

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110603-O/U/kw

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
lic. iur. et phil. Glur sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Aardoom

Urteil vom 20. Januar 2012

in Sachen

A._____,

Angeklagter und Appellant

verteidigt durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **fahrlässige grobe Verkehrsregelverletzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, 9. Einzelrichter in
Strafsachen, vom 8. Dezember 2010 (GG100062)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 23. September 2010 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte ist schuldig der fahrlässigen groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 22 Abs. 1 SSV.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 100.–.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'750.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.– Untersuchungskosten
5. Die Kosten, inklusive diejenigen der Untersuchung, werden dem Angeklagten auferlegt.

Berufungsantrag:

Des Angeklagten:

(Urk. 45)

Es wird beantragt, eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu der geringst möglichen Tagessatzhöhe festzusetzen.

Das Gericht erwägt:

I. Anwendbares Recht

Da sich die Berufung gegen einen Entscheid richtet, der vor dem 1. Januar 2011 gefällt wurde, sind die bisherige Strafprozessordnung des Kantons Zürich (nachfolgend StPO/ZH) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) anwendbar (Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung [SR 312.0]).

II. Prozessgeschichte

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 8. Dezember 2010, welches dem Angeklagten schriftlich am 14. Dezember 2010 eröffnet wurde (Urk. 21A), liess dieser mit Eingabe vom 23. Dezember 2010 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 21B). Die Vorinstanz stellte dem Verteidiger nach Eingang von dessen Vollmacht am 27. Juni 2011 (Urk. 24 und 25) das begründete Urteil am 11. Juli 2011 zu (Urk. 27). Mit Eingabe vom 14. Juli 2011 nannte der Verteidiger die Beanstandungen. Anschlussberufung wurde keine erhoben (Urk. 29; Urk. 30). Nach Eingang der Akten beim Obergericht des Kantons Zürich wurde dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 14. Oktober 2011 Frist zur Stellung von Beweisanträgen sowie dem Angeklagten zur Einreichung des Datenerfassungsblattes angesetzt. Der Verteidiger reichte in der Folge das Datenerfassungsblatt sowie die Kopie eines Vermögensverzeichnisses ins Recht (Urk. 38; Urk. 39/1-2). Mit Schreiben vom 17. November 2011 teilte er dem Gericht mit, dass sich der Angeklagte zur Zeit in B._____ [Staat] in Untersuchungshaft befinde (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 24. November 2011 wurde vorgemerkt, dass sich die Parteien mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden erklärt hatten, und dem Angeklagten Frist zur Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 43). Der Verteidiger reichte diese am 5. Dezember 2011 ein (Urk. 45). Die Staatsanwaltschaft reichte innert der ihr angesetzten Frist keine Berufungsantwort ein, was androhungsgemäss als Verzicht zu werten ist (Urk. 45; Urk. 46).

2. Gemäss § 413 Abs. 3 StPO/ZH wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Die Berufung kann auf einzelne Schuldsprüche, die Strafzumessung, die Anordnung von Massnahmen, den Entscheid über Zivilforderungen sowie die besonderen Anordnungen beschränkt werden. Soweit ein Urteil nicht angefochten ist, erwächst es in Rechtskraft (§ 413 Abs. 3 StPO/ZH e contrario).

Der Angeklagte liess die Berufung auf die Strafzumessung beschränken und innerhalb dieser wiederum auf die Höhe des Tagessatzes (Urk. 28; Urk. 45). In die Überprüfung der Urteils sind auch an sich nicht angefochtene Punkte miteinzubeziehen, zu welchen eine innere Konnexität vorliegt (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, 2004, N 1030a). Somit ist vorliegend die Strafzumessung inklusive Vollzug zu überprüfen. Vorab ist mittels Beschluss festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichterin in Strafsachen, vom 8. Dezember 2010 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) sowie 4 und 5 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

III. Strafzumessung

1. Der Angeklagte beantragt, eine Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu der geringst möglichen Tagessatzhöhe festzusetzen (Urk. 45). Eine Beschränkung der Berufung auf die Höhe des Tagessatzes ist grundsätzlich möglich, die kantonale Berufungsinstanz kann jedoch die Anzahl Tagessätze unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots gleichwohl überprüfen, soweit sie nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist (Dolge, BSK Strafrecht I, N. 98 zu Art. 34). Eine Überprüfung ist demzufolge gemäss der Zürcher Gesetzgebung zulässig (§ 412 Abs. 1 StPO/ZH; Schmid, a.a.O., N 1034).

2. Die Vorinstanz hat sich in ihrem Urteil zutreffend mit den Regeln der Strafzumessung auseinandergesetzt und eine Geldstrafe in der Höhe von 40 Tagessätzen festgesetzt. Auf ihre Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 33 S. 8 f.; § 161 GVG). Diese Strafhöhe ist angemessen, weshalb von einer vertieften Über-

prüfung abgesehen werden kann und die Höhe der Anzahl Tagessätze der Geldstrafe bei 40 zu belassen ist.

3. Für die Berechnung der Höhe des Tagessatzes ist auf die Verhältnisse im Urteilszeitpunkt abzustellen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Dabei ist vom Einkommen auszugehen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt. Davon abziehen ist, was der Täter gesetzlich schuldet oder ihm wirtschaftlich nicht zufließt (vgl. BGE 134 IV 60 E. 6.1 ff.).

3.1 Die Vorinstanz stützte sich bei der Berechnung der Höhe des Tagessatzes auf die durch den Angeklagten in der Untersuchung schriftlich gemachte Berufsangabe als selbstständig erwerbender Wertpapierhändler. Sie berücksichtigte zudem, dass der Angeklagte noch bei seinen Eltern wohne sowie ledig und kinderlos sei. Aufgrund dieser Angaben legte sie den Tagessatz auf Fr. 100.– fest, wie dies durch die Staatsanwaltschaft beantragt wurde (Urk. 33 S. 9 f.).

Der Angeklagte hatte im bisherigen Verfahren fast keine Angaben gemacht und war zur gerichtlichen Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erschienen, weshalb der Vorinstanz nur äusserst dürftige Angaben zu seiner Person vorlagen (Urk. 3-5 und 9-11; Prot. I S. 3). Demzufolge war es ihr gestattet, der Festsetzung der Tagessatzhöhe eine Schätzung nach pflichtgemäßem Ermessen zugrunde zu legen, wie sie dies in der Vorladung vom 20. Oktober 2010 angedroht hatte (Urk. 18, S. 2 der Vorladung; vgl. auch Dolge, a.a.O., N 89-94 zu Art. 34).

3.2 Mit Schreiben vom 5. Januar 2011 teilte der nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens neu mandatierte Rechtsanwalt X._____ als Verteidiger des Angeklagten mit, der Angeklagte sei Student und habe kein Einkommen oder Vermögen. Dem Schreiben legte er eine Studienbescheinigung der "FernUniversität in C._____" für das Wintersemester 2010/11 bei (Geltungsdauer 01.10.2010 - 31.03.2011; Urk. 22).

Im Berufungsverfahren reichte der Verteidiger das Datenerfassungsblatt ein, welches wegen Auslandabwesenheit des Angeklagten durch ihn selbst ausgefüllt wurde. Zu den finanziellen Verhältnissen kreuzte er an, dass der Angeklagte er-

werbslos sei und von den Eltern circa Fr. 600.– pro Monat als Unterstützung erhalte (Urk. 38 und 39/1). Gleichzeitig reichte er die Kopie eines Vermögensverzeichnisses im Rahmen der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, datiert vom 15. Mai 2008, ins Recht. Diesem lässt sich entnehmen, dass der Angeklagte selbst zum damaligen Zeitpunkt angab, monatlich EUR 900.– von seinen Eltern zu erhalten (Urk. 39/2). Mit Schreiben vom 17. November 2011 teilte der Verteidiger mit, dass sich der Angeklagte seit circa drei Monaten in B._____ in Untersuchungshaft befinde. Es sei nicht absehbar, zu welchem Zeitpunkt die Anhörung/Verhandlung vor dem Gericht erfolgen würde und wann der Angeklagte wieder ausreisen könne (Urk. 40).

3.3 Auch diese Angaben sind eher dürftig. So wurde das Vermögensverzeichnis vor gut zweieinhalb Jahren erstellt, somit bevor der Angeklagte selbst in mehreren Dokumenten angegeben hatte, dass er von Beruf selbstständig erwerbender Wertpapierhändler sei (Urk. 2: Rechtshilfegesuch, ausgefüllt am 23. November 2009; Urk. 4: Protokoll Geschwindigkeitsüberschreitung; Urk. 11 [Beilage zu Urk. 10 vom 22. April 2010]). Zu seinen Einkünften seit Mai 2008 lässt sich dem eingereichten Vermögensverzeichnis nichts entnehmen. Auch die Studienbescheinigung der "FernUniversität in C._____" ist nicht aktuellen Datums. Es ist unklar, ob der Angeklagte nach dem 31. März 2011 weiter immatrikuliert war. Zudem ist es ohne weiteres möglich, neben einem Fernstudium eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Zur aktuellen persönlichen Situation des Angeklagten liegt dem Gericht nur die Information des Verteidigers vom 17. November 2011 vor, dass sich der Angeklagte damals seit circa drei Monaten in B._____ in Untersuchungshaft befinden würde (Urk. 40), was jedoch nicht weiter belegt wurde. Weitere Angaben, insbesondere welche Vorwürfe gegen den Angeklagten im Raum stehen, bzw. wo sich der Angeklagte zum jetzigen Zeitpunkt befindet und zu welchem Zweck er sich in B._____ aufhielt (schon die Anwaltsvollmacht vom 19. Juni 2011 wurde in D._____ [Stadt in B._____] unterzeichnet, der Angeklagte hielt sich somit schon länger in B._____ auf; Urk. 25), sind nicht bekannt.

3.4 Die finanziellen und persönlichen Verhältnisse des Angeklagten bleiben somit unklar. Art. 34 Abs. 3 StGB sieht in solchen Fällen vor, dass die Schweizer Behörden die zur Bestimmung des Tagessatzes erforderlichen Auskünfte erteilen. Eine solche Auskunftspflicht besteht im ... Recht [des Staates Z. _____] nicht, weshalb es nicht möglich ist, in Z. _____ weitere Auskünfte einzuholen (vgl. Dolge, a.a.O., N 91 zu Art. 34). Somit ist auch im Berufungsverfahren eine Schätzung nach freiem Ermessen vorzunehmen (vgl. Urk. 36). Der Grundsatz in dubio pro reo gilt für eine solche Schätzung nicht. Es muss derjenige Schätzwert angenommen werden, der nach dem pflichtgemässen Ermessen des Gerichts der Wirklichkeit am nächsten kommt (Dolge, a.a.O., N 94 zu Art. 34).

3.5 Gemäss Angaben seines Verteidigers befindet sich der Angeklagte zur Zeit in B. _____ in Untersuchungshaft. Die Untersuchungshaft ist grundsätzlich eine provisorische Zwangsmassnahme, somit vorübergehender Natur. Der Schätzung ist deshalb ein grösserer Zeitrahmen – somit auch die Lebenssituation des Angeklagten vor der Haft – zugrunde zu legen.

Die Angabe, er sei von Beruf Wertpapierhändler bzw. dass er selbständig erwerbstätig sei, machte der Angeklagte noch im Jahr 2009 bzw. im April 2010 (s.o. 3.3). Es ist somit durchaus möglich, dass sich dies auf seinen erlernten Beruf bzw. die Erstausbildung bezieht und er diese Tätigkeit allenfalls später neben einer Zweitausbildung an der FernUniversität C. _____ weiterhin ausübte. Es steht nicht fest, ob und in welchem Umfang er im Wertpapierhandel tätig war, jedoch ist davon auszugehen, dass es sich während des Studiums höchstens um einen Nebenerwerb handelte. Somit ist die Höhe des Tagessatzes insbesondere aufgrund der Unterstützungsleistung durch seine Eltern zu berechnen (Dolge, a.a.O., N 58 zu Art. 34). Aufgrund der durch die Verteidigung eingereichten Dokumente (Vermögensverzeichnis und Datenerfassungsblatt) ist von einem geschätzten Mittelwert von monatlich Fr. 900.– auszugehen. Zudem ist davon auszugehen, dass der Angeklagte zusätzlich Naturalunterstützung durch seine Eltern erhielt, indem er (vor seinem B. _____-Aufenthalt) bei ihnen wohnte, wie dies durch die Vorinstanz festgestellt und durch die Verteidigung nicht beanstandet wurde (Urk. 33 S. 9).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Nettoeinkommen bei Verurteilten, welche nahe oder unter dem Existenzminimum leben, in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2). Der Angeklagte beging die Verkehrsregelverletzung mit einem gemieteten BMW (Urk. 7; Urk. 12/1). Zudem hielt er sich offenbar schon mindestens 2 Monate vor seiner Inhaftierung in B._____ auf (Urk. 25 in Verbindung mit Urk. 40). Dieser Lebensstil lässt darauf schliessen, dass dem Angeklagten offenbar zusätzliche Mittel zur Verfügung stehen und sich sein strafrechtlicher Nettoerwerb nicht in der Nähe des Existenzminimums befindet. Die Höhe des Tagessatzes ist somit auf Fr. 30.– festzusetzen. Eine weitere Reduktion auf den durch das Bundesgericht vorgegebenen Minimalansatz erscheint nicht angezeigt (BGE 135 IV 180 E. 1.4.2).

4. Die Vorinstanz ordnete den Vollzug der Geldstrafe mit Verweis auf die frühere mehrfache einschlägige Delinquenz an. Auf die Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 33 S. 10, vgl. auch S. 9 und Urk. 14/2). Die Anordnung des Vollzuges wurde nicht angefochten und ist auch nicht zu beanstanden. Die Geldstrafe ist somit zu vollziehen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Berufungsverfahren erfolgt die Auflage der Kosten in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten (§ 396a StPO/ZH). Der Angeklagte obsiegt teilweise, indem die Höhe des Tagessatzes reduziert wurde, jedoch nicht auf das absolute Minimum. Sodann kann "in begründeten Fällen" nach dem Willen des Gesetzgebers von der Regelung der Kostenfolge nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen abgewichen werden. Wie oben dargelegt, war die Vorinstanz vor dem Hintergrund der dürftigen Angaben des Angeklagten und seines unentschuldigten Fernbleibens an der Verhandlung nur in der Lage, die wirtschaftlichen Verhältnisse abzuschätzen. Sie traf einen durchaus vertretbaren Ermessensentscheid, der heute durch einen anderen, wohlwollenden Ermes-

sensentscheid ersetzt wurde, dessen Grundlage vom Angeklagten aber erst im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens dargelegt wurde. Praxisgemäss sind deshalb die Kosten dem Angeklagten aufzuerlegen (vgl. Schmid, a.a.O., N 1202).

Damit entfällt auch der Anspruch auf eine reduzierte Prozessentschädigung.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichterin in Strafsachen, vom 8. Dezember 2010, bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) sowie 4 und 5 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
2. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Angeklagten auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft See / Oberlandund nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

6. 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

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Aardoom