

ZH_OBERGERICHT SB120285 vom 9. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120285

FR: ZH_OBERGERICHT SB120285 du 9 octobre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120285 del 9 ottobre 2012

Erwägungen

E. 1

Der Beschuldigte ist schuldig - des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG; - der Übertretung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG.

E. 1.1

Zur besseren Übersichtlichkeit ist vorerst darauf einzugehen, was für die Zeit seit der Einreise des Beschuldigten in die Schweiz bis zu dem der heute zu beurteilenden Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt aktenkundig ist.

E. 1.2

Der Beschuldigte reiste anfangs Oktober 2009 in die Schweiz ein, wo er ein Asylgesuch stellte, über das am 25. November 2009 mit einem zweitinstanzlichen rechtskräftigen Nichteintretensentscheid entschieden wurde. Zudem wurde der Beschuldigte aus der Schweiz weggewiesen (Urk. 5).

E. 1.3

Gemäss seinen eigenen Angaben hat der Beschuldigte die Schweiz jedoch nie verlassen (Urk. 2 S. 2). Das führte dazu, dass er am 20. Januar 2010 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz zu einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– verurteilt wurde (Urk. 12/11/2). In der Folge wurde Ausschaffungshaft angeordnet. Am 19. Juli 2010 wurde der Beschuldig-

- 6 - te aus der Ausschaffungshaft entlassen und aufgefordert, die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen (Urk. 12/5-9). Dieser Aufforderung kam der Beschuldigte jedoch nicht nach.

E. 1.4

Am 8. Februar 2011 wurde der Beschuldigte bei einem Ladendiebstahl erwischt. In der Folge erging am 9. Februar 2011 ein weiterer Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland, mit welchem der Beschuldigte wegen Vergehens gegen das Ausländergesetz und geringfügigen Diebstahls mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft wurde. Gleichzeitig wurde die mit vorgängig erwähntem Strafbefehl angesetzte zweijährige Probezeit für die Geldstrafe um ein Jahr verlängert (Urk. 12/12). Der Beschuldigte wurde mit Verfügung des Migrationsamtes vom 10. Februar 2011 wiederum aufgefordert, die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen (Urk. 13/8).

E. 1.5

Auch dieser Aufforderung kam der Beschuldigte nicht nach, sondern er wurde bereits am 16. Februar 2011 wiederum bei einem Ladendiebstahl betroffen. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Februar 2011 wurde der Beschuldigte deshalb wegen versuchten Diebstahls und Hausfriedensbruchs – unter Einbezug der widerrufenen Geldstrafe von 45 Tagessätzen gemäss Strafbefehl vom 20. Januar 2010 – mit 120 Tagen Freiheitsstrafe als Gesamtsstrafe bestraft. Auch diese Strafe wurde als vollziehbar erklärt (Urk. 13/12).

E. 1.6

Nach Verbüssung von zwei Dritteln der beiden zu vollziehenden Freiheitsstrafen wurde der Beschuldigte – bei einer unverbüssten Reststrafe von 70 Tagen – mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 19. Mai 2011 am 5. Juli 2011 aus dem Vollzug bedingt entlassen, unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr (Urk. 14). Bereits zuvor, am 31. Mai 2011, hatte er eine weitere Verfügung des Migrationsamtes erhalten, gemäss welcher er nach der Entlassung aus dem Strafvollzug die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen hatte (Urk. 4).

E. 1.7

Am 27. Januar 2012 wurde der Beschuldigte bei einer Polizeikontrolle erneut angehalten und wegen illegalen Aufenthalts in der Schweiz der Staatsanwaltschaft zugeführt (Urk. 1). Dies hatte die vorliegende Anklage zur Folge, bei der dem Beschuldigten zusammengefasst vorgeworfen wird, sich trotz Ausreiseverfü-

- gung in der Schweiz aufgehalten und seine Mitwirkungspflichten bei der Beschaffung von Ausreisepapieren verletzt zu haben (Urk. 9). 2. Rückversetzung

E. 2

Die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 19. Mai 2011 für eine Reststrafe von 70 Tagen Freiheitsstrafe verfügte bedingte Entlassung des Beschuldigten wird widerrufen.

E. 2.1

Nachdem sich der Beschuldigte nach seiner bedingten Entlassung weiter in der Schweiz aufgehalten, mithin während der Probezeit gegen das Ausländergesetz verstossen hat, ist heute auch – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – über die Rückversetzung zu entscheiden (Art. 89 Abs. 1 StGB).

E. 2.2

Auf eine Rückversetzung kann nur dann verzichtet werden, wenn trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird (Art. 89 Abs. 2 StGB). Wie den Äusserungen des Beschuldigten anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu entnehmen ist, ist er nicht bereit, die Schweiz zu verlassen, sondern hat er die Absicht, hier zu bleiben (Urk. 15 S. 2). Damit brachte er zum Ausdruck, dass damit gerechnet werden muss, dass er auch weiterhin gegen das Ausländergesetz verstossen wird. Wenn der Beschuldigte heute geltend machte, er habe die Schweiz nicht verlassen, weil er kein Geld habe (Urk. 33 S. 5 f.), so erscheint dieser Einwand als nachgeschoben und deshalb unglaubhaft. Kommt hinzu, dass sich der Beschuldigte offenbar bei den Schweizer Behörden nie danach erkundigte, ob sie ihm eine kostenlose Ausreise ermöglichen würden (vgl. dazu Urk. 33 S. 7). Demzufolge ist für den zur Bewährung ausgesetzten Straffest von 70 Tagen Freiheitsstrafe die

Rückversetzung anzuordnen.

E. 2.3

Der heute zu beurteilende rechtswidrige Aufenthalt ist – wie im Folgenden darzulegen sein wird – mit einer unbedingten Freiheitsstrafe zu ahnden. Trifft eine solche mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 StGB).

- 8 - 3. Konkrete Strafzumessung

E. 3

Der Beschuldigte wird unter Einbezug des Strafrestes von 70 Tagen bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten als Gesamtstrafe, wovon 1 Tag durch Polizeiverhaft erstanden ist, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.

E. 3.1

Rechtswidriger Aufenthalt in der Schweiz als Dauerdelikt

E. 3.1.1

Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, handelt es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes um ein Dauerdelikt. Es kann hierzu vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 24 S. 5 Ziff. IV.2.2.). Festzuhalten ist, dass die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts nach der Rechtsprechung dessen Zäsur bewirkt und eine neue Verurteilung möglich ist (BGE 135 IV 6, E. 3.2.). Präzisierend ist anzumerken, dass sich gemäss Bundesgericht die Problematik im Besonderen bei der Konstellation manifestiert, in welcher die infolge der Zäsurwirkung in verschiedenen Strafverfahren ausgesprochenen Strafen die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe in ihrer Gesamtheit überschreiten. Dieser Problematik ist insofern Rechnung zu tragen, als eine neuerliche Verurteilung wegen eines Dauerdelikts und eine Zumessung der Strafe ohne Rücksicht auf die bereits in einem früheren Strafurteil erfasste Dauer der Tatbestandsverwirklichung erfordert, dass der Täter nach dem früheren Schuldspruch einen vom früheren losgelösten, neuen Tatentschluss fasst. Fehlt es an einem solchen, beruht die nach dem vorangegangenen Schuldspruch andauernde Verwirklichung des Dauertatbestandes mithin auf einem fortwirkenden, schon vor der ersten Verurteilung gefassten einheitlichen Tatentschluss, muss der Richter im neuen Urteil bei der Zumessung der Strafe für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (BGE 135 IV 6, E. 4.2.).

E. 3.1.2

Wie der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Befragung bestätigte, hat er die Schweiz seit der Ablehnung seines Asylgesuchs nie verlassen (Urk. 2 S. 2). Daraus ist zu schliessen, dass er von Anfang an in der Schweiz bleiben wollte und nach seiner ersten Verurteilung am 20. Januar 2010 wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz keinen neuen Tatentschluss fasste. Folgerichtig hat die Vorinstanz denn auch die diesbezüglich bereits erfolgten Verurteilungen bei der Strafzumessung miteinbezogen (Urk. 24 S. 5 f. Ziff. IV.2.3.).

E. 3.1.3

Der Vorinstanz kann auch gefolgt werden, wenn sie die Summe der wegen rechtswidrigen Aufenthaltes in der Schweiz mit Strafbefehlen vom 20. Januar 2010 und vom 9. Februar 2011 bereits ausgesprochenen Strafen auf rund drei Monate veranschlagt (Urk. 24 S. 5 f. Ziff. IV.2.3.).

E. 3.1.4

Bezüglich der theoretischen Voraussetzungen für die Strafzumessung kann ebenfalls auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 24 S. 5, Ziff. 2.1. und S. 6 f., Ziff. 3.1.). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 24 S. 6, Ziff. 2.4.) reduziert sich der theoretische Strafrahmen für das Vergehen gegen das Ausländergesetz jedoch nicht um die rund drei Monate Freiheitsstrafe, die für den rechtswidrigen Aufenthalt mit früheren Strafbefehlen bereits ausgesprochen worden sind, sondern es ist – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend (vgl. oben III.3.1.1.) – für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf zu achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet.

E. 3.1.5

Was das objektive Tatverschulden anbelangt, kann der Vorinstanz insoweit gefolgt werden, dass sich der Beschuldigte während (weiteren) knapp sieben Monaten, mithin während einer längeren Zeitdauer, ununterbrochen in der Schweiz aufhielt und von sich aus keine Anstrengungen unternahm, an seinem illegalen Aufenthaltsstatus in der Schweiz etwas zu ändern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das illegale Verhalten des Beschuldigten bereits seit dem ersten Wegweisungsentscheid Ende November 2009 andauert (vgl. oben III.1.2.ff.). Dem Einwand des Beschuldigten, in seiner Heimat Schutzgelderpressungen bzw. Drohungen ausgesetzt zu sein (Urk. 33 S. 7 f., Urk. 34 S. 5 ff.), kann nicht gefolgt werden, da dieser lediglich pauschal erhoben und im bisherigen Verfahren nie vorgetragen wurde, weshalb er unglaubhaft ist. Ein entsprechender Strafmindeungsgrund fällt somit ausser Betracht.

E. 3.1.6

Bezüglich der subjektiven Tatschwere kann auf die zutreffende Würdigung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 24 S. 7, Ziff. 3.2.2.), wobei das uneinsichtige Verhalten des Beschuldigten hervorzuheben ist.

E. 3.1.7

Die Vorinstanz beurteilte unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatumstände das Verschulden des Beschuldigten zu Recht als erheblich und setzte eine vorläufige hypothetische Einsatzstrafe von 5 Monaten fest (Urk. 24 S. 8, Ziff. 3.2.3.), was auf den ersten Blick eher als mild erscheint. Berücksichtigt man dabei jedoch die mit früheren Strafbefehlen für das Dauerdelikt bereits ausgefallten Strafen von rund drei Monaten Freiheitsstrafe, erscheinen die heute als Einsatzstrafe eingesetzten 5 Monate in der Summe dem Gesamtverschulden als angemessen.

E. 3.1.8

Die Ausführungen der Vorinstanz zur Täterkomponente sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 24 S. 8, Ziff. 4.1., Ziff. 4.2.1., Ziff. 4.2.2., Ziff. 4.3.), wobei die strafehöhende Wirkung der Vorstrafen insofern zu relativieren ist, als die Strafen wegen des rechtswidrigen Aufenthalts als Dauerdelikt bei der Festsetzung der Einsatzstrafe bereits zu berücksichtigen waren (vgl. oben III.3.1.5.). Das ändert jedoch nichts daran, dass die Täterkomponente eine Straferhöhung der Einsatzstrafe (5 Monate) um 1 ½ Monate auf sechseinhalb Monate Freiheitsstrafe rechtfertigt.

E. 3.1.9

Wie bereits ausgeführt, ist mit der widerrufenen Reststrafe von 70 Tagen Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden (vgl. oben III.2.3.). Angesichts des Umstands, dass es sich bei der Reststrafe einerseits um Sanktionen wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz, andererseits aber auch um Sanktionen wegen Vermögensdelikten handelte, erscheint es angemessen, die Reststrafe – wie es auch die Vorinstanz bereits tat – im Umfang von 1 ½ Monaten zu berücksichtigen. Demzufolge ist heute eine Gesamtstrafe in Höhe von 8 Monaten Freiheitsstrafe auszufällen. Dabei ist der eine Tag Polizeiverhaftung an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

E. 3.2

Unterlassene Mitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren

E. 3.2.1

Hierbei handelt es sich, wie die Vorinstanz korrekt wiedergab, um eine Übertretung, die mit einer Busse bis Fr. 10'000.– sanktioniert wird, wobei der

- 11 - Richter für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten ausspricht (Urk. 24 S. 5, Ziff. IV.2.1.; Urk. 24 S. 9, Ziff. V.). Das Gericht bemisst Busse und Ersatzfreiheitsstrafe je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Da es sich nicht um eine gleichartige Strafe, wie sie für das Vergehen gegen das Ausländergesetz auszufällen ist, handelt, kommt Art. 49 StGB nicht zur Anwendung, sondern ist die Busse kumulativ zur Freiheitsstrafe auszusprechen.

E. 3.2.2

Die Vorinstanz gibt das Einkommen des Beschuldigten korrekt mit rund Fr. 240.– pro Monat an (Urk. 24 S. 8, Ziff. 4.2.1.). Dabei handelt es sich um die Nothilfe, die ein abgewiesener Asylant erhält (Urk. 28). Damit entspricht die von der Vorinstanz ausgefallte Busse in Höhe von Fr. 300.– mehr als dem monatlichen Einkommen, das bereits nur knapp den Lebensunterhalt deckt. Insofern erscheint die ausgefallte Busse unverhältnismässig hoch. Berücksichtigt man ferner, dass das Unterlassen der Mitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren die logische Folge davon ist, dass der Beschuldigte die Schweiz nicht verlassen will und dieser Umstand auch den Kernpunkt beim rechtswidrigen Verweilen im Lande bildet, kann das diesbezügliche Verschulden bei der Bussenbemessung nicht allzu hoch angesetzt werden, so dass eine Busse in Höhe von Fr. 200.– angemessen erscheint.

E. 3.2.3

Auch bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe sind die Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen. Ferner darf die Rechtsmittelinstanz Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten Person abändern, wenn das Rechtsmittel – wie vorliegend – nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (Art. 391 Abs. 2 StPO). Unter den gegebenen Umständen ist von einem Umwandlungssatz von Fr. 100.– pro Tag auszugehen und die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse auf zwei Tage zu bemessen.

- 12 - 4. Vollzug

E. 4

Die Freiheitsstrafe wird vollzogen und die Busse ist zu bezahlen.

E. 4.1

Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs erfüllt sind; es kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen dazu verwiesen werden (Urk. 24 S. 9 f., Ziff. 2).

E. 4.2

Der Vorinstanz kann auch mit ihren Erwägungen zu den subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs zugestimmt werden, weshalb auch darauf verwiesen werden kann (Urk. 24 S. 10, Ziff. 3. und Ziff. 4.). Zu Recht ging die Vorinstanz von einer ungünstigen Prognose aus, nachdem die bereits erfolgten Verurteilungen den Beschuldigten in keiner Weise davon hatten abhalten können, weiterhin gegen das Ausländergesetz zu verstossen und er auch zum Ausdruck brachte, dem Gesetz weiterhin nicht Folge leisten zu wollen (Urk. 15 S. 2). Demzufolge sind die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs in subjektiver Hinsicht nicht gegeben, weshalb die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.

E. 4.3

Hinsichtlich der Busse ist der bedingte Strafvollzug von Gesetzes wegen ausgeschlossen; sie ist zu bezahlen. IV. Kostenfolge 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 7) zu bestätigen. 2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO), wobei auch bei einer unwesentlichen Abänderung des angefochtenen Entscheides die Kosten der Partei auferlegt werden können, die das Rechtsmittel ergriffen hat (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Da lediglich die Höhe der Busse zugunsten des Beschuldigten abzuändern ist (mit entsprechender Anpassung der Ersatzfreiheitsstrafe) und es sich dabei um eine unwesentliche Abänderung handelt, sind die Kosten des Rechtsmit-

- 13 - telverfahrens – ausgenommen der Kosten für die amtliche Verteidigung – dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, unter dem Vorbehalt einer Rückzahlung nach Art. 135 Abs. 4 StPO, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

E. 5

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

E. 6

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 1'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 800.– Gebühr Anklagebehörde Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

- 3 -

E. 7

März 2012 rechtzeitig einen "Rekurs" ein (Urk. 19), der vom Inhalt her als Berufung zu behandeln ist (Art. 385 Abs. 3 StPO) und auch die Berufungserklärung enthält (Art. 399 Abs. 3 StPO). Gleichzeitig stellte der Beschuldigte sinngemäss ein Gesuch um amtliche Verteidigung (Urk. 19). 2. Am 25. Juni 2012 gingen die Akten hierorts ein. Mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2012 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zu- gestellt und Frist zu einer allfälligen Anschlussberufung oder zu einem Nichteintretensantrag angesetzt. Mit gleicher Verfügung wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, einen Anwalt seiner Wahl als amtlichen Verteidiger vorzuschlagen und Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 25). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 6. Juli 2012 auf Anschlussberufung (Urk. 27). Der Beschuldigte reichte mit Schreiben vom 10. Juli 2012 das ausgefüllte Datenerfassungsblatt zu den Akten (Urk. 28), machte in Bezug auf die von ihm beantragte amtliche Verteidigung von seinem Vorschlagsrecht jedoch keinen Gebrauch, weshalb ihm mit Präsidialverfügung vom 7. August 2012 – in Anwendung von Art. 132 StPO – Rechtsanwältin MLaw X._____ als amtliche Verteidigerin bestellt wurde (Urk. 30). 3. Am 22. August 2012 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen, anlässlich welcher der Beschuldigte die eingangs wiedergegebenen Anträge stellen liess.

- 5 - II. Umfang der Berufung / Rechtskraft / Beanstandungen 1. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich zunächst gegen Ziff. 3 und 5 des vorinstanzlichen Urteils (vgl. dazu Urk. 34 S. 2); angefochten sind mithin die Strafhöhe sowie die Ersatzfreiheitsstrafe. Unter diesen Umständen sind im Berufungsverfahren praxisgemäss jedoch sämtliche mit der Strafzumessung im Zusammenhang stehenden Punkte zu überprüfen. Darüber hinaus ist Gegenstand der Berufung Ziff. 7 (Kostenaufgabe). 2. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung lediglich im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Somit ist festzustellen, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Zürich vom 7. März 2012 betreffend Dispositivziffer 1 (Schuldspruch) sowie Dispositivziffer 6 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist. III. Strafe 1. Vorbemerkungen

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