

BGer 6B_1300/2020 vom 2. September 2021

Bundesgericht, 2021-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1300_2020

FR: TF 6B_1300/2020 du 2 septembre 2021

IT: TF 6B_1300/2020 del 2 settembre 2021

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie ihn trotz Fehlens des Vorsatzes schuldig spreche. Wenn sie ihm sein Geständnis in der ersten Einvernahme zur Last lege, lasse sie unberücksichtigt, dass er sich schikaniert gefühlt und daher trotzig verhalten habe. Seine damaligen Aussagen könnten ihm daher nicht vorbehaltlos entgegengehalten werden. Weiter könne daraus, dass er vor der Tat bereits seit über zehn Monaten in der Gemeinde W. _____ untergebracht gewesen sei, keine Kenntnis hinsichtlich der Gemeindegrenzen abgeleitet werden. Zudem sei bezüglich der ihm ausgehändigten Karte der Gemeinde W. _____ zu berücksichtigen, dass nicht einmal die beiden ihn kontrollierenden Polizisten darauf den Grenzverlauf hatten erkennen können. Das Betreuungspersonal der Notunterkunft hätte ihm auch keine genaue Auskunft über den Grenzverlauf geben können, wenn dies schon den für den Bezirk zuständigen Polizisten nicht möglich gewesen sei. Überdies gehe aus dem vor erster Instanz eingereichten Schreiben der Sozialarbeiterin des Roten Kreuzes hervor, dass er sich "zumindest implizit" bei dieser über den Grenzverlauf erkundigt habe. Zwar nehme mit der Zunahme der zurückgelegten Distanz die Wahrscheinlichkeit zu, das Eingrenzungsgebiet zu verlassen, doch habe er sich bei der Anhaltung nur rund 200 Meter ausserhalb des Gemeindegebiets befunden. Aus diesen Gründen habe er davon ausgehen dürfen, dass sich der Fluss X. _____ noch auf dem Gebiet der Gemeinde W. _____ befinde. Er habe durch seinen Ausflug an den Fluss X. _____ nicht in Kauf genommen, gegen die Eingrenzung zu verstossen (Beschwerde S. 6 ff. Ziff. 2.1).

E. 1.2

Die Vorinstanz hält fest, der Beschwerdeführer habe den objektiven Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG erfüllt, indem er sich am Bahnhof U. _____ und damit ausserhalb des Eingrenzungsgebiets der Gemeinde W. _____ aufgehalten habe. Betreffend den subjektiven Tatbestand erwägt sie, der Beschwerdeführer habe anlässlich seiner ersten polizeilichen Einvernahme am 25. Juli 2018 ausgesagt, es sei ihm bewusst, dass er das Gebiet der Gemeinde W. _____ nicht verlassen dürfe und er die Eingrenzung als illegal erachte und nicht akzeptiere. Die Frage, ob er bewusst gegen die Eingrenzung verstossen habe, als er das Gemeindegebiet von W. _____ verlassen habe, habe er bejaht. Zudem habe er angekündigt, dass er sich nicht an die Eingrenzung halten werde ("Wie erwähnt, wir können dieses Gesetz vergessen. Ich werde mich nicht an die Eingrenzung halten. Ich war bereits schon bis zum Maximum im Gefängnis und ich weiss, dass das nicht korrekt ist"). Demgegenüber habe der Beschwerdeführer im weiteren Verfahren bestritten, das Eingrenzungsgebiet bewusst verlassen zu haben. Er habe geltend gemacht, die ihm ausgehändigte Karte, auf welcher das Gemeindegebiet abgebildet ist, sei in einem schrecklichen Zustand gewesen. Es seien keinerlei Strassennamen ersichtlich und auch der

Grenzverlauf sei darauf nicht klar erkennbar gewesen, weshalb er gar nicht habe wissen können, wo er hingehge und wo die Gemeindegrenze von W. _____ verlaufe. Letztere sei auch nicht auf dem Navigationsgerät auf seinem Mobiltelefon ersichtlich. Diese spätere, gegenüber seinem anfänglichen Geständnis völlig konträre Darstellung sei als nachgeschobene Schutzbehauptung zu qualifizieren (angefochtenes Urteil S. 9 ff. E. 3.1 ff.).

Selbst wenn man über das anfängliche Eingeständnis, vorsätzlich gehandelt zu haben, hinwegsehen würde, läge, so die Vorinstanz weiter, eine eventualvorsätzliche Tatbegehung vor. Namentlich habe der Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt bereits mehr als zehn Monate in der Gemeinde W. _____ gelebt und damit über zumindest rudimentäre Ortskenntnisse verfügen müssen. Auf der ihm ausgehändigten Karte sei der markante Verkehrsknotenpunkt im Norden des Eingrenzungsgebiets deutlich erkennbar gewesen und er hätte sich im Vorfeld seines Ausflugs auf seinem Mobiltelefon mit Navigationsgerät oder beim Betreuungspersonal der Notunterkunft über den Grenzverlauf der Gemeinde informieren können. Da er gänzlich davon abgesehen habe, sich in irgendeiner Form über den Grenzverlauf zu informieren und in seiner Ahnungslosigkeit einfach losgezogen sei, habe er mit der Möglichkeit rechnen müssen, das Eingrenzungsgebiet zu verlassen. Dennoch habe er eine beträchtliche Gehdistanz von mehr als drei Kilometern zurückgelegt. Dies lasse darauf schliessen, dass es den Beschwerdeführer schlicht nicht gekümmert habe, ob sich sein Ziel noch innerhalb des Eingrenzungsgebiets befinde, womit er ein Verlassen in Kauf genommen habe (angefochtenes Urteil S. 11 ff. E. 3.5).

E. 2.1

Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 97 Abs. 1 BGG). Rechtsfrage ist hingegen, ob gestützt auf die festgestellten Tatsachen bewusste Fahrlässigkeit, Eventualvorsatz oder direkter Vorsatz gegeben ist (BGE 141 IV 369 E. 6.3; 137 IV 1 E. 4.2.3; Urteil 6B_282/2021 vom 23. Juni 2021 E. 7.3.1, zur Publikation vorgesehen; je mit Hinweisen).

E. 2.2

Die Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich als unbegründet, sofern darauf überhaupt eingetreten werden kann. Soweit er von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht - namentlich, dass er sich bei der ersten Einvernahme schikaniert gefühlt habe und dass die befragten Polizisten den Grenzverlauf der Gemeinde W. _____ auf der Karte nicht genau hätten bezeichnen können (Beschwerde S. 6 ff. Ziff. 2.1) - ohne eine Willkürüge zu erheben, ist darauf nicht einzutreten. Die Vorinstanz erkennt zutreffend auf Vorsatz. Sie stellt auf die erste Aussage des Beschwerdeführers nach der Tatbegehung ab, in welcher dieser seiner Eingrenzung die Rechtmässigkeit abgesprochen und angegeben hat, diese bewusst missachtet zu haben und auch in Zukunft nicht beachten zu wollen. Die spätere, völlig konträre Darstellung des Beschwerdeführers, wonach er den Grenzverlauf des Eingrenzungsgebiets gar nicht habe kennen können, qualifiziert sie zu Recht als nachgeschobene Schutzbehauptung. Nicht zu beanstanden ist auch die vorinstanzliche Erwägung zum Eventualvorsatz. Namentlich aufgrund der mehrmonatigen Aufenthaltsdauer des Beschwerdeführers in der Gemeinde W. _____,

der diesem ausgehändigten Karte des Gemeindegebiets, dessen Möglichkeit, sich auf dem von ihm mitgeführten Mobiltelefon mit Internetzugang über die Gemeindegrenze zu informieren oder dies vorab beim Personal der Notunterkunft in Erfahrung zu bringen, kann darauf geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer in Kauf nahm, das Eingrenzungsgebiet zu verlassen, indem er einfach los gezogen ist und bis zu seiner Anhaltung drei Kilometer zurücklegte, ohne sich vorab in irgendeiner Form über den Grenzverlauf zu informieren.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt alsdann, die Vorinstanz spreche zu Unrecht anstelle einer Geldstrafe eine kurze Freiheitsstrafe aus. Die vorinstanzliche Feststellung, er werde die Geldstrafe nicht bezahlen, sei willkürlich. Auf sein bisheriges Verhalten gegenüber behördlichen Anordnungen, nämlich auf seine Mitwirkung beim Vollzug der Wegweisung, könne nicht abgestellt werden. Es bestünden keine Hinweise darauf, dass er beim Vollzug einer Geldstrafe nicht mit den Behörden kooperieren werde. Sein Wille zur Bezahlung einer Geldstrafe könne nicht antizipiert verneint werden. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe sei unverhältnismässig, da sein Verschulden äusserst gering wiege, habe er doch das ihm auferlegte Rayon nur um wenige hundert Meter verlassen. Ihm sei eine positive Legalprognose auszustellen. Abgesehen vom vorliegenden Verfahren liege seine letzte Verurteilung mehr als viereinhalb Jahre zurück und er habe noch nie aktiv gegen das Ausländergesetz verstossen, was im Rahmen der Gesamtwürdigung keine Berücksichtigung gefunden habe (Beschwerde S. 8 ff. Ziff. 2.2).

E. 3.2

Die Vorinstanz hält bei der Strafzumessung einleitend fest, anwendbar sei das vor dem 1. Januar 2018 geltende Recht, weil das neue Recht für den Beschwerdeführer nicht milder sei (Urteil S. 19 E. 2), was dieser nicht beanstandet.

Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei innerhalb der letzten fünf Jahre nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden, weshalb grundsätzlich die Vermutung einer günstigen Prognose gelte. Er sei jedoch mit sechs Vorstrafen im Strafregister verzeichnet, die hauptsächlich dem Ausländerstrafrecht zuzuordnen seien. Die Legalprognose sei zudem getrübt, da er sich unbeschrieben vom wiederholten Vollzug mehrmonatiger Freiheitsstrafen nicht von der Begehung weiterer Straftaten habe abhalten lassen. Weiter sei zu berücksichtigen, dass er sich seit knapp elf Jahren jeglichen behördlichen Anordnungen verweigere und keine Anzeichen für ein Umdenken erkennbar seien. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass ihn der bedingte Strafvollzug vor weiterer Delinquenz abhalte, zumal entgegen dessen Ausführungen eine weitere Eingrenzung gegen den Beschwerdeführer verfügt werden könne (angefochtenes Urteil S. 23 f. E. 3).

Ferner hält die Vorinstanz fest, die Vollstreckungsprognose habe anhand der konkret festgesetzten Anzahl und Höhe der Tagessätze zu erfolgen. Beim Beschwerdeführer falle diese negativ aus, da dessen einzige Einnahmequelle in der ihm täglich ausgerichteten Nothilfe im Betrag von Fr. 10.-- bestehe. Die angemessene Tagessatzhöhe der auszufällenden Geldstrafe von 90 Tagessätzen wäre folglich mit Fr. 10.-- zu bemessen. Angesichts der vom Beschwerdeführer seit nunmehr knapp elf Jahren an den Tag gelegten Verweigerungshaltung gegenüber jeglichen behördlichen Anordnungen könne nicht von einer entsprechenden Zahlungsbereitschaft ausgegangen werden. Eine Geldstrafe falle

daher ausser Betracht, weshalb in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 aStGB [recte: aArt. 41 Abs. 1 StGB] eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei (angefochtenes Urteil S. 22 f. E. 6).

E. 3.3.1

Bei der Wahl der Sanktionsart sind die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; 137 II 297 E. 2.3.4; 134 IV 97 E. 4.2; je mit Hinweisen).

E. 3.3.2

Das Gericht kann auf eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen von aArt. 42 StGB für eine bedingte Strafe nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (aArt. 41 Abs. 1 StGB). Es 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 (aArt. 42 Abs. 1 StGB).

E. 3.3.3

Im Rahmen von aArt. 42 Abs. 1 StGB genügt für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Der bedingte Strafaufschub setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf (BGE 135 IV 180 E. 2.1; 134 IV 97 E. 7.3, 1 E. 4.2.2; je mit Hinweisen). Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 144 IV 277 E. 3.2; 134 IV 140 E. 4.4, 1 E. 4.2.1; je mit Hinweisen). In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen namentlich das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 135 IV 180 E. 2.1; 134 IV 1 E. 4.2.1). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten; sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus (Urteile 6B_141/2021 vom 23. Juni 2021 E. 1.4.2; 6B_1/2020 vom 6. Mai 2021 E. 5.3; 6B_994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 1.1; je mit Hinweisen).

Dem Sachgericht steht bei der Legalprognose des künftigen Verhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn das Sachgericht sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 145 IV 137 E. 2.2; 144 IV 277 E. 3.1.1; je mit Hinweis).

E. 3.3.4

Um eine Vollstreckungsprognose i.S.v. aArt. 41 Abs. 1 StGB stellen zu können, muss vorab die voraussichtliche Geldstrafe in den Grundzügen feststehen. Wenn die konkrete Vollstreckungsprognose ungünstig ausfällt, ist auf eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe zu erkennen (vgl. BGE 134 IV 60 E. 8.2). Die Möglichkeit, ausnahmsweise eine unbedingte Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten zu verhängen, ist in den Fällen gerechtfertigt, in denen gewährleistet werden muss, dass der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann (vgl. BGE 134 IV 60 E. 8.2; Urteile 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2;

6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.2.1; je mit Hinweis).

E. 3.4

Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie die Voraussetzungen für die Erkennung auf eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe i.S.v. aArt. 41 Abs. 1 StGB als erfüllt erachtet. Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit i.S.v aArt. 37 Abs. 1 StGB fällt von vornherein ausser Betracht, da über den ausländerrechtlichen Status des Beschwerdeführers endgültig entschieden wurde und feststeht, dass er die Schweiz verlassen muss (vgl. BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4; Urteil 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.2.2).

Bei der Legalprognose berücksichtigt die Vorinstanz zu Recht die sechs Vorstrafen des Beschwerdeführers, die mehrheitlich einschlägig sind. Mit Urteil vom 9. Februar 2011 wurde der Beschwerdeführer wegen rechtswidrigen Aufenthalts und eines geringfügigen Vermögensdelikts mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft. Wegen versuchten Diebstahls und Hausfriedensbruchs wurde er am 17. Februar 2011 zu einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen verurteilt. Am 9. Oktober 2012 erging ein Urteil wegen rechtswidrigen Aufenthalts und geringfügigen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz, das eine Freiheitsstrafe von acht Monaten und eine Busse von Fr. 200.-- vorsah. Wegen mehrfacher Sachbeschädigung wurde er am 26. Februar 2013 mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bestraft. Mit Urteil vom 30. Januar 2014 erfolgte alsdann eine Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthalts und geringfügigen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz mit einer Freiheitsstrafe von 155 Tagen und einer Busse von Fr. 200.--. Schliesslich wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts am 17. März 2016 zu einer Freiheitsstrafe von 31 Tagen verurteilt (Akten Vorinstanz, act. 60: Strafregisterauszug). Gleiches gilt hinsichtlich der mangelnden Kooperation des Beschwerdeführers mit den Behörden seit nunmehr elf Jahren und des Umstands, dass keine Aussicht auf ein Umdenken besteht. Soweit er beanstandet, das Wohlverhalten vor der Tat - er sei immerhin schon 30 Monate eingegrenzt gewesen, ohne dass es zu Verurteilungen gekommen sei - sei nicht berücksichtigt worden, ist daran zu erinnern, dass die Rechtsprechung Deliktsfreiheit erwartet (vgl. BGE 136 IV 1 E. 2.6.4). Angesichts der Vorstrafen ist auch der Hinweis unbehelflich, er habe noch nie durch ein aktives Verhalten gegen das Ausländergesetz verstossen. Insgesamt gelangt die Vorinstanz zutreffend zum Schluss, dass vorliegend die Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug nicht gegeben sind.

Bei der Vollstreckungsprognose berücksichtigt die Vorinstanz zu Recht das bisherige Verhalten des Beschwerdeführers. Von einer Geldstrafe ist in Anbetracht der mehrheitlich einschlägigen Vorstrafen, die diesen nicht vor weiterer Delinquenz abzuhalten vermochten, wegen fehlender präventiver Effizienz abzusehen. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Unverhältnismässigkeit einer Freiheitsstrafe geht vor diesem Hintergrund ins Leere. Eine alternative Strafart steht nicht zur Verfügung. Durch die Ausstellung einer negativen Vollstreckungsprognose verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht.

E. 4

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Seinen finanziellen Verhältnissen ist bei der Kostenbemessung Rechnung zu tragen (Art. 64 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 BGG).

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