Urteilskopf

134 IV 97

11. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Generalprokurator des Kantons Bern (Beschwerde in Strafsachen) 6B_341/2007 vom 17. März 2008

Regeste (de):
Art. 34, 37, 40 StGB; Wahl der Sanktionsart.

Nach der Konzeption des neuen Rechts stellt die Geldstrafe im Bereich der leichteren und mittleren Kriminalität die Hauptsanktion dar. Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit sind gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktionen (E. 4). Regeste b Art. 37 StGB; gemeinnützige Arbeit.

Systematische Darstellung von Anwendungsbereich und Vollzug der gemeinnützigen Arbeit (E. 6). Regeste d

Regeste (fr):
Art. 34, 37, 40 CP; choix du genre de sanction.

D'après la conception du nouveau droit, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité. La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général sont des sanctions moins graves que les peines privatives de liberté (consid. 4). Regeste b Art. 37 CP; travail d'intérêt général.

Exposé systématique du champ d'application et de l'exécution du travail d'intérêt général (consid. 6). Regeste d

Regesto (it):
Art. 34, 37, 40 CP; scelta del genere di pena.

Secondo la concezione del nuovo diritto, la pena pecuniaria costituisce la sanzione principale in caso di piccola e media criminalità. La pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità sono sanzioni meno afflittive rispetto alla pena detentiva (consid. 4). Regesto b Art. 37 CP; lavoro di pubblica utilità.

Presentazione sistematica del campo di applicazione e dell'esecuzione del lavoro di pubblica utilità (consid. 6). Regesto d

Regeste b

Art. 34, 41 StGB; Anwendungsbereich und Bemessung der Geldstrafe; Eingriff ins Existenzminimum. Aus dem Umstand, dass der Beurteilte Sozialhilfe bezieht, kann nicht von vornherein geschlossen werden, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen und auf eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe erkannt werden kann (E. 5).
Regeste c

Art. 37 StGB; gemeinnützige Arbeit.
Systematische Darstellung von Anwendungsbereich und Vollzug der gemeinnützigen Arbeit (E. 6).
Regeste d

Art. 42 StGB; bedingter Strafvollzug.

Die Verurteilung wegen rechtswidrigen Verweilens im Land erlaubt nicht die Stellung einer schlechten Prognose, wenn dem Beurteilten in der Zwischenzeit eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden ist und er sich mithin rechtmässig in der Schweiz aufhält (E. 7).
Sachverhalt ab Seite 98

BGE 134 IV 97 S. 98

A. Der Gerichtspräsident 18 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen erklärte X. am 17. November 2006 der Gewalt und Drohung gegen Beamte, der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 S. 121) sowie der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und verurteilte ihn zu 40 Tagen Gefängnis unbedingt, unter Anrechnung von 2 Tagen Polizeihaft. Ferner entschied er über die Einziehung der beschlagnahmten Betäubungsmittel. Auf Appellation des Beurteilten und des Generalprokurators hin stellte das Obergericht des Kantons Bern mit Urteil vom 19. April 2007 fest, dass das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt und im Nebenpunkt in Rechtskraft erwachsen ist. Gestützt auf die rechtskräftigen Schuldsprüche verurteilte es X. sodann zu 60 Tagen Freiheitsstrafe unbedingt, unter Anrechnung von 2 Tagen Polizeihaft.

B. X. führt Beschwerde an das Bundesgericht, mit der er beantragt, das angefochtene Urteil sei im Straf- und Kostenpunkt aufzuheben, und er sei zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 30.-, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 2 Jahren zu verurteilen. Eventualiter sei er zur Leistung von gemeinnütziger Arbeit im Umfang von 160 Stunden zu verurteilen. Ferner stellt er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

BGE 134 IV 97 S. 99

C. Das Obergericht des Kantons Bern hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Der Generalprokurator des Kantons Bern beantragt unter Verzicht auf Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Dem zu beurteilenden Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Anlässlich einer am Abend des 7. September 2006 von der Stadtpolizei Bern durchgeführten Aktion gegen Drogendealer vor der Reithalle floh der Beschwerdeführer und versuchte sich der Kontrolle zu entziehen. Als er von den drei ihn verfolgenden Polizisten festgehalten werden konnte, setzte er sich heftig zur Wehr. Bei der Anhaltung fanden die Polizisten ein Säckchen mit 26 Minigrip (MG) Marihuana, welche der Beschwerdeführer auf sich trug. Anlässlich der nachfolgenden Leibesvisitation stellte die Polizei weitere 5 MG Marihuana sicher. Nach seinen Angaben hatte der Beschwerdeführer insgesamt 35 MG Marihuana von einem Unbekannten bei der Reithalle gekauft, wovon er einige MG verkaufen und den Rest selber konsumieren wollte. Weiter stellte die Polizei fest, dass der Beschwerdeführer keine Ausweispapiere auf sich trug und dass er unter diversen Aliasnamen bekannt war. Ausserdem war er wegen Wegweisung durch das Migrationsamt Zürich und wegen Aufenthaltsnachforschung durch das Regierungsstatthalteramt Luzern ausgeschrieben. Ein von ihm gestelltes Asylgesuch war am 23. Dezember 2003 abgelehnt worden. Seither hielt sich der Beschwerdeführer illegal in der Schweiz auf. Er wohnte in dieser Zeit bei seiner Freundin, welche über eine Niederlassungsbewilligung verfügt, und betreute mit dieser

zusammen die gemeinsame, zur Zeit des erstinstanzlichen Urteils fünf Monate alte Tochter.

3. Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausfällung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe. Die Schuldsprüche der Gewalt und Drohung gegen Beamte, der Widerhandlung gegen das ANAG sowie der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden vom Beschwerdeführer nicht angefochten.

3.1 Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, sowohl nach altem wie nach neuem Recht könne dem Beschwerdeführer der bedingte Strafvollzug nicht gewährt werden. Ausserdem sei nicht zu erwarten, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit vollzogen werden

könnten. Es sei mithin sowohl unter altem wie unter neuem Recht eine Freiheitsstrafe auszufällen. Das neue Recht sei daher nicht milder. In Anwendung des alten Rechts erkennt die Vorinstanz demnach auf eine unbedingte Gefängnisstrafe gemäss Art. 36 aStGB von 60 Tagen.

3.2 Der Beschwerdeführer stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es seien sowohl die Voraussetzungen für eine Geldstrafe wie auch diejenigen für die gemeinnützige Arbeit erfüllt. Die Vorinstanz hätte daher das neue Recht anwenden müssen, so dass eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe ausser Betracht falle. In diesem Zusammenhang erhebt er auch Rügen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts und der Festsetzung des Strafmasses.

4.

4.1 Am 1. Januar 2007 sind der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches (erstes Buch) und die revidierten Bestimmungen über die Einführung und Anwendung des Gesetzes (drittes Buch) vom 13. Dezember 2002 sowie die Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht vom 24. März 2006 in Kraft getreten (AS 2006 S. 3459/3544). Der Beschwerdeführer hat die zu beurteilenden strafbaren Handlungen unter der Geltung des alten Rechts begangen, ist von der Vorinstanz aber nach Inkrafttreten des neuen Rechts beurteilt worden. Gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB gelangt bei dieser Konstellation das neue Recht zur Anwendung, wenn es das mildere ist. Es ist daher zu prüfen, ob die Anwendung des neuen Rechts für den Beschwerdeführer im konkreten Fall zu einer günstigeren Lösung führt. Die gleichzeitige Anwendung von altem und neuem Recht auf ein und dieselbe Tat ist ausgeschlossen (BGE 126 IV 5 E. 2c; BGE 119 IV 145 E. 2c).

4.2 Der neue allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs stellt eine Vielzahl von Sanktionen und Kombinationsmöglichkeiten der einzelnen Sanktionen zur Verfügung. 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 (BGE 134 IV 82 E. 4.1 S. 84 mit Hinweis auf FRANZ RIKLIN, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: Stefan Bauhofer/Pierre-Henri Bolle [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Zürich 1994, S. 168; ders., Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZStrR 117/1999 S. 259).

4.2.1 Als Regelsanktion sieht das neue Recht für den Bereich der leichteren Kriminalität neu die Geldstrafe

(Art. 34 StGB) und die gemeinnützige Arbeit (Art. 37 StGB), für den Bereich der mittleren Kriminalität die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe (Art. 40 StGB) vor. Alle Arten von Sanktionen können unter den gegebenen Voraussetzungen nunmehr bedingt (Art. 42 StGB), teilbedingt (Art. 43 StGB) oder unbedingt ausgesprochen werden (BGE 134 IV 82 E. 4.2 S. 85; vgl. zu den Voraussetzungen des bedingten und teilbedingten Vollzugs im Einzelnen BGE 134 IV 1 E. 4 und 5). Eine bedingte Strafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB; BGE 134 IV 1 E. 4.5; vgl. auch BGE 134 IV 60 E. 7.3 S. 74).

4.2.2 Nach der Konzeption des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches stellt die Geldstrafe die Hauptsanktion dar. Freiheitsstrafen sollen nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und die gemeinnützige Arbeit bedarf der Zustimmung des Täters. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 82 E. 4.1 S. 84; Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes]und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht [im Folgenden: Botschaft 1998], BBl 1999 S. 2043 f.; ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007 [im Folgenden: Basler Kommentar], Art. 34 StGB N. 24; dies., Die Geldstrafe, in: Marianne Heer-Hensler [Hrsg.], Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches [im Folgenden: Geldstrafe], S. 60 f.; MAZZUCCHELLI, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 41 StGB N. 10; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 120; JÜRG SOLLBERGER, Die neuen Strafen des Strafgesetzbuches in der Übersicht, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 25). Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit sind gegenüber der Freiheitsstrafe weniger eingriffsintensive Sanktionen und gelten somit als mildere Strafen. Das erhellt

auch aus dem zentralen Grundanliegen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Bereich des Sanktionenrechts, nach welchem die der Sozialisierung der Straftäter eher hinderlichen kurzen Gefängnis- oder Haftstrafen zurückgedrängt und durch die alternativen Sanktionen ersetzt werden sollten (BGE 134 IV 60 E. 4.3 S. 65; Botschaft 1998 S. 1985, 2017, 2028 und 2032, vgl. auch S. 2040; vgl. auch MAZZUCCHELLI, Basler Kommentar, Art. 41 StGB N. 5 mit weiteren Hinweisen; DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 26 i.f.; RENATE BINGGELI, Die Geldstrafe, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 58 f.; ferner SCHÖNKE/SCHRÖDER/ ESER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 2 N. 33).

5. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, beim Beschwerdeführer seien die Voraussetzungen für eine Geldstrafe nicht erfüllt.

5.1

5.1.1 Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang zunächst geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Dies gelte namentlich in Bezug auf die Feststellung seiner Identität und in Bezug auf seine Erwerbstätigkeit. Er habe Anfang des Jahres 2007 eine Stelle in einer Reinigungsfirma angetreten, welche er aufgrund einer Reinigungsmittelunverträglichkeit wieder habe aufgeben müssen. Am 16. Juni 2007 habe er einen Rahmenarbeitsvertrag bei der H. AG abschliessen können und bereits zwei Arbeitse-

insätze angetreten. Die neue Arbeitsstelle und die Verträge stellten neue Tatsachen und Beweismittel dar, zu deren Vorbringen das angefochtene Urteil Anlass gebe.

5.1.2 Die Vorinstanz stellt fest, die Situation des Beschwerdeführers habe sich im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren insofern geändert, als er seine persönlichen Verhältnisse geregelt habe. Ob die vom Beschwerdeführer nunmehr angegebene Identität der Wahrheit entspreche, zieht die Vorinstanz indes in Zweifel, zumal er diese bei seiner Festnahme nach dem Vorfall vom September 2006 nicht genannt habe und sich das in der Aufenthaltsbewilligung aufgeführte Einreisedatum vom 1. Oktober 2006 auch nicht mit dem Vorfall in Einklang bringen lasse. Dies ändere allerdings nichts daran, dass er sich zur Zeit legal in der Schweiz aufhalte.

5.1.3 In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschwerdeführer im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung B ist und sich derzeit legal in der Schweiz aufhält. Insofern kommt, wie die Vorinstanz zu Recht annimmt, der wahren Identität des Beschwerdeführers nur untergeordnete Bedeutung zu. Als Noven im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG kommen nur neue Tatsachen in Betracht, welche bereits beim vorinstanzlichen Entscheid Bestand hatten und nicht vorgebracht wurden. Tatsachen, die erst nach dem Entscheid der Vorinstanz eingetreten sind, fallen nicht unter diese Bestimmung (BGE 133 IV 342 E. 2.1). Der ins Recht gelegte Rahmenarbeitsvertrag ist erst nach dem vorinstanzlichen Urteil abgeschlossen worden. Diese Tatsache kann daher im bundesgerichtlichen Verfahren nicht als Novum vorgebracht werden.

5.2 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Geldstrafe zu Recht verneint hat. Dabei ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer und seine Familie - jedenfalls zur Hauptsache - von der Sozialhilfe unterstützt werden. Immerhin ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer sich um eine Arbeitsstelle bemüht und - wenn auch vorerst nur für kurze Zeit - ein Erwerbseinkommen erzielt hat.

5.2.1 Die Vorinstanz nimmt an, die Geldstrafe sei für Täter konzipiert worden, die einer Arbeit nachgingen und ein gewisses Einkommen erzielten und/oder über Vermögen verfügten. Selbst die Ausfällung einer Geldstrafe mit einem Mindestansatz von Fr. 30.-, wie er von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) empfohlen werde, mache dort keinen Sinn, wo der Täter und dessen Familie über keine aktenkundigen Einkünfte verfügten und vollständig von der Sozialhilfe unterstützt würden. Die Ausfällung einer Geldstrafe würde hier dazu führen, dass der Staat, dem die Geldstrafe zufliessen solle, diese indirekt selber finanziere, womit der Strafzweck verfehlt werde, oder dass der Beschuldigte die Strafe nicht bezahlen könne, so dass diese in Anwendung von Art. 36 StGB nach erfolgloser Betreibung in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden müsse. Wo dies zum vornherein feststehe, komme die Geldstrafe als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe nicht in Frage.

5.2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, für das Leisten einer Geldstrafe müsste er vorübergehend eine Einschränkung des

persönlichen Grundbetrages in Kauf nehmen, was einen Konsumverzicht bedeuten würde. Der Strafzweck der Geldstrafe würde dadurch ohne weiteres erfüllt. Überdies hätte er die Möglichkeit der Ratenzahlung oder der Verlängerung der Zahlungsfrist. Er wäre mithin ohne weiteres in der Lage, eine Geldstrafe von 40 bis

60 Tagessätzen à Fr. 30.- zu leisten. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht, wenn sie ohne Abklärung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse davon ausgehe, er sei nicht in der Lage, eine Geldstrafe zu bezahlen und eine Betreibung sei von vornherein erfolglos.

5.2.3 Die Geldstrafe wird gemäss Art. 34 StGB in Tagessätzen bemessen, wobei das Gericht die Anzahl nach dem Verschulden des Täters bestimmt (Abs. 1). Ein Tagessatz beträgt höchstens Fr. 3'000.-. Das Gericht bestimmt seine Höhe nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Abs. 2).
Nach Art. 36 Abs. 1 StGB tritt an die Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe, soweit der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und sie auf dem Betreibungsweg uneinbringlich ist. Mangelnde Aussicht auf Vollstreckbarkeit einer Geldstrafe darf indes nicht dazu führen, dass von vornherein eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe ausgesprochen wird (vgl. BGE 134 IV 60 E. 6.5.1 S. 71; vgl. auch unten E. 7.3). Es ist vielmehr, wenn die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug erfüllt sind, eine bedingte Geldstrafe oder eine bedingte gemeinnützige Arbeit auszusprechen (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Das neue Recht - eine Herausforderung an die Praxis, in: Heer-Hensler [Hrsg.], Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, S. 209; ders., Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, ZStrR 122/2004 S. 164 f.; ferner ANDRÉ KUHN, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121/2003 S. 270; a.M. FRANZ RIKLIN, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004 S. 183). Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind sowenig ein Kriterium für die Wahl der Strafart wie dessen voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit (DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 25). Sinn und Zweck der Geldstrafe erschöpfen sich nicht primär im Entzug von finanziellen Mittel, sondern liegen in der daraus folgenden Beschränkung des Lebensstandards sowie im

Konsumverzicht (DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 13; dies., Geldstrafe, S. 61; BINGGELI, a.a.O., S. 63; SANDRO CIMICHELLA, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, S. 10/67). Nach der Meinung des Gesetzgebers soll die Geldstrafe auch für einkommensschwache Täter, d.h. für solche mit sehr geringem, gar unter dem Existenzminimum liegenden Einkommen ausgefällt werden können. 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 (BGE 134 IV 60 E. 5.4 und 6.5.2; Botschaft 1998 S. 2021; ferner DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 35, 74; dies., Geldstrafe, S. 66, 75; JÜRG SOLLBERGER, Besondere Aspekte der Geldstrafe, ZStrR 121/2003 S. 251/253). Gerade mittellosen Straftätern geht die Geldstrafe ans Lebensnotwendige, so dass sie für jene deutlich spürbar wird (DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 23, vgl. auch N. 47). Eine nicht bezahlbare Geldstrafe soll es nach der Botschaft - ausser durch Verschulden des Täters oder durch unvorhergesehene Ereignisse - denn auch nicht geben (Botschaft 1998 S. 2041). Dementsprechend hat der Gesetzgeber explizit auf die Festsetzung einer Untergrenze für die Geldstrafe verzichtet (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2 S. 72; DOLGE, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N. 43 f.; CIMICHELLA, a.a.O., S. 75 f.). Bei einkommensschwachen oder mittellosen Tätern, etwa Sozialhilfebezügern, nicht berufstätigen, den Haushalt führenden Personen oder Studenten ist somit die Ausfällung einer tiefen Geldstrafe möglich (zur Bemessung des Tagessatzes bei einkommensschwachen Personen im Einzelnen vgl. BGE 134 IV 60 E. 6.5.2 S. 72).

5.2.4 Dem Beschwerdeführer und seiner Familie wird von der Sozial- und Vormundschaftsbehörde Emmen Mutterschaftsbeihilfe ausgerichtet. Es ist somit nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer - allenfalls unter Inanspruchnahme von Zahlungserleichterungen (Art. 35 StGB) - in der Lage ist, eine Geldstrafe mit einem entsprechend tiefen Ansatz zu leisten. Die Ausfällung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe würde zu einer antizipierten Ersatzfreiheitsstrafe führen, die dem Grundgedanken des Gesetzes zuwider-

liefe (Botschaft 1998 S. 2021). Dass der Staat bei der Leistung von Sozialhilfe - wie im Übrigen auch bei der Entlöhnung seiner Angestellten - die Geldstrafe indirekt selbst finanziert, ändert daran entgegen der Auffassung der Vorinstanz nichts. Denn der Zweck der Geldstrafe liegt in der

Beschränkung des Lebensstandards (E. 5.2.3), die auch bei Verurteilten erreicht wird, die von Sozialleistungen des Staates abhängig sind. Der Schluss der Vorinstanz, die Voraussetzungen für eine Geldstrafe seien nicht erfüllt, verletzt daher Bundesrecht.

6. Nachfolgend ist ergänzend zu prüfen, ob die Auffassung der Vorinstanz, auch die Voraussetzung für die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit seien nicht gegeben, vor Bundesrecht standhält.

6.1 Die Vorinstanz nimmt in dieser Hinsicht an, die Leistung gemeinnütziger Arbeit sei bei einem sozial nicht integrierten Täter wie dem Beschwerdeführer, welcher die Sprache nicht beherrsche und dessen letzter Arbeitseinsatz gescheitert sei, nicht realistisch. Es sei daher davon auszugehen, dass die gemeinnützige Arbeit trotz Vorliegens einer Zustimmung nicht geleistet werde. Auch hier müsste die Alternativsanktion letztlich in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden. Die Strafform der gemeinnützigen Arbeit komme daher nicht in Frage.

6.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, es treffe nicht zu, dass er nicht sozial integriert sei. Er lebe bereits seit längerer Zeit in der Schweiz und spreche nebst seiner Muttersprache fliessend Englisch und könne sich auf Deutsch verständigen. Er sei daher durchaus in der Lage, eine gemeinnützige Arbeit im Sinne von Art. 37 StGB zu verrichten.

6.3

6.3.1 Das revidierte Recht sieht die gemeinnützige Arbeit neu als eigenständige Hauptstrafe vor, nicht mehr bloss als Vollzugsform einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe. Damit sind einige wichtige Neuerungen verbunden. Als Erstes ist zu nennen, dass die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit ausschliesslich gestützt auf Bundesrecht erfolgt. Sie wird durch das Gericht angeordnet (Art. 37 StGB) und nicht - wie bisher - durch die kantonale Vollzugsbehörde bewilligt. Gemeinnützige Arbeit kann sodann wie alle anderen Sanktionen für Vergehen und Verbrechen bedingt (Art. 42 StGB), teilbedingt (Art. 43 StGB) oder unbedingt ausgesprochen werden. Für den Vollzug der gemeinnützigen Arbeit bleiben die Kantone zuständig. Wird die Arbeitsstrafe nicht geleistet, ist sie in einem gerichtlichen Verfahren in eine Geld- oder Freiheitsstrafe umzuwandeln (Art. 39 StGB). Schliesslich kommt die gemeinnützige Arbeit neu auch als Sanktion für Übertretungen in Betracht (Art. 107 StGB).

6.3.2 Die gemeinnützige Arbeit ist eine sozial konstruktive und individualpräventive Sanktion, deren Zweck in der Beschränkung der Freizeit liegt und die dem Tatausgleich und der Wiedergutmachung Rechnung trägt (BENJAMIN BRÄGGER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, vor Art. 37 StGB N. 21/26 f. und Art. 37 StGB N. 6). Neben der Geldstrafe stellt sie eine zusätzliche Alternativsanktion für die kurze Freiheitsstrafe dar, deren Zurückdrängung das zentrale Anliegen der Gesetzesrevision war (Botschaft 1998 S.

2024-2028; ferner S. 1984 f.).

6.3.3

6.3.3.1 Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit wird in Art. 37 StGB (”Inhalt”) mit folgendem Wortlaut geregelt: 1 Das Gericht kann mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen. 2 Die gemeinnützige Arbeit ist zu Gunsten sozialer Einrichtungen, Werken in öffentlichem Interesse oder hilfsbedürftiger Personen zu leisten. Sie ist unentgeltlich.

6.3.3.2 Umstritten ist, ob gemeinnützige Arbeit überhaupt ”an Stelle einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten” treten kann. Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum ist der Wortlaut von Art. 37 Abs. 1 StGB irreführend und missglückt. Begründet wird dies damit, dass die Dauer der Freiheitsstrafe in der Regel mindestens sechs Monate beträgt (Art. 40 StGB) und eine Ausnahme nur gegeben ist, wenn gerade zu erwarten ist, dass auch die

gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Art. 41 StGB). Die Bestimmungen stünden somit in Widerspruch zueinander (CHRISTIAN TRENKEL, Die gemeinnützige Arbeit und Hinweis zur Umwandlung von Strafen nach den Bestimmungen des StGB in der Fassung vom 13. Dezember 2002, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 137 ff.; ROBERT KOVACS, Le travail d'intérêt général selon le CP 2002, in: Droit des sanctions, Bern 2004, S. 107 f.; BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 37 StGB N. 7). Nach anderer Auffassung kann es durchaus sinnvoll sein, den Betroffenen vor die Alternative einer kurzen Freiheitsstrafe oder gemeinnütziger Arbeit zu stellen. Zwar könnten Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten nur verhängt werden, wenn zu erwarten ist, dass auch gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann; aber eben das könne an der Zustimmung des Betroffenen scheitern (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006 [im Folgenden: StGB AT II], § 3 N. 3 und Anm. 3 S. 79).
Wenn das Gericht vor der Frage steht, welche Strafart zu wählen ist, hat es von der konkreten Strafdrohung des Tatbestandes auszugehen. In der Regel werden Vergehen mit Freiheits- oder Geldstrafe bedroht (vgl. Art. 10 Abs. 3 StGB). Richtig ist, dass eine unbedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Sie ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 StGB nicht gegeben sind und gleichzeitig zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Art. 41 StGB). Mit der Bestimmung von Art. 41 StGB hat der Gesetzgeber für Strafen bis zu sechs Monaten eine gesetzliche Prioritätsordnung zu Gunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (GORAN MAZZUCCHELLI, Basler Kommentar, Art. 41 StGB N. 11/38). Das Gericht hat daher immer zuerst zu prüfen, ob eine (unbedingte) Geldstrafe verhängt werden kann. Diese soll auch für einkommensschwache Personen zur Anwendung kommen und nicht in erster Linie auf dem Betreibungsweg vollzogen werden, sondern durch freiwillige Bezahlung. Mithin ist der Vollzug der Geldstrafe nicht schon deshalb unmöglich, weil sie in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich nicht erhältlich gemacht werden könnte (BGE 134 IV 60 E. 6.5.1 S. 71). Die gemeinnützige Arbeit tritt daher mit Zustimmung des Täters in aller Regel an die Stelle einer Geldstrafe.
Allerdings mag es seltene Ausnahmefälle geben, in denen die Verurteilung zu einer Geldstrafe dennoch ausser Betracht fällt aus Gründen, die in der Person des Täters liegen (z.B. bei offensichtlich fehlender Zahlungsbereitschaft). Die Unmöglichkeit, eine Geldstrafe zu vollziehen, darf jedoch nicht leichthin angenommen werden,

weil das Gesetz verlangt, dass bei ihrer Bemessung den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen ist (Art. 34 Abs. 2 StGB). Ist die Annahme im konkreten Fall aber ausnahmsweise begründet, steht das Gericht in der Tat vor der Frage, ob an Stelle einer kurzen Freiheitsstrafe gemeinnützige Arbeit angeordnet werden kann.

6.3.3.3 Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit ist nur zulässig, wenn der Täter seine Zustimmung erklärt. In der

bundesrätlichen Botschaft (Botschaft 1998 S. 2025) wird dieses Erfordernis unter Hinweis auf das völkerrechtliche Verbot von Zwangs- oder Pflichtarbeit begründet (Art. 4 Ziff. 2 EMRK sowie das Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit [SR 0.822.713.9]). Nach Art. 2 Ziff. 2 lit. c des genannten Übereinkommens ist die gemeinnützige Arbeit jedoch nur zu Gunsten von Privatpersonen, privater Organisationen oder Vereinigungen unzulässig. Wird die Arbeitsleistung dagegen unter Überwachung und Aufsicht der öffentlichen Behörden ausgeführt, liegt keine Zwangs- oder Pflichtarbeit vor. Entsprechendes gilt für die menschenrechtliche Garantie von Art. 4 Ziff. 2 EMRK, die vornehmlich eine Herabwürdigung der Person durch bestimmte Methoden des Arbeitseinsatzes ausschliessen will. Die Garantie schützt also vor ganz anderen Formen des Missbrauchs und hindert eine sozial konstruktive Fortentwicklung des Sanktionensystems nicht (siehe dazu HEIKE JUNG, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern 1992, S. 175 ff., insbes. S. 179 mit Hinweisen; Botschaft 1998 S. 2197 f.). Die völkerrechtlichen Übereinkommen stünden insoweit einer Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit ohne Einwilligung des Betroffenen nicht entgegen. Mit dem gesetzlichen Erfordernis der Zustimmung des Täters soll daher vor allem verhindert werden, dass er den Arbeitseinsatz vorzeitig abbricht, weil es ihm an der Motivation fehlt (Botschaft 1998 S. 2025; BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 37 StGB N. 8). Das Zustimmungserfordernis hat nicht die Bedeutung, dass dem Verurteilten ein Wahlrecht bezüglich der strafrechtlichen Sanktion zustünde, auch nicht zu Gunsten der Geldstrafe. Denn die Wahl der Sanktionsart erfolgt allein durch das Gericht. Als massgebendes Kriterium gilt die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz (vgl. oben E. 4.1 mit Hinweisen). Neben der Bereitschaft hat das Gericht deshalb auch die Fähigkeit und Eignung des Verurteilten zur gemeinnützigen Arbeit zu prüfen.
Das Gericht soll dem Verurteilten die Möglichkeit gemeinnütziger Arbeit eröffnen, wenn er arbeitsfähig und prinzipiell bereit ist, sie zu leisten (STRATENWERTH, StGB AT II, § 3 N. 4 S. 80). Eines ausdrücklichen Antrages von Seiten des Betroffenen bedarf es nicht (Botschaft 1998 S. 2025 f.). Es mag mit Blick auf die Verfahrenserledigung durch einen Strafbefehl als sinnvoll erscheinen, im Untersuchungsverfahren protokollarisch festzuhalten, ob der

Angeschuldigte für den Fall eines Schuldspruches bereit wäre, gemeinnützige Arbeit zu leisten (BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 37 StGB N. 8 in fine). Notwendig ist dies allerdings nicht, weil die vorgängige Zustimmung zur Arbeitsleistung an keine bestimmte Form gebunden ist. Sie kann auch konkludent erfolgen.

6.3.3.4 Gemeinnützige Arbeit dient nicht ausschliesslich als Sanktion für erwerbstätige Personen. Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen kennt das Gesetz auch keinen Ausschlussgrund für bestimmte Täterkategorien (BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 38 StGB N. 6 mit Hinweisen). Die Arbeitsstrafe kommt daher für

alle Gruppen von Verurteilten in Betracht, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Anordnung gegeben sind und sie als zweckmässig erscheint.
Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit rechtfertigt sich indessen nur, solange wenigstens Aussicht besteht, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf. Denn Sinn der Arbeitsstrafe ist die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Dort, wo ein Verbleib des Ausländers aber von vornherein ausgeschlossen ist, lässt sich dies nicht erreichen. Besteht demnach bereits im Urteilszeitpunkt kein Anwesenheitsrecht oder steht fest, dass über seinen ausländerrechtlichen Status endgültig entschieden worden ist und er die Schweiz verlassen muss, hat die gemeinnützige Arbeit als unzweckmässige Sanktion auszuscheiden.

6.3.4

6.3.4.1 Erkennt das Gericht auf gemeinnützige Arbeit, hat es im Anschluss daran über deren Vollzug zu befinden. Wie alle anderen Sanktionen auch kann die Arbeitsstrafe bedingt (Art. 42 StGB), teilbedingt (Art. 43 StGB) oder unbedingt ausgesprochen werden. Hinzu kommt die Möglichkeit, die Arbeitsstrafe unter Aufschub ihres Vollzugs mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse zu verbinden (Art. 42 Abs. 4 StGB).

6.3.4.2 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug von gemeinnütziger Arbeit in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Das Gericht hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Für die Gewährung des bedingten Vollzugs genügt, dass

keine Befürchtung besteht, der Täter werde sich in Zukunft nicht bewähren. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung sind die gleichen wie bei der Freiheitsstrafe (Art. 42 Abs. 1-3 StGB; BGE 134 IV 1 E. 4.2; zum bedingten Strafvollzug bei der Geldstrafe vgl. BGE 134 IV 60 E. 7.2 S. 73). Im Unterschied zur Freiheitsstrafe kennt das Gesetz jedoch keine objektive Schranke, die dem Aufschub der Arbeitsleistung entgegenstehen könnte. Der Strafaufschub findet seinen Grund allein darin, dass auf die Vollstreckung der Strafe (vorerst) verzichtet werden soll, wenn dies unter spezialpräventiven Gesichtspunkten als sinnvoll erscheint. Die bedingte Arbeitsstrafe kann mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Dadurch soll im Bereich der Massendelinquenz die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Die Bestimmung erhöht die Flexibilität des Gerichts bei der Auswahl der Strafart und dient präventiven Zwecken. Die Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse ist eine bloss akzessorische Strafe, der im Vergleich zur bedingten Hauptstrafe nur untergeordnete Bedeutung zukommen kann. Auch soll die Strafenkombination nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine täter- und tatangemessene Sanktion, wobei die kombinierten Strafen in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 134 IV 1 E. 4.5).

6.3.4.3 Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug von gemeinnütziger Arbeit nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der teilweise Aufschub setzt ebenfalls voraus, dass keine Befürchtung besteht, der Täter werde sich in Zukunft nicht bewähren. Ergeben sich aber - insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen - ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, so kann das Gericht den Vollzug der Arbeitsstrafe nur teilweise aufschieben. Voraussetzung für den Teilaufschub ist mit anderen Worten, dass der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Teil unbedingt ausgesprochen wird (BGE 134 IV 1 E. 5.5.2). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Arbeitsstrafe nicht überschreiten (Art. 43 Abs. 2

StGB). Bei der Bemessung des aufgeschobenen bzw. zu vollziehenden Teils ist das Verschulden zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43

Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld anderseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 6).

6.3.4.4 Muss dem Täter eine ungünstige Prognose gestellt werden, weil keinerlei Aussicht besteht, dass er sich durch den - ganz oder teilweise - gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen werde, ist die Arbeitsstrafe unbedingt auszusprechen und in voller Länge zu vollziehen.

6.3.5 Der Vollzug der gemeinnützigen Arbeit wird durch kantonales Recht geregelt. Die Kantone sind verpflichtet, die auf Grund des Strafgesetzbuches ausgefällten Urteile zu vollstrecken, und sind für die Durchführung der gemeinnützigen Arbeit zuständig (Art. 372 Abs. 1 und Art. 375 Abs. 1 StGB). Die kantonalen Vollzugsbestimmungen dürfen Sinn und Zweck des Bundesrechts nicht zuwiderlaufen (Art. 123 i.V.m. Art. 49 BV). Daher haben die Kantone dafür zu sorgen, dass die Möglichkeit besteht, eine Arbeit zu Gunsten sozialer Einrichtungen, Werken in öffentlichem Interesse oder hilfsbedürftiger Personen (Art. 37 Abs. 2 StGB) zu verrichten. Die Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit darf nicht aus vollzugsrechtlichen oder rein organisatorischen Gründen (z.B. Mangel an Einsatzbetrieben) in eine Geld- oder Freiheitsstrafe umgewandelt werden. Damit würde der bundesrechtliche Strafzweck der angeordneten Sanktion vereitelt (vgl. BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 38 StGB N. 5, der von einem Vollzugsanspruch des Verurteilten spricht). Es verletzt Bundesrecht indessen nicht, wenn in einer Übergangsphase bei der Wahl und Anordnung der zweckmässigen Sanktion die Möglichkeiten ihres Vollzugs mitberücksichtigt werden (siehe STRATENWERTH, StGB AT II, § 4 N. 5 S. 85), zumal kein Anspruch auf Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit besteht und die Geldstrafe grundsätzlich als gleichwertige Hauptstrafe gilt (Botschaft 1998 S. 2026 oben).

6.3.6

6.3.6.1 Anders als bei der Geldstrafe, an deren Stelle im Fall der Nichtbezahlung und Uneinbringlichkeit automatisch eine Ersatzfreiheitsstrafe tritt (Art. 36 StGB), sieht das Gesetz für den Fall,

dass die Arbeitsleistung nicht erbracht wird, ein gerichtliches Verfahren zur Umwandlung vor (Art. 39 StGB). Soweit der Verurteilte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung nicht entsprechend dem Urteil oder den von der zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen und Auflagen leistet, wandelt sie das Gericht in Geld- oder Freiheitsstrafe um (Art. 39 Abs. 1 StGB). Eine nach Einschätzung der Vollzugsbehörde offensichtlich ungenügende Arbeitsleistung ist der Nichtleistung gleichzustellen (Botschaft 1998 S. 2027). Die Umwandlung ist nur zulässig, wenn der Verurteilte wegen eines Fehlverhaltens bereits gemahnt wurde, darf also erst nach einem erneuten Fehlverhalten erfolgen (BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 39 StGB N. 1).

6.3.6.2 Der Umwandlung ist ein fester Satz zu Grunde zu legen, wonach vier Stunden gemeinnütziger Arbeit einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag (Ersatz-)Freiheitsstrafe entsprechen (Art. 39 Abs. 2 StGB). Auch wenn die Arbeitsstrafe ausnahmsweise an Stelle einer Freiheitsstrafe angeordnet worden ist, hat das Gericht stets zu prüfen, ob die Gründe, die im Zeitpunkt des Urteils der Regelsanktion Geldstrafe entgegenstanden (E. 6.3.3.2), zwischenzeitlich weggefallen sind. Der Logik des Sanktionensystems folgend bestimmt nämlich Art. 39 Abs. 3 StGB für die Umwandlung, dass eine Freiheitsstrafe (auch ersatzweise) nur angeordnet werden darf, wenn zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann. Das bedeutet namentlich, dass die Zahlungsbereitschaft des Verurteilten erneut abzuklären ist.

6.3.6.3 Bei der Ersatzstrafe kann es sich nur um eine unbedingte Strafe handeln. Da diese immer an die Stelle einer nicht aufgeschobenen Arbeitsstrafe tritt, wäre es widersinnig, die Ersatzstrafe im Verfahren der Umwandlung nunmehr ganz oder teilweise aufzuschieben (vgl. STRATENWERTH, StGB AT II, § 4 N. 5 S. 85 unten). Das ergibt sich auch daraus, dass das Gesetz die unbedingte Freiheitsstrafe an Stelle nicht geleisteter gemeinnütziger Arbeit ausdrücklich vorbehält (Art. 41 Abs. 3 StGB).

6.3.7

6.3.7.1 Im Übertretungsstrafrecht ist die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit ebenfalls vorgesehen. Das Gericht kann mit Zustimmung des Täters an Stelle der ausgesprochenen Busse gemeinnützige Arbeit bis zu 360 Stunden anordnen (Art. 107 Abs. 1 StGB). Vorgängig hat es aber nach Art. 106 StGB die für

Übertretungen vorgesehene Grundsanktion der Busse (Abs. 1) sowie für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen (Abs. 2). Busse und Ersatzfreiheitsstrafe sind, je nach den Verhältnissen des Täters, so zu bemessen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Abs. 3). Die Übertretungsbusse ist demnach auf Grund des traditionellen Gesamtsummensystems zu bilden. Die Bestimmung stellt jedoch klar, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ("je nach den Verhältnissen des Täters") auch für die Bemessung der Busse eine zentrale Rolle spielt. Zwar steht hier dem Gericht ein viel grösserer Ermessensspielraum zu als bei der Geldstrafenbemessung im Tagessatzsystem. Doch wird dies erheblich relativiert durch die Notwendigkeit, im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe festzulegen. Für deren Bemessung ist allein das Verschulden massgebend. Das Gericht muss sich daher Klarheit darüber verschaffen, inwiefern die finanziellen Verhältnisse den Bussenbetrag beeinflusst haben. Es hat - in einem quasi entgegengesetzten Vorgang zur Geldstrafenberechnung - die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von der Schuld zu abstrahieren und hernach eine täter- und tatangemessene Ersatzfreiheitsstrafe zu bestimmen (STEFAN HEIMGARTNER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 106 StGB N. 10 f.). Ausgehend hievon hat das Gericht die Anzahl der zu leistenden Arbeitsstunden nach dem Verschuldensprinzip festzulegen. Im Vergleich zur maximalen Einsatzdauer bei Vergehen und Verbrechen (720 Stunden; Art. 37 Abs. 1 StGB) ist sie bei Übertretungen um die Hälfte reduziert (360 Stunden; Art. 107 Abs. 1 StGB). Damit korreliert die jeweilige Höchstdauer der Freiheitsstrafe von 180 Tagen (Art. 37 Abs. 1 StGB) bzw. 90 Tagen (Art. 106 Abs. 2 StGB). Weil das Gesetz somit vom gleichen Umwandlungsfaktor ausgeht, kann sich das Gericht für die Bemessung der Arbeitsstrafe an der Höhe der bereits festgelegten Ersatzfreiheitsstrafe orientieren (a.M. offenbar BRÄGGER, Basler Kommentar, Art. 107 StGB N. 1).

6.3.7.2 Auf Übertretungen sind die Bestimmungen über die bedingte und die teilbedingte Strafe nicht anwendbar (Art. 105 Abs. 1 StGB). Die gemeinnützige Arbeit, die an die Stelle einer ausgesprochenen Übertretungs-

busse tritt, ist stets zu vollziehen. Nach Art. 107 StGB bestimmt die Vollzugsbehörde eine Frist von höchstens einem Jahr, innerhalb der die gemeinnützige Arbeit zu leisten ist (Abs. 2). Leistet sie der Verurteilte trotz Mahnung nicht, so

ordnet das Gericht die Vollstreckung der Busse an (Abs. 3). Die Nichtleistung der Arbeitsstrafe hat hier zur Folge, dass die Busse wieder auflebt (Botschaft 1998 S. 2146), doch muss sie in einem gerichtlichen Verfahren für vollstreckbar erklärt werden. Die Vollstreckung der Busse bzw. der Ersatzfreiheitsstrafe richtet sich nach Art. 106 StGB. Im Übrigen gelten für die gemeinnützige Arbeit des Übertretungsstrafrechts, wie sich aus Art. 104 StGB ergibt, die gleichen Regelungen und Grundsätze wie im Falle von gemeinnütziger Arbeit für Vergehen und Verbrechen.

6.4 Die Vorinstanz anerkennt, dass der Beschwerdeführer der gemeinnützigen Arbeit zugestimmt hat. Sie verneint indes seine Eignung für diese Sanktion. Diese Auffassung wird vom Beschwerdeführer mit Recht beanstandet. Dass der Betroffene sozial integriert ist und die deutsche Sprache spricht, wird vom Gesetz für die Alternativsanktion der gemeinnützigen Arbeit nicht verlangt. Im Übrigen weist der Beschwerdeführer zutreffend darauf hin, dass er in intakten persönlichen und familiären Verhältnissen lebt. Im Weiteren trifft zwar zu, dass der Einsatz an seiner ersten Arbeitsstelle nur kurze Zeit gedauert hat. Doch liegt der Grund hiefür nach seinen eigenen Angaben in einer Reinigungsmittelunverträglichkeit und nicht etwa in einem mangelhaften Arbeitsverhalten oder einer generellen Arbeitsunfähigkeit. Er hat sich denn auch unbstrittenermassen um eine andere Arbeitsstelle bemüht. Anhaltspunkte dafür, dass er die gemeinnützige Arbeit nicht leisten würde, ergeben sich aus den von der Vorinstanz angeführten Umständen nicht. Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass sich der Beschwerdeführer durch Absetzen ins Ausland dem Vollzug entziehen würde, da ihm ja gerade sein (illegaler) Aufenthalt in der Schweiz zum Vorwurf gemacht wird. Zudem stand im Urteilszeitpunkt nicht fest, dass der Beschwerdeführer kein Anwesenheitsrecht hat und die Schweiz verlassen muss (oben E. 6.3.3.4 in fine). Die Auffassung der Vorinstanz, auch die Voraussetzungen für die Anordnung der gemeinnützigen Arbeit seien nicht erfüllt, verletzt aus diesen Gründen ebenfalls Bundesrecht.

6.5 Im zu beurteilenden Fall sind somit die Voraussetzungen sowohl für die Geldstrafe als auch für die gemeinnützige Arbeit als Alternativsanktionen erfüllt. Das neue Recht erweist sich somit als das mildere, so dass die auszusprechende Strafe nach dem neuen

Recht zu bestimmen ist. Bei dieser Sachlage bleibt, wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, für die Ausfällung einer unbedingten kurzen Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 StGB kein Raum. Die Aussprechung einer Gefängnisstrafe in Anwendung des alten Rechts verletzt daher Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich insofern als begründet.

7. Die Vorinstanz hat sowohl für das alte wie für das neue Recht den bedingten Strafvollzug verweigert. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Auffassung mit Bundesrecht in Einklang steht. Doch ist diese Prüfung auf das neue Recht beschränkt, da sich die Wahl der Strafe nach neuem Recht richtet und die gleichzeitige Anwendung des neuen und des alten Rechts nicht angeht (BGE 114 IV 81 E. 3c; 68 IV 129 E. 1).

7.1 Der Beschwerdeführer bringt in dieser Hinsicht vor, die Vorinstanz lasse auch in diesem Zusammenhang ausser Acht, dass er mittlerweile in geordneten familiären Verhältnissen lebe und erfolgreich Anstrengungen für eine Arbeitsstelle unternommen habe. Ferner berücksichtige sie nicht, dass die von ihm begangenen strafbaren Handlungen im Wesentlichen in Zusammenhang mit seinem nicht geregelten Aufenthaltsstatus gestanden hätten. Da er nunmehr über eine Jahresaufenthaltsbewilligung verfüge, sei davon auszugehen, dass er keine einschlägigen Delikte mehr begehen werde. Die Vorinstanz verletze daher Bundesrecht, wenn sie die subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges verneine.

7.2 Die Vorinstanz stellt dem Beschwerdeführer eine schlechte Prognose. Zwar anerkennt sie, dass er am 26. Oktober 2006 unter dem Namen Y. sein mittlerweile einjähriges Kind anerkannt und am 14. November 2006 die Mutter des Kindes geheiratet hat und seit diesem Datum über eine Aufenthaltsbewilligung B (Ganzjahresbewilligung gültig bis zum 6. März 2008) verfügt. Überdies sei seine Frau mit einem zweiten Kind schwanger. Doch seien die Angaben des Beschwerdeführers hinsichtlich Arbeit und Aufgabe des Marihuanakonsums nicht belegt. Dass er wegen seines Kindes und seiner hochschwangeren Frau kein Marihuana mehr rauchen wolle, überzeuge nicht. Er habe bereits bei der Geburt seines ersten Kindes oder aber zu Beginn der Schwangerschaft Grund genug gehabt, damit aufzuhören. Die Arbeit im Reinigungsinstitut habe er aufgegeben. Es sei davon auszugehen, dass die Familie nach wie

vor vollumfänglich von den Sozialdiensten unterstützt werde. Der Beschwerdeführer verfüge über eine Aufenthaltsbewilligung B, welche jährlich erneuert werde, sofern keine Gründe dagegen sprächen. Ein gesetzlicher Anspruch auf Erneuerung bestehe nicht. Unter den gegebenen Umständen sei nicht ohne weiteres klar, ob die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers erneuert werde. In der Vergangenheit habe der Beschwerdeführer gezeigt, dass ihn weder die Wegweisung noch die Verbüssung einer Strafe wegen Widerhandlungen gegen das ANAG davon abgehalten hätten, sich weiterhin illegal in der Schweiz aufzuhalten. Er werde demnächst Vater eines zweiten Kindes. Es sei davon auszugehen, dass er alleine schon wegen seiner zwei Kinder illegal in der Schweiz verbleiben werde. Es sei daher nicht erwiesen, dass er sich geändert habe.

7.3 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Als Sanktionen, deren Vollzug bedingt aufgeschoben werden kann, fallen im zu beurteilenden Fall die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit in Betracht (E. 6.5).
Das Gericht hat in subjektiver Hinsicht wie bisher eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub liegen unter neuem Recht allerdings etwas tiefer. Das Gesetz verlangt anders als unter der Geltung von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB nicht mehr das Vorliegen einer günstigen Prognose. Eine bloss unbestimmte Hoffnung, der Beurteilte werde sich künftig wohl verhalten, reichte nach früherem Recht für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht aus (BGE 100 IV 133). Nach neuem Recht genügt hiefür nunmehr bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Es dürfen keine Gründe für die Befürchtung bestehen, der Täter werde sich in Zukunft nicht bewähren. Mit dieser Vermutungsumkehr wird das Hauptgewicht weiter zu Gunsten des bedingten Strafvollzugs verlagert (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 134 IV 60 E. 7.2 S. 65 und oben E. 6.3.4.2).

7.4

7.4.1 Soweit der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Frage des bedingten Strafvollzugs die Annahme

der Vorinstanz, es sei

BGE 134 IV 97 S. 118

nicht klar, ob seine Aufenthaltsbewilligung erneuert werde, als offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet, ist die Beschwerde unbegründet. Denn die Frage, ob die Bewilligung verlängert werden wird, ist keine Tatsache, sondern eine Mutmassung über ein künftiges Ereignis. Indessen ist diese Frage im Rahmen der Prognosebeurteilung von Bedeutung.

7.4.2 Der Beschwerdeführer hat sich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Gewalt und Drohung gegen Beamte sowie der Widerhandlung gegen das ANAG schuldig gemacht. Für die Prognose, ob der Vollzug einer Geldstrafe oder der gemeinnützigen Arbeit notwendig erscheint, um ihn von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, sind die Angaben über seinen Marihuanakonsum ohne Bedeutung, da es sich hierbei um eine blosse Übertretung handelt (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Das Verhalten des Beschwerdeführers, welches zum Schuldspruch wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte geführt hat, steht in engem Zusammenhang mit dem Umstand, dass er zu jenem Zeitpunkt über keine Berechtigung zur Anwesenheit auf schweizerischem Gebiet verfügte und daher fürchten musste, ausgeschafft und mithin von seiner Familie getrennt zu werden. Der erstinstanzliche Richter führte in diesem Zusammenhang aus, der Beschwerdeführer habe sich bei seiner Anhaltung in etwas hineingesteigert und es habe sich für ihn um eine Ausnahmesituation gehandelt.
Die Lage des Beschwerdeführers hat sich indes seit seiner Eheschliessung mit der Mutter seines Kindes geändert. Es ist ihm nunmehr eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden, und er hält sich somit legal in der Schweiz auf. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vollzug der Strafe notwendig sein soll, den Beschwerdeführer von weiteren einschlägigen Straftaten abzuhalten. Aus dem selben Grund erlangt auch die Vorstrafe wegen illegalen Aufenthalts in der Schweiz keine Bedeutung. Dies gilt jedenfalls solange, als die Aufenthaltsbewilligung gültig ist. Die Vorinstanz nimmt in dieser Hinsicht an, es sei heute unklar, ob die erteilte Bewilligung nach ihrem Ablauf verlängert werde. Indes ist die Ehefrau des Beschwerdeführers im Besitz einer Niederlassungsbewilligung. Nach Art. 43 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) hat der Ehegatte des niedergelassenen Ausländers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn er mit diesem zusammen wohnt (vgl. Art. 17 Abs. 2 ANAG). Gemäss Art. 51

BGE 134 IV 97 S. 119

Abs. 2 lit. b AuG erlöschen die Ansprüche nach Art. 43 AuG, wenn Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen, namentlich wenn der Anspruchsberechtigte zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 StGB angeordnet wurde (lit. b) oder wenn er erheblich und wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat oder diese gefährdet (lit. c). Dabei kann die Bewilligung allerdings nur verweigert werden, wenn dies nach den gesamten Umständen verhältnismässig erscheint (BGE 120 Ib 129 E. 4). Die zuständigen Behörden haben deshalb bei ihren Entscheiden alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung haben sie öffentliche und private Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen (Art. 96 AuG). Ob dem Beschwerdeführer die Bewilligung verweigert werden dürfte, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls verbietet sich angesichts dieser gesetzlichen Regelung zum heutigen Zeitpunkt die Stellung einer schlechten Prognose hinsichtlich eines künftigen illegalen Aufenthaltes des Beschwerdeführers auf dem Gebiet der Schweiz. Aus diesen Gründen ver-

letzt die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs in Bezug auf die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit Bundesrecht. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet.