

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.31 vom 15. August 2022

BS Appellationsgericht, 2022-08-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2022.31

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.31 du 15 août 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.31 del 15 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegen Urteile des Einzelgerichts in Strafsachen ist gemäss Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) die Berufung zulässig. Zu ihrer Behandlung ist ein Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Der Berufungskläger hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Urteils, weshalb er zur Erhebung der Berufung legitimiert ist (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die nach Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO form- und fristgerecht angemeldete und erklärte Berufung ist somit einzutreten.

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Zudem ist das Verbot der *reformatio in peius* zu beachten (Art. 391 Abs. 2 StPO).

1.3 Das Berufungsgericht prüft das erstinstanzliche Urteil (von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen [vgl. Art. 404 Abs. 2 StPO]) nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Aus der Berufungserklärung geht hervor, dass sich die Berufung nur auf die Strafzumessung bezieht (vgl. Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO).

E. 2

Da einzig die Wahl der Strafart und die Festlegung des Strafmasses angefochten sind, ist der Schuldspruch betreffend rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) in Rechtskraft erwachsen und für das Appellationsgericht verbindlich (vgl. Art. 402 StPO).

E. 3

3.1 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, es sei vom Strafrahmen für eine rechtswidrige Einreise nach Art. 115 Abs. 1 AIG auszugehen, welcher auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe laute. Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe bestünden keine. Zwar komme aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips grundsätzlich der Geldstrafe der Vorrang gegenüber der Freiheitsstrafe zu. Allerdings liege aktuell beim Berufungskläger eine persönliche Situation vor, aufgrund derer eine Geldstrafe nicht vollzogen werden könne. Er habe kein gesichertes Aufenthaltsrecht in der Schweiz, beziehe Nothilfe und verfüge über keinen Wohnsitz in der Schweiz. Sein Verschulden wiege nicht leicht; er habe gemäss eigenen Aussagen vom Einreiseverbot gewusst und sei zudem mit

Urteil des Strafgerichts vom 31. Mai 2017 für fünf Jahre des Landes verwiesen worden. Daher sei eine Freiheitsstrafe von 45 Tagen angemessen.

3.2 Der Berufungskläger rügt, dass das Strafgericht sich bei der Strafzumessung von den Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt habe leiten lassen. Diese seien jedoch nur für die Staatsanwaltschaft, nicht aber das Gericht verbindlich. Sonst würde ein Gericht nicht mehr unbefangen entscheiden. Zudem seien 45 Tage eine unangemessen hohe Strafe.

3.3 Die Staatsanwaltschaft schliesst sich in ihrer Berufungsantwort den Ausführungen der Vorinstanz an.

3.4 Nach der Rechtsprechung entscheiden die gleichen Kriterien über die Wahl der Straftat wie auch über die Festlegung des Strafmasses; die Zweckmässigkeit einer Sanktion spielt eine massgebliche Rolle, und die Entscheidungen über diese Fragen beeinflussen sich gegenseitig (BGE 147 IV 241 E. 3.2). Gemäss Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben (Täterkomponenten, Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden, bemessen (Tatkomponenten, Abs. 2). An eine «richtige» Strafzumessung werden drei allgemeine Anforderungen gestellt: Sie muss zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (Rechtssicherheit) und transparent, überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren; vgl. Trechsel/Seelmann, in: Praxiskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 47 N 6; Wiprächtiger/Keller, in: Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 47 StGB N 10). Die Strafzumessung ist einlässlich zu begründen (Art. 50 StGB; BGE 134 IV 17 E. 2.1; BGer 6B_579/2013 vom 20. Februar 2014 E. 4.3). Die Strafzumessung ist hinsichtlich der aktuellen persönlichen Verhältnisse anzupassen (BGer 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 1). Massgeblich ist die individuelle Tatschuld des Beurteilten, wodurch einer weitergehenden Bestrafung aus Gründen der Generalprävention ■ etwa zwecks allgemeiner Abschreckung und Zeichensetzung ■ Grenzen gesetzt sind (vgl. BGE 134 IV 60 E. 7.3.2; 118 IV 342 E. 2g m.H.). In diesem Sinne ist der Spezialprävention vor der Generalprävention Vorrang einzuräumen (vgl. Trechsel/■Seelmann, a.a.O., Art. 47 N 11, mit Hinweis auf BGE 118 IV 351).

Methodisch hat das Gericht in einem ersten Schritt die Sanktionsart unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien festzulegen, wozu auch das Verschulden zählt (BGE 147 IV 241 E. 3.2; a.M. Ege/Seelmann, Die [un-]gefestigte Rechtsprechung zur Wahl der Straftat, in: AJP 2022, 342 ff., 345). Erst in einem zweiten Schritt hat es die Höhe der Freiheitsstrafe bzw. die Höhe und Anzahl der Tagessätze der Geldstrafe zu bestimmen (BGE 147 IV 241 E. 3.2).

3.5 Der massgebliche Strafrahmen für rechtswidrige Einreise beträgt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Gemäss den aktuellen Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft sollte bei einer rechtswidrigen Einreise trotz fremdenpolizeilicher Fernhalte-massnahme von einem Strafmass von 45 bis 90 Tagessätzen ausgegangen werden. A priori kämen daher sowohl eine Geldstrafe als auch eine

Freiheitsstrafe in Betracht.

3.6 Sofern eine Freiheitsstrafe und eine Geldstrafe in Betracht kommen und beide dem Verschulden des Täters angemessen sind, kommt Letzterer entsprechend dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz grundsätzlich der Vorrang zu (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; Bommer, Neuerungen im Sanktionenrecht: Geldstrafe und Freiheitsstrafe, in: ZStrR 2017, 365 ff., 372). Gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB kann das Gericht anstelle von Geldstrafe auf Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (lit. a) oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (lit. b). Ist eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten schuldangemessen, hat das Gericht zu bestimmen, ob eine Sanktion als Geld- oder Freiheitsstrafe auszusprechen ist, wobei auch die Anordnung des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe möglich ist (Art. 40 Abs. 1, 42 Abs. 1 StGB). In der Regel erkennt das Gericht auf Freiheitsstrafe, wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden können. Daneben sind aber auch andere Gründe denkbar, die für die Wahl der einen oder anderen Sanktion sprechen, so insbesondere spezial- und generalpräventive Überlegungen (Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Änderung des Sanktionenrechts], BBl 2012 4736 zu Art. 41 Abs. 1). Grundsätzlich hat demnach im Bereich der Strafen bis zu sechs Monaten die Geldstrafe Vorrang vor der Freiheitsstrafe. So folgt aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit der betroffenen Person eingreift bzw. die sie am wenigsten hart trifft. Die Geldstrafe als Vermögenssanktion wiegt prinzipiell weniger schwer als ein Eingriff in die persönliche Freiheit. Sie ist unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages gegenüber der Freiheitsstrafe milder (vgl. BGE 134 IV 97 E. 4.2.2 S. 101; bestätigt u.a. in BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123, 137 IV 249 E. 3.1 S. 251, 134 IV 82 E. 4.1 S. 84). Allerdings ist bei der Strafzumessung stets auch die Wirksamkeit einer Strafe zu berücksichtigen. So sind bei der Wahl der Sanktionsart als wichtige Kriterien die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 137 II 297 E. 2.3.4; 134 IV 97 E. 4.2; 134 IV 82 E. 4.1; BGer 6B_922/2016 vom 14. Juli 2017 E. 3.2). Dabei steht den Gerichten bei der Wahl der Strafart ein weiter Ermessensspielraum zu (BGer 6B_1137/2016 vom 25. April 2017 E. 1.7).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. die Mittellosigkeit des Täters für sich allein genommen zwar nicht ausschlaggebend für die Wahl einer Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe (BGE 134 IV 60 E. 8.4). Anders verhält es sich jedoch beispielsweise bei offensichtlich fehlender Zahlungsbereitschaft, namentlich wenn sich in der Vergangenheit bereits gezeigt hat, dass Geldstrafen nicht bezahlt wurden (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2; BGer 6B_1137/2016 vom 25. April 2017 E. 1.7). Zur Stellung einer Vollstreckungsprognose muss vorab die voraussichtliche Geldstrafe in den Grundzügen betreffend Anzahl und Höhe der Tagessätze feststehen. Erst aufgrund der so festgelegten Geldstrafe kann eine konkrete Vollstreckungsprognose gestellt werden. Fällt sie ungünstig aus, ist auf eine kurze Freiheitsstrafe zu erkennen, damit gewährleistet wird, dass «der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann» (BGE 134 IV 60 E. 8.2, BGer 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.2.1, je mit Hinweis auf 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, BBl 1999 1979 ff., 2044).

3.7 Die Wahl der Strafart durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Der Berufungskläger weist bereits neun Vorstrafen auf. Wenngleich diese nicht unmittelbar einschlägig sind, so zeugen sie doch von einer Indifferenz gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung. Dass eine blossе Geldstrafe den Berufungskläger zu beeindrucken und von der zukünftigen Begehung gleichartiger oder anderer Straftaten abhalten würde, ist nicht anzunehmen. Darüber hinaus könnte eine Geldstrafe bei realistischer Betrachtung auch nicht vollzogen werden. Denn aus den Eingaben des Berufungsklägers ergibt sich, dass als Adresse nach wie vor die Sozialhilfe Basel-Stadt angegeben ist, er also über keinen festen Wohnsitz verfügt und weiterhin von der Sozialhilfe unterstützt wird. Der Berufungskläger macht nicht geltend, dass sich die diesbezüglichen Voraussetzungen seit dem Urteil der Vorinstanz geändert hätten.

3.8 Soweit der Berufungskläger sich gegen eine Heranziehung der aktuellen Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt richtet, so kann ihm nicht gefolgt werden.

3.9 Vorweg sei darauf hingewiesen, dass sich die für das vorinstanzliche Urteil massgebenden Erwägungen aus der schriftlichen Urteilsbegründung ergeben. Darin werden die Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft nicht erwähnt; sie bilden mithin nicht Teil der für die Strafzumessung tragenden Erwägungen. Sofern an der mündlichen Eröffnung des Urteils auf die Richtlinien hingewiesen wurde, ändert dies nichts daran, dass das Strafgericht sich bei der Strafzumessung von den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen leiten liess.

3.10 Doch auch sonst wäre gegen eine Berücksichtigung der Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft nichts einzuwenden. Diese sind zwar als Verwaltungsverordnung zu qualifizieren und binden das Gericht nicht in einer Weise, wie es Rechtsnormen täten. Wenn allerdings die Staatsanwaltschaft sich im Interesse der Rechtsgleichheit namentlich im Strafbefehlsverfahren an diesen orientieren soll, so folgt daraus als logische Notwendigkeit, dass auch das Gericht diese nicht gänzlich unberücksichtigt lässt, soweit sie mit den geltenden rechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen. In diesem Sinne spricht nichts gegen ihre Berücksichtigung als Referenzpunkt sowie ihre ergänzende Erwähnung in einer schriftlichen Urteilsbegründung oder einer mündlichen Urteilseröffnung (vgl. AGE SB.2021.6 vom 24. März 2022 E. 3.1).

3.11 Demzufolge kann dem Berufungskläger auch nicht gefolgt werden, wenn er aus der behaupteten Heranziehung der Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft eine Befangenheit des Gerichts ableiten will. Die Strafzumessung wurde einlässlich begründet (vgl. angefochtenes Urteil, Ziff. III S. 3 f.); das Strafgericht fällte also ein eigenes, unabhängiges Urteil auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsnormen. Daher ist das Vorgehen des Strafgerichts nicht zu beanstanden (vgl. Erwägung 3.3.2 hiervor).

3.12 Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass das Verschulden des Berufungsklägers nicht leicht wiege. Der vom Berufungskläger angegebene Grund, er habe bei einem Kollegen übernachten wollen, kann zudem nicht als leichtes Verschulden gewertet werden. Nachteilig zur Last fällt dem Beschuldigten zudem, dass er nicht bloss ohne gültige Papiere einreiste, sondern mit der illegalen Einreise zugleich gegen eine gegen ihn bestehende Landesverweisung versties. Darüber hinaus handelte der Berufungskläger mit direktem

Vorsatz, denn diese Umstände waren ihm gemäss seinen Aussagen an der Verhandlung vor der Vorinstanz bewusst (Verhandlungsprotokoll vom 4. November 2021, S. 2). Immerhin hat er zwar gemäss Strafregisterauszug zum ersten Mal gegen ein Einreiseverbot verstossen. Der Umstand, dass er inzwischen bereits neun Vorstrafen aufweist, zeugt jedoch von einer gewissen Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung. Auch dieser Umstand fällt dem Berufungskläger daher nachteilig zur Last.

Die Vorinstanz hat die Strafe mit 45 Tagen bemessen. Damit bewegt sie sich am unteren Rand der nach der Rechtsprechung des Appellationsgerichts insoweit zutreffenden Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft, welche eine Strafe von 45 bis 90 Tagen vorsehen (vgl. AGE SB.2014.50 vom 12. November 2015 E. 5). Angesichts des Strafrahmens von maximal einem Jahr Freiheitsstrafe ist diese Sanktion entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers als eher mild einzustufen. Sie liegt diesbezüglich auch am unteren Ende der Strafmassrichtlinien der Staatsanwaltschaft. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius (Erwägung 1.2 hiervor) käme zwar eine Straferhöhung nicht in Betracht. Zu einer Strafreduktion besteht jedoch aufgrund des keineswegs geringfügigen Verschuldens des Berufungsklägers kein Anlass. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass diese Sanktion auch unter Berücksichtigung von Vergleichsfällen als adäquat und sicher nicht übermässig erscheint. So wurde beispielsweise in einem Fall, in welchem ebenfalls gegen eine Einreisesperre verstossen wurde, auf eine Freiheitsstrafe von 60 Tagen erkannt (AGE SB.2017.98 vom 5. Juli 2018 E. 3.1).

3.13 Der Berufungskläger gibt an, dass er auch bereit sei, Sozialarbeit zu leisten. Ein entsprechendes Gesuch hätte er jedoch nach Rechtskraft beim Straf- und Massnahmenvollzug zu stellen. Dieser Antrag kann daher vorliegend nicht behandelt werden und rechtfertigt keinen anderen Entscheid.

3.14 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, ein bedingter Strafvollzug würde gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB das Vorliegen besonders günstiger Umstände voraussetzen, da die letzte Freiheitsstrafe von über sechs Monaten nicht einmal drei Jahre zurückliege. Seit der letzten Straftat am 18. März 2020 hätten sich seine Lebensumstände nicht geändert. Seine neun Vorstrafen seien zwar nicht einschlägig, zeugten aber von einer Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung.

3.15 Der Berufungskläger bringt keine spezifischen Einwände gegen die Erwägungen der Vorinstanz vor, sondern betrachtet die Sanktion allgemein als zu hart.

3.16 Gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB ist ein Strafaufschub nur bei Vorliegen besonders günstiger Umstände zulässig, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt worden ist. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGer 6B_811/2016 vom 27. Februar 2017 E. 2.1; BGE 134 IV 1 E. 4.2.1, 134 IV 140 E. 4.4, je mit Hinweisen). Bei der Prognosestellung ist mithin das Gesamtbild der Täterpersönlichkeit massgebend. Zu beachten sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund, aber auch die Sozialisationsbiografie und das Arbeitsverhalten. In erster Linie ist die strafrechtliche Vorbelastung von Relevanz, namentlich wenn der Täter einschlägige Vorstrafen aufweist.

3.17 Die Erwägungen der Vorinstanz sind auch in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Berufungskläger wird von der Nothilfe unterstützt, hat kein festes Einkommen und keinen festen Wohnsitz. Über bestehende behördliche Anordnungen setzt er sich bereits dann

hinweg, wenn ihm eine Übernachtung in der Notschlafstelle nicht beliebt und er es vorzieht, bei einem Kollegen zu übernachten. Es muss aufgrund der Vorstrafen angenommen werden, dass die Bewährungsaussichten des Berufungsklägers vorliegend nicht besonders günstig aussehen.

3.18 Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Berufung vollständig abzuweisen ist.

E. 4

4.1 Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten gilt es Art. 426 Abs. 1 StPO zu beachten, wonach die beschuldigte Person die Verfahrenskosten trägt, wenn sie verurteilt wird. Der Berufungskläger hat somit die Kosten von CHF 255.30 sowie eine Urteilsgebühr von CHF 200.■ für das erstinstanzliche Verfahren zu entrichten.

4.2 Für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens kommt Art. 428 Abs. 1 StPO zum Tragen. Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (BGer 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1; AGE BES.2019.74 vom 14. August 2020 E. 9.2.1).

Der Berufungskläger unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Es sind ihm folglich die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Diese sind mit CHF 500.■ (einschliesslich Auslagen) zu bemessen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]).

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