufungsverhandlung auf die Staatskasse zu nehmen und dem Beschwerdeführer sei eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zuzüglich Mehrwertsteuer auszurichten.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 37)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. Januar 2011 wurde dem Beschuldigten am selben Tag mündlich eröffnet (Urk. 24) und der Staatsanwaltschaft am 1. Februar 2011 schriftlich im Dispositiv zugestellt (Urk. 25). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 7. Februar 2011 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 26). Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 31) wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft am 11. August 2011 zugestellt (Urk. 28). Mit Eingabe vom 31. August 2011 reichte der Verteidiger fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 34). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Schreiben vom 8. September 2011 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 37). Anschlussberufungen wurden nicht erhoben und Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Der Verteidiger beschränkte die Berufung in seiner Berufungserklärung auf die Strafzumessung, den Strafvollzug und den Widerruf (Urk. 34). Die Beschränkung ist definitiv, und nicht angefochtene Urteilspunkte treten nach Massgabe von Art. 437 StPO sofort in Rechtskraft (Schmid, a.a.O., Art. 399 N 8 f.). Da der Verteidiger mit der Berufungserklärung auf die Anfechtung des Kostendispositivs der Vorinstanz verzichtet hat, kann er in seinen Anträgen an der Berufungsverhandlung (Urk. 44 S. 2) nicht darauf zurückkommen (Schmid, a.a.O., Art. 404 N 2). Es ist folglich festzustellen, dass das Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. Januar 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt) sowie 5 - 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

4. Mit Schreiben vom 30. Januar 2012 wurde das anlässlich der Berufungsverhandlung abgegebene bzw. versandte Urteilsdispositiv gestützt auf Art. 83 Abs. 1 StPO berichtigt (vgl. Urk. 46-48).

II.

1. Bei der Strafzumessung hat die Vorinstanz den Strafrahmen korrekt abgesteckt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 7).

2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen strafehöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss es den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010 E. 1.2.2). Als schwerste Tat gilt diejenige, die gemäss abstrakter Strafdrohung des Gesetzes mit der höchsten Strafe bedroht ist (BGE 6B_885/2010 vom 7. März 2011 E. 4.4.1).

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern 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 (Art. 49 Abs. 2 StGB). Bei der Bemessung der Zusatzstrafe ist das Gericht sowohl in Bezug auf die Strafart als auch hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheidung gebunden (BGE 133 IV 156). Absatz 2 der genannten Bestimmung ist jedoch vor dem Hintergrund von Absatz 1 zu lesen und kommt nur bei gleichartigen Strafen zur Anwendung. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist, dass die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorgelegen hätten (BGE 6B_712/2010 vom 13. Dezember 2010 E. 1.3.3).

Was das Vorgehen in solchen Fällen sogenannter (auch nur teilweiser) retrospektiver Konkurrenz angeht, so ist im späteren Urteil zunächst von einer hypothetischen Gesamtstrafe für alle Delikte auszugehen. Von dieser ist die im früheren Urteil ausgesprochene Strafe abzuziehen, woraus sich die Zusatzstrafe ergibt (BGE 6B_882/2008 vom 31. März 2009 E. 1.2 m.H.). Bei diesem System bleibt zwar die im ersten Urteil ausgesprochene Einsatzstrafe bestehen. Die Strafzumessung bei der Festlegung der hypothetischen Gesamtstrafe muss indessen insgesamt neu vorgenommen werden, wobei einzelne Strafzumessungselemente gegebenenfalls anders zu werten sind als im ersten Verfahren, etwa wenn sich die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten seit der ersten Verurteilung erheblich gewandelt haben (BGE 121 IV 97 E. 2d/cc S. 103).

Bei der Beurteilung von Straftaten, welche der Täter teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen hat, sind die Straftaten vor und jene nach einer früheren Verurteilung nicht getrennt zu beurteilen und dann zu kumulieren. Es ist vielmehr auch hier eine Gesamtstrafe zu bilden, wobei für die Berechnung Tatgruppen gebildet werden, teilweise als Zusatzstrafe zum früheren Urteil (Ackermann, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 49 N 76). Hat das Gericht Straftaten zu beurteilen, die der Täter teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen hat, also *teilweise* eine *Zusatzstrafe* auszusprechen ist, so ist wie folgt vorzugehen (BGE 69 IV 59 ff., 115 IV 25, 116 IV 17; BGE 6B_28/2008 vom 10. April 2008 E. 3.3.2): Wenn die vor dem ersten Entscheid verübte Tat schwerer wiegt, so ist hierfür i.S. von Art.

49 Abs. 2 StGB eine - hypothetische - Zusatzstrafe zum ersten Urteil auszufällen und deren Dauer wegen der nach dem ersten Urteil begangenen Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB) angemessen zu erhöhen. Wenn hingegen die nach dem ersten Urteil verübte Tat schwerer wiegt, so ist von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und deren Dauer wegen der vor dem ersten Urteil begangenen Tat (nach Art. 49 Abs. 1 StGB) angemessen zu erhöhen, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass für diese frühere Tat (gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB) eine - hypothetische - Zusatzstrafe zum ersten Urteil zu fällen ist (Hug, in: Donatsch [Hrsg.], StGB-Kommentar, 18. Auflage, S. 127; Ackermann, a.a.O., Art. 49 N 77). Im Fall, wo mehrere Taten vor und nach einer früheren Verurteilung zu beurteilen sind, ist grundsätzlich gleich vorzugehen, mit der Präzisierung, dass die mehreren Taten vor bzw. nach der früheren Verurteilung je zu einer Gesamtbeurteilung zusammengefasst werden. Mit anderen Worten: Zunächst muss das Gericht eine hypothetische Gesamtstrafe für die nach der Verurteilung begangenen Taten festsetzen und alsdann eine hypothetische Gesamtstrafe für die vor der Verurteilung begangenen Taten. Die für die vor der Verurteilung begangenen Taten auszufällende Zusatzstrafe ergibt sich aus der Differenz der hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits ausgefallten Strafe. Wiegen die mit Zusatzstrafe zu ahndenden Straftaten schwerer, ist ausgehend von dieser Zusatzstrafe eine Erhöhung für die nach der Verurteilung begangenen Taten vorzunehmen. Wiegen indes die nach der Verurteilung begangenen Straftaten schwerer, sind diese angemessen zu erhöhen (Ackermann, a.a.O., Art. 49 N 77; BGE 6B_151/2011 vom 20. Juni 2011 E. 5.4).

3. Der Beschuldigte wurde am 14. April 2010 mit Strafverfügung des Bezirksamts Arbon wegen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern zu einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen verurteilt (HD 46). Der Beschuldigte hat die heute zu beurteilenden Taten teilweise vor Erlass dieser Strafverfügung begangen, nämlich die Beschäftigung ohne Bewilligung vom Ausländer B. _____ vom 12. bis 14. April 2010 sowie diejenige vom Ausländer C. _____ vom 1. bis 14. April 2010. Diesbezüglich ist heute eine Zusatzstrafe auszufällen.

Bei der Bildung einer Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB darf zwar das frühere Urteil nicht aufgehoben und eine Gesamtstrafe für alle Straftaten ausgesprochen werden, gleichwohl ist vorab eine hypothetische Gesamtstrafe nach den Regeln gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu bilden (vgl. Ackermann, a.a.O., Art. 49 N 53 f.). Dies wiederum bedeutet, dass vorab eine Einsatzstrafe für die schwerste Tat im zu beurteilenden Gesamtzeitraum zu bilden ist. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010, E. 1.2.2). Der Tatbestand des Missbrauchs von Ausweisen und Schildern im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 SVG, welcher als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zu *drei* Jahren oder Geldstrafe vorsieht, ist das schwerste Delikt derjenigen, die vor der Verurteilung vom 14. April 2010 verübt wurden. Da die Taten der zweiten Straftatengruppe den Tatbestand der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung gemäss Art. 117 Abs. 1 AuG erfüllen, welcher als Strafdrohung Freiheitsstrafe bis zu *einem* Jahr oder Geldstrafe vorsieht, ist die erste Straftatengruppe die schwerere. Es ist folglich für die erste Straftatengruppe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB eine - hypothetische - Zusatzstrafe zur Strafverfügung auszufällen und deren Dauer wegen der nach der Strafverfügung begangenen Taten angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB).

4. Wie bereits erwähnt, ist in der ersten Straftatengruppe der Missbrauch von Ausweisen und Schildern das schwerste vom Beschuldigten begangene Delikt. Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist also die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweg-

gründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

a) Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt im Rahmen von Art. 97 Ziff. 1 SVG sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht leicht. Der Beschuldigte wurde mit Verfügung aufgefordert, innert 10 Tagen, d.h. bis zum 13. März 2010, die Kontrollschilder seines Autos abzugeben. Da er dies nicht von sich aus tat, wurden die Schilder am 29. März 2010 eingezogen. Der Beschuldigte zeigte sich geständig und gab an, dass das Auto defekt in seiner Garage gestanden sei und er einfach vergessen habe, die Kontrollschilder abzugeben (vgl. Urk. 41: Beizugsakten des Bezirksamts Arbon bzw. der Staatsanwaltschaft Bischofszell, Geschäfts-Nr. BA_SU.2010.107). Der deliktische Wille war bezüglich dieser Tat äusserst gering.

Insgesamt erscheint für den Missbrauch von Ausweisen und Schildern eine hypothetische Einsatzstrafe von 5 Tagessätzen Geldstrafe als zwar milde, aber dem Verschulden noch angemessen. Dies entspricht der Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April 2010.

b) Straferhöhend wirken sich nun die weiteren vom Beschuldigten verübten Straftaten dieser ersten Straftatengruppe aus: Dabei handelt es sich um das vorliegend angeklagte mehrfache Beschäftigen eines Ausländers ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG (bis zum 14. April 2010).

Bezüglich des objektiven Tatverschuldens ist anzumerken, dass der Beschuldigte durch die Beschäftigung der Putzkräfte nicht nur selber gegen das Gesetz versties, sondern auch dazu beitrug, dass sich die Angestellten strafbar machten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass er die Putzkräfte nur während einer kurzen Dauer beschäftigte. In subjektiver Hinsicht ist zu bemerken, dass der Beschuldigte direkt vorsätzlich handelte. Neben dem vom Beschuldigten geltend gemachten Bedürfnis, den - wie er - aus dem ... stammenden Angestellten ein Einkommen zu verschaffen (Urk. 23/1 S. 9, Prot. I S. 5, Urk. 44 S. 4), bestanden bei ihm offensichtlich auch handfeste Interessen an einer Verbesserung der eigenen finanziellen Lage - wie der Beschuldigte heute selbst bejahte (Urk. 43 S. 5) -,

hatte er doch mit der D. _____ AG einen Vertrag abgeschlossen, mit dem er gegen ein Entgelt von Fr. 8'000.– als Subunternehmer die Gebäudereinigung des E. _____-Hotel-Anbaus übernahm (Urk. 5/1 und 5/2). Dafür benötigte er Arbeitskräfte, und aus den in Aussicht gestellten (aber noch nicht klar vereinbarten) Stundenlöhnen erhellt, dass er dabei die Lohnkosten ausgesprochen niedrig halten wollte (Urk. 3/1 und 3/3). So räumte er auch heute ein, dass er den Arbeitnehmern nachträglich Fr. 10.– pro Stunde bezahlt habe (Urk. 43 S. 5). Der Beschuldigte leistete mithin keineswegs bloss einen "Gefälligkeitsdienst an befreundete Leute", wie die Verteidigung vor Vorinstanz vorbrachte (Prot. I S. 5). Dass die ohne Bewilligung arbeitenden Personen nicht länger für ihn tätig waren, gründete im Übrigen nicht etwa in einem Entscheid des Beschuldigten, sondern lag daran, dass die Behörden anlässlich einer Kontrolle die Schwarzarbeit entdeckten. Das Tatverschulden wiegt dennoch insgesamt noch verhältnismässig leicht. Unter dem Gesichtspunkt der Tatkomponente erscheint für die Beschäftigung einer Person eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Tagessätzen Geldstrafe bzw. für die Beschäftigung von zwei Personen eine hypothetische Einsatzstrafe von 25 Tagessätzen Geldstrafe als dem Verschulden angemessen.

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 10). An der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er habe seit dem 10. Mai 2011 eine Stelle als Er sei verlobt und werde bald heiraten. Er habe nun besseren Kontakt zu seiner Ex-Frau und seinem Sohn, welchen er regelmässig sehe (Urk. 43 S. 2 ff.). Bloss minimal verschuldensreduzierend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte sich wegen der Scheidung und der damit verbundenen Trennung vom Sohn, der unter den damaligen familiären Verhältnissen gelitten haben soll, "alles schleifen" (Prot. I S. 6) liess, zu viel trank und finanzielle Probleme hatte (Urk. 44 S. 3 f.), befand er sich doch in einer Situation, in die nicht wenige Menschen in ihrem Leben geraten, ohne deswegen straffällig zu werden.

Straferhöhend wirken sich die beiden Vorstrafen des Beschuldigten aus, auch wenn sie nicht einschlägig sind. So wurde er am 23. Mai 2008 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand und

Verletzung der Verkehrsregeln zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– und einer Busse von Fr. 1'000.– sowie am 18. August 2008 vom Untersuchungsamt St. Gallen wegen Übertretung der Nationalstrassenabgabeverordnung und Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 80.– und einer Busse von Fr. 100.– verurteilt (Urk. 33). Straferhöhend fällt sodann die Tatbegehung während laufender und bereits einmal verlängerter Probezeit sowie während einer laufenden Strafuntersuchung (vgl. Beizugsakten des Bezirksamts Arbon, Urk. 41) ins Gewicht.

Strafmindernd wirkt sich das Geständnis des Beschuldigten sowie dessen Einsicht und Reue aus.

Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von einer erhöhten Strafeempfindlichkeit auszugehen, denn die familiären Unterhaltspflichten sind bei der Bemessung der Tagessatzhöhe zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung der Täterkomponente ist für das mehrfache Beschäftigen eines Ausländers ohne Bewilligung die hypothetische Einsatzstrafe von 25 Tagessätzen auf 35 Tagessätze Geldstrafe zu erhöhen.

c) Es rechtfertigt sich, die hypothetische Einsatzstrafe von 5 Tagessätzen für den Missbrauch von Ausweisen und Schildern in Anwendung des Asperationsprinzips aufgrund der hypothetischen Strafe für das mehrfache Beschäftigen eines Ausländers ohne Bewilligung (bis zum 14. April 2010) um 25 Tagesätze auf eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu erhöhen. In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich für diese Straftatengruppe folglich eine hypothetische Gesamtstrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen. Davon abzuziehen ist die bereits ausgefallte Geldstrafe von 5 Tagessätzen. Dies ergibt eine hypothetische Zusatzstrafe zur Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April 2010 von 25 Tagessätzen Geldstrafe.

5. Die hypothetische Zusatzstrafe zum früheren Entscheid ist nun wegen den nach diesem begangenen Taten angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1

StGB). Dabei handelt es sich um das mehrfache Beschäftigen eines Ausländers ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG (nach dem 14. April 2010).

a) Bezüglich des objektiven und subjektiven Tatverschuldens kann auf Ziff. 4.b) vorstehend verwiesen werden. Der einzige Unterschied ist, dass der Beschuldigte nach dem 14. April 2010 nicht mehr nur zwei, sondern drei Putzkräfte beschäftigte.

b) Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 31 S. 10) und in Ziff. 4.b) vorstehend verwiesen werden.

c) Straferhöhend wirken sich die Vorstrafen des Beschuldigten aus (Urk. 33). Dass am 14. April 2010 eine dritte ergangen war, wusste der Beschuldigte noch nicht (vgl. nachfolgend Ziff. III.2). Erheblich straherhöhend fällt die Tatbegehung während laufender und bereits einmal verlängerter Probezeit sowie - aus der Sicht des Beschuldigten - während einer laufenden Strafuntersuchung (vgl. Beizugsakten des Bezirksamts Arbon, Urk. 41) ins Gewicht.

Strafmindernd wirkt sich das Geständnis des Beschuldigten sowie dessen Einsicht und Reue aus.

Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich.

d) In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich für diese Straftatengruppe eine hypothetische Gesamtstrafe von 25 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen.

6. Bei der Erhöhung der hypothetischen Zusatzstrafe für die erste Straftatengruppe von 25 Tagessätzen Geldstrafe um die Strafe von 25 Tagessätzen Geldstrafe für die zweite Straftatengruppe werden diese nicht kumuliert, sondern es wird die hypothetische Zusatzstrafe für die erste Straftatengruppe unter Einbezug der Strafe für die zweiten Straftatengruppe in Anwendung des Aspirationsprinzips angemessen erhöht. Gesamthaft ist eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen, teilweise als Zusatzstrafe zur Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April

2010, auszusprechen. Zwar hat die Vorinstanz noch nicht berücksichtigt, dass der Beschuldigte in der zweiten Phase seiner Delinquenz nichts vom Arboner Entscheid vom 14. April 2010 wusste. Sie hat auch die Strafe für die nach diesem Datum begangenen Taten ohne weiteren Abzug zur (hypothetischen) Zusatzstrafe addiert, statt das Asperationsprinzip anzuwenden. Indes würde eine tiefere Strafe dem sich aus den vorstehenden Erwägungen ergebenden Grundverschulden des Beschuldigten, das zwar noch leicht, aber schwerer wiegt, als von der Vorinstanz angenommen, nicht gerecht. So hatte selbst die Verteidigung eine Geldstrafe in der Höhe von 40 Tagessätzen beantragt.

Bei der Geldstrafe richtet sich die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und - soweit er davon lebt - Vermögen, ferner nach seinem Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten und nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt für die Tagessatzberechnung ist das Einkommen, welches dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt. Dabei bleibt belanglos, aus welcher Quelle dieses Einkommen stammt. Abzuziehen ist, was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufließt, so etwa die laufenden Steuern und die obligatorischen Versicherungsbeiträge. Ausserdem ist das Nettoeinkommen um die Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge zu reduzieren, soweit der Verurteilte ihnen tatsächlich nachkommt. Nicht zu berücksichtigen sind Schulden und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel auch die Wohnkosten. Lebt der Täter unter dem Existenzminimum, kann der so errechnete Tagessatz um rund die Hälfte, allenfalls auch mehr, reduziert werden (BGE 134 IV 68 ff.).

Der Beschuldigte hat seit dem 10. Mai 2011 eine neue Arbeitsstelle als ... und verdient monatlich Fr. 3'859.– netto. Die Quellensteuer wird ihm vorab direkt vom Bruttolohn abgezogen. Für die Krankenkasse bezahlt er Fr. 295.30 pro Monat (Urk. 43 S. 3; Urk. 45/5). Er muss seinem Sohn monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 750.– bezahlen (Urk. 3/3 S. 5, Urk. 10/5, Urk. 23/1 S. 5, Urk. 43 S. 3, Urk. 45/10). Angesichts dieser finanziellen Verhältnisse ergäbe sich an sich ein höherer Tagessatz, als derjenige, welcher von der Vorinstanz festgelegt

wurde. Aufgrund des Verbots der "reformatio in peius" ist die Tagessatzhöhe jedoch bei Fr. 30.– zu belassen.

Der Beschuldigte ist somit mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–, teilweise als Zusatzstrafe zur Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April 2010, zu bestrafen.

Anzurechnen ist die erstandene Polizeiverhaft von 2 Tagen (Art. 51 StGB).

III.

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder 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). Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen.

2. Die objektive Voraussetzung zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs ist vorliegend erfüllt, da der Beschuldigte mit einer Geldstrafe zu bestrafen ist. In subjektiver Hinsicht ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Der Beschuldigte hat bereits drei Vorstrafen. Die Probezeit der ersten Strafe wurde einmal verlängert und einmal wurde er diesbezüglich verwarnet (Urk. 33). Von der Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April 2010 und der darin enthaltenen Strafe und der Verwarnung wusste der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Tatbegehung noch nichts, da ihm die Strafverfügung erst am 6. Mai 2010 zugestellt werden konnte (vgl. Beizugsakten des Bezirksamts Arbon, Urk. 41). Von den ersten beiden Vorstrafen und der laufenden und bereits einmal verlängerten Probezeit hatte er aber durchaus Kenntnis, ebenso vom laufenden Arboner Strafverfahren, in dem er sich geständig und schuldig bekannt hatte, was alles ihn jedoch nicht davon abhielt, erneut zu delinquieren. Ausserdem wurde 2008 eine

Geldstrafe von immerhin 10 Tagessätzen zu Fr. 80.– bereits unbedingt ausgesprochen, wovon er sich offensichtlich ebenfalls nicht beeindrucken liess. Unter diesen Umständen kann dem Beschuldigten keine günstige Prognose gestellt werden und weder der bedingte noch der teilbedingte Strafvollzug gewährt werden. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Beschuldigte heute über eine feste Anstellung verfügt, seine familiäre Situation stabiler zu sein scheint und er die Schulden reguliert, wie die Verteidigung geltend macht (Urk. 44 S. 4 ff.). Der Beschuldigte erhielt mehrere Chancen, um sich zu bewähren, und delinquierte trotzdem immer wieder und innert kurzen Abständen. Die Geldstrafe ist folglich zu vollziehen.

IV.

1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinnvoller Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten warnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 1 und 2 StGB).

2. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Mai 2008 wurde dem Beschuldigten für die bedingt vollziehbare Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– eine Probezeit von 2 Jahren angesetzt. Diese wurde vom Untersuchungsamt St. Gallen am 18. August 2008 um ein Jahr verlängert. Das Bezirksamt Arbon sprach am 14. April 2010 diesbezüglich eine Warnung aus (Urk. 33). Die heute zu beurteilenden Taten beging der Beschuldigte folglich während laufender und bereits einmal verlängerter Probezeit.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Beschuldigte erneut delinquierte, obwohl ihm die eine Probezeit bereits einmal verlängert worden war (von der Ver-

warnung wusste er zum Zeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Taten noch nichts, vgl. Ziff. III.2. vorstehend) und obwohl er bereits einmal eine Geldstrafe zu bezahlen hatte und er sich demnach nicht davon beeindrucken liess, kann dem Beschuldigten zum jetzigen Zeitpunkt - auch unter Berücksichtigung der Wirkung der heute auszusprechenden unbedingten Geldstrafe - keine günstige Legalprognose gestellt werden. Es ist vielmehr damit zu rechnen, dass er erneut straffällig wird. Ein Widerruf der mit Strafbefehl vom 23. Mai 2008 ausgesprochenen bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– ist unter diesem Umständen unumgänglich.

3. Die Bildung einer Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB kommt hier nicht in Betracht, wenn die widerrufenen Strafe und die neue Strafe gleichartig sind (BGE 134 IV 241). Da es sich vorliegend sowohl bei der heute neu auszusprechenden wie auch bei der zu widerrufenden Strafe um Geldstrafen und damit um gleichartige Strafen handelt, ist keine Gesamtstrafe zu bilden.

V.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens deshalb dem Beschuldigten aufzuerlegen. Da der Beschuldigte einer Arbeitstätigkeit nachgeht und ein regelmässiges Einkommen erhält, besteht kein Anlass, diese Kosten abzuschreiben. Bei diesem Verfahrensausgang ist ihm ausserdem keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 StPO e contrario; Art. 436 Abs. 2 StPO e contrario).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. Januar 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt) sowie 5 - 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–, teilweise als Zusatzstrafe zur Strafverfügung des Bezirksamts Arbon vom 14. April 2010, wovon 2 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten, sind.
2. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
3. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Mai 2008 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–. Über die weiteren Kosten stellt die Gerichtskasse Rechnung.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Bundesamt für Migration

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat in die Untersuchungsakten Nr. D-ADJ/2008/2667 (im Dispositiv)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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, 27. Januar 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Oswald