

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_760/2008

Urteil vom 30. Juni 2009
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, präsidierender Bundesrichter,
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari, Favre, Mathys,
Gerichtsschreiberin Koch.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Rechtsanwalt Duri Bonin,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Bemessung des Tagessatzes (Art. 34 Abs. 2 StGB); mehrfacher Betrug,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 22. August 2008.

Sachverhalt:

A.
Am 22. August 2008 bestrafte das Obergericht des Kantons Zürich (I. Strafkammer) X._____ zweitinstanzlich wegen mehrfachen Betrugs und mehrfacher Urkundenfälschung mit einer bedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.--, wovon 128 Tagessätze als durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft geleistet gelten.

B.
X._____ erhebt strafrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, in Änderung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich sei der Tagessatz auf Fr. 6.-- festzusetzen. Er stellt zudem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

C.
Das Obergericht des Kantons Zürich und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Sowohl die Vorinstanz als auch der Beschwerdeführer gehen bei der Berechnung der Höhe des Tagessatzes von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschwerdeführers von 329.25 Euro bzw. rund 533 Franken aus.

1.1 Nach Auffassung der Vorinstanz soll und muss die Ernsthaftigkeit der Sanktion für den Beschwerdeführer erkennbar sein. Nach Anrechnung von 128 Tagen erstandener Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf die bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 150 Tagessätzen könnten höchstens 22 Tagessätze vollzogen werden und dies lediglich, wenn der Beschwerdeführer erneut straffällig werden sollte. Beim beantragten Tagessatz von Fr. 6.-- hätte der Beschwerdeführer, sollte es zum Vollzug kommen, lediglich Fr. 132.-- zu bezahlen. Einer solchen Situation müsste jede Ernsthaftigkeit

abgesprochen werden. Blicke es beim erstinstanzlich festgesetzten Tagessatz von Fr. 30.--, müsste der Beschwerdeführer im Falle des Vollzugs Fr. 660.-- entrichten. Dazu komme, dass es der Beschwerdeführer, durch ein gesetzeskonformes Verhalten während der Probezeit, selber in der Hand habe, ob die Sanktion vollzogen werde. Gehe es um eine bedingte Sanktion, dürfe diese durchaus im Sinne einer "Motivationshilfe" zu künftigem Wohlverhalten eher am oberen Rand innerhalb des noch angemessenen Rahmens angesiedelt werden. Eine ernst zu nehmende Sanktion trage nämlich wesentlich dazu bei, dass sich der Beschwerdeführer in der Zukunft gesetzeskonform verhalte. Insofern

unterscheide sich dieser Fall vom Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes (BGE 134 IV 60), in welchem eine unbedingte Strafe ausgesprochen wurde. Müsste aufgrund erneuter Delinquenz der Vollzug der Geldstrafe angeordnet werden, stünden dem Beschwerdeführer weitere Möglichkeiten im Sinne von Art. 35 und 36 StGB (z.B. Zahlungsfristen, Ratenzahlung, Fristverlängerung, Gesuch um Herabsetzung des Tagessatzes) zu Verfügung. Ein Tagessatz von Fr. 6.-- bis Fr. 8.-- hätte trotz der knappen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers nur noch symbolischen Charakter. Von einer ernstzunehmenden Sanktion könne - namentlich im Bereich bedingter Strafen und wenn es letztlich um einen möglichen Vollzug von nur wenigen Tagessätzen gehe - bei einer Tagessatzhöhe von unter Fr. 30.-- in der Regel nicht gesprochen werden.

1.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Einkommen belaufe sich auf rund Fr. 17.-- im Tag. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung komme der Tagessatz im Bereich von Fr. 6.-- bis Fr. 8.-- zu liegen. Folglich verletze die Vorinstanz Bundesrecht (Art. 34 StGB), wenn sie unter Hinweis auf die "Ernsthaftigkeit und Spürbarkeit" der Sanktion den Tagessatz einfach auf einen gesetzlich nicht vorgesehenen Minimalsatz von Fr. 30.-- festsetze. Aufgrund der desolaten finanziellen Situation stelle bereits ein Tagessatz von wenigen Franken eine ernstzunehmende Sanktion dar. Nach Auffassung des Beschwerdeführers argumentiert die Vorinstanz zudem auch bundesrechtswidrig, wenn sie sich auf den Standpunkt stelle, der Tagessatz sei höher zu bemessen, weil nur noch wenige Tage zum Vollzug ausstehen und die Strafe bedingt ausgesprochen werde. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz komme auch eine allfällige spätere Herabsetzung des Tagessatzes bei Zahlungsschwierigkeiten nach Art. 36 Abs. 3 StGB nicht zum Zuge, da sich seine Verhältnisse überhaupt nicht mehr verschlechtern könnten. Schliesslich wendet die Vorinstanz nach Auffassung des Beschwerdeführers das Bundesrecht falsch an, indem sie die Höhe des Tagessatzes von pauschal Fr. 30.-

- mit Blick auf die Gesamtsumme der Geldstrafe festsetze. Damit führe sie indirekt das Verschulden als zentrales Argument für die Festsetzung der Tagessatzhöhe an, was auch beim Sonderfall der am Rande des Existenzminimums lebenden Verurteilten nicht angehen könne.

2.

2.1 Das Bundesgericht hat die Kriterien für die Bemessung der Geldstrafe unlängst in einem Grundsatzentscheid festgehalten (BGE 134 IV 60). Darauf kann zunächst verwiesen werden. Auch für einkommensschwache Personen muss das strafrechtliche Nettoeinkommen Grundlage und Ausgangspunkt für die Bemessung des Tagessatzes sein. Bei der Tagessatzhöhe ist zu beachten, dass der Gesetzgeber bewusst auf einen minimalen Ansatz verzichtet hat, weshalb die Annahme einer festen Untergrenze ausser Betracht fällt (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2 S. 72).

Im Rahmen des gesetzlichen Ermessens ist allerdings dem Zweck der Geldstrafe und ihrer Bedeutung im strafrechtlichen Sanktionensystem Rechnung zu tragen. Soll die Geldstrafe gleichwertig neben die Freiheitsstrafe treten, darf der Tagessatz nicht so weit herabgesetzt werden, dass er lediglich symbolischen Wert hat. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Geldstrafe als unzweckmässige Sanktion angesehen und deshalb vielfach auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden müsste. Dies würde dem zentralen Grundanliegen der Revision diametral zuwiderlaufen (a.a.O. S. 72/73).

Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher 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. Als Richtwert lässt sich festhalten, dass eine Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte geboten ist. Um eine übermässige Belastung zu vermeiden, sind in erster Linie Zahlungserleichterungen durch die Vollzugsbehörde nach Art. 35 Abs. 1 StGB zu gewähren, soweit die Geldstrafe unbedingt ausgefällt wird. Bei einer hohen Anzahl Tagessätze - namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen - ist eine Reduktion um weitere 10 - 30 Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt. Massgebend sind immer die konkreten finanziellen Verhältnisse (a.a.O. S. 73).

Abgesehen vom wichtigen Sonderfall, dass der Verurteilte am Rande des Existenzminimums lebt, ist eine Herabsetzung wie auch eine Erhöhung des Tagessatzes mit Blick auf die Gesamtsumme der Geldstrafe prinzipiell ausgeschlossen. Das Ermessen bei der Strafzumessung erstreckt sich nicht auf eine nachträgliche Kontrolle des Geldstrafenbetrages. Unzulässig ist insbesondere, bei einer niedrigen Anzahl Tagessätze deren Höhe heraufzusetzen mit der Begründung, der Gesamtbetrag stünde andernfalls nicht mehr im Verhältnis zur Straftat. Auf diese Weise würde das Tagessatzsystem ausgehöhlt (a.a.O. E. 6.6 S. 73).

2.2 Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Beschwerde in Strafsachen hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19; zum alten Recht: BGE 129 IV 6 E. 6.1; 127 IV 101 E. 2). Dieser Ermessensspielraum kommt dem Sachrichter auch bei der Festsetzung der Höhe des Tagessatzes zu. Dessen Bemessung im Einzelfall ist dem sorgfältigen richterlichen Ermessen anheim gestellt (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2 S. 73). Darunter fällt namentlich auch der Entscheid, ob die Ernsthaftigkeit der Sanktion für den Verurteilten erkennbar und für ihn der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zumutbar ist.

2.3

2.3.1 Die wirtschaftliche Bedrängnis des Verurteilten steigt progressiv mit zunehmender Anzahl der Tagessätze an. Deshalb ist die zusätzliche Herabsetzung der Tagessatzhöhe bei einer hohen Anzahl von Tagessätzen zu prüfen, um eine übermässige Belastung finanziell schlecht gestellter Straftäter zu vermeiden. Wird Untersuchungshaft auf eine Geldstrafe angerechnet, so muss der Verurteilte den getilgten Teil der Geldstrafe nicht bezahlen. Dieser abgegoltene Teil wirkt sich demnach nicht auf seine finanzielle Belastung aus. Deshalb rechtfertigt es sich, beim zusätzlichen Abzug von 10 bis 30 Prozent von der tatsächlich noch zu verbüssenden Strafe auszugehen, also namentlich nach Abzug allfälliger bereits erstandener Untersuchungs- und Sicherheitshaft, welche auf die Strafe angerechnet werden.

2.3.2 Hingegen darf die Frage, ob eine Geldstrafe bedingt oder unbedingt ausgefällt wird, nicht als Kriterium zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes herangezogen werden. Gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB ist die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Urteilszeitpunkt, dem Einkommen und Vermögen, dem Lebensaufwand, den allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie dem Existenzminimum zu bestimmen. In Art. 34 Abs. 2 StGB fehlt ein Hinweis, wonach der Tagessatz als Anreiz für die Bewährung beim bedingten Strafvollzug erhöht werden dürfte. Die Voraussetzungen der bedingten Strafe sind in Art. 42 StGB geregelt. Danach ist der Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder höchstens zwei Jahren in der Regel aufzuschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Ein bestimmtes Mindestmass der Tagessatzhöhe ist nicht Voraussetzung des bedingten Strafvollzugs. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach eine Erhöhung des Tagessatzes wegen der Gewährung des bedingten Strafvollzugs möglich ist, würde dazu führen, dass derjenige Täter, der

die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs zunächst erfüllt, bei einem Widerruf nach Art. 46 StGB die höhere Strafe bezahlen muss als ein finanziell gleich gestellter Täter, welchem von vornherein der bedingte Strafvollzug verweigert wird. Dies widerspricht dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV und verletzt Art. 34 StGB.

2.3.3 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, eine Geldstrafe unter einer Tagessatzhöhe von Fr. 30.-- sei nicht ernst zu nehmen, namentlich im Bereich von bedingten Strafen, bei denen es um den Vollzug von wenigen Tagessätzen gehe.

Das Bundesgericht hat sich in einem kürzlich ergangenen Urteil mit der Frage auseinandergesetzt, ab welcher Höhe ein Tagessatz nicht mehr als ernstzunehmende Strafe gilt. Es hat entschieden, dass die Höhe des Tagessatzes den Betrag von Fr. 10.-- grundsätzlich nicht unterschreiten darf, um nicht als bloss symbolische Strafe wahrgenommen zu werden (vgl. BGE 6B_769/2008 vom 18. Juni 2006 E. 1.4). Die Frage der symbolischen Untergrenze stellt sich im vorliegenden Fall aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers indessen nicht (vgl. nachfolgend E. 3. zur Berechnung der Tagessatzhöhe).

3.

Bei der Festsetzung des Tagessatzes ist von den konkreten Einkünften des Beschwerdeführers von Euro 329.25 bzw. umgerechnet Fr. 533.-- auszugehen. Zu den Einkünften zählen aber auch die

Naturaleinkünfte, insbesondere der von den Sozialbehörden direkt bezahlte Mietzins von Euro 360.-- (umgerechnet zu einem Kurs von Fr. 1.61 ergibt dies ca. Fr. 580.--). Selbst wenn man für die Krankenkassenprämie und die Steuern keinen Abzug vornimmt, da der Beschwerdeführer diese aufgrund seiner schwierigen finanziellen Situation nicht bezahlen muss, und von seinen Einkünften gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2 S. 73) 50 Prozent abzieht, so gelangt man nicht auf den von der Vorinstanz festgelegten Tagessatz von Fr. 30.--. Zwar steht dem Sachrichter auch bei den Bemessungsgrundlagen (zum Beispiel den pauschalen Abzügen und der Aufrechnung von Naturalleistungen) ein Ermessen zu. Deshalb ist es hinzunehmen, dass sich bei gleicher oder ähnlicher finanzieller Grundlage unterschiedliche Beträge ergeben können. Letztlich geht es um eine vernünftige Schätzung, die sich aber in einem begrenzten Rahmen zu halten hat. Allerdings ist die Tagessatzhöhe nicht auf den Franken genau zu berechnen, weil sonst der Eindruck einer Genauigkeit erweckt wird, die es nicht gibt. Es ist daher zulässig, das Ergebnis zu runden. Die von der Vorinstanz festgesetzte Tagessatzhöhe von Fr. 30.-- liegt jedoch ausserhalb einer solchen zulässigen Rundungsdifferenz und ist angesichts der konkreten Umstände mit Art. 34 Abs. 2 StGB nicht mehr vereinbar.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich ist zu verpflichten, dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird aufgrund des Obsiegens des Beschwerdeführers gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 22. August 2008 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, RA Duri Bonin, eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. Juni 2009

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der präsidiierende Bundesrichter: Die Gerichtsschreiberin:

Schneider Koch