

ZH_OBERGERICHT SB140089 vom 19. Februar 2015

ZH Obergericht, 2015-02-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140089

FR: ZH_OBERGERICHT SB140089 du 19 février 2015

IT: ZH_OBERGERICHT SB140089 del 19 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Verfügung vom 12. März 2013 vereinigte die Vorinstanz das Verfahren GB120030 mit dem vorliegenden vorinstanzlichen Verfahren GG120331 und schrieb das erstgenannte Verfahren als erledigt ab (Dispositivziffer 1). Mit vor- instanzlichem Urteil vom gleichen Tag wurde das Verfahren betreffend rechtswid- rigen Aufenthalt vom 11. August 2011 bis zum 9. Januar 2012 im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG definitiv eingestellt (Dispositivziffer 1). Sodann wurde der Beschuldigte des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie der Übertretung im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG schuldig gesprochen (Disposi- tivziffer 2) und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Dispositivziffern 3 und 4; unter Anrechnung von 4 Tagen erstandener Haft).

E. 1.2

Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 12. März 2013 mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 19), meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 15. März 2013 (Poststempel vom 18. März 2013) innert der zehntägigen Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO (i.V.m. Art. 90 Abs. 2 StPO) Berufung an (Urk. 27). Am 20. Januar 2014 wurde dem Beschuldigten das begründete Urteil zugestellt (Urk. 32/2). Die Beru- fungserklärung des Beschuldigten erfolgte mit Eingabe vom 10. Februar 2014 (Urk. 35) und damit innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO (i.V.m. Art. 90 Abs. 2 StPO). Mit Präsidialverfügung vom 12. März 2014 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft sowie der Privat- klägerin zugestellt (Urk. 39). Mit Eingabe vom 9. April 2014 erklärte die Staats- anwaltschaft innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO Anschlussberufung (Urk. 43). Die Privatklägerin liess sich nicht vernehmen. Am 6. Juni 2014 wurden die Parteien auf den 4. September 2014 zur Berufungs- verhandlung vorgeladen (Urk. 50).

- 6 -

E. 1.3

Mit Eingabe vom 28. August 2014 teilte Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ dem Obergericht mit, die erbetene Verteidigung des Beschuldigten übernommen zu haben; gleichzeitig ersuchte er um Verschiebung der Berufungsverhandlung (Urk. 54). Mit Präsidialverfügung vom 29. August 2014 wurde Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten entlassen und für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit Fr. 605.20

aus der Gerichtskasse entschädigt; weiter wurden den Parteien die auf den 4. September 2014 erlassenen Vorladungen abgenommen (Urk. 60). Mit Schreiben vom 29. August 2014 wurde der neu eingesetzte Verteidiger aufgefordert, dem Obergericht mitzuteilen, ob er an der von seinem Vorgänger eingereichten Berufung vollumfänglich oder nur teilweise festhalte oder ob er die Berufung zurückziehe (Urk. 62). Nach zweimalig erstreckter Frist teilte der Verteidiger mit, der Beschuldigte akzeptiere den Schuldspruch wegen mehrfachen Diebstahls, beanstande aber weiterhin die Schuldsprüche wegen rechtswidrigen Aufenthalts und wegen der Übertretung des AuG sowie das Strafmass (Urk. 67).

E. 1.4

Am 6. Januar 2015 wurden die Parteien auf den 19. Februar 2015 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 70).

E. 1.5

Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte die Verteidigung, es sei bei der Algerischen Botschaft in Genf abzuklären, welche Bemühungen der Beschuldigte zur Beschaffung von Reisepapieren unternommen habe (Urk. 80 S. 4 ff.; Prot. II S. 10 ff. und 16 f.). Auf diesen Antrag wird an gegebener Stelle zurückzukommen sein.

E. 2

Umfang der Berufung Die Berufung des Beschuldigten richtet sich, wie eben erwähnt, gegen die beiden ausländerrechtlichen Schuldsprüche sowie gegen das Strafmass (Urk. 67). Nicht angefochten werden die Dispositivziffer 1 (Einstellung des Verfahrens betreffend rechtswidrigen Aufenthalt vom 11. August 2011 bis zum 9. Januar 2012 im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG), die Dispositivziffer 2, 1. Lemma (Schuldspruch wegen mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB), die Dispositivziffer 6 (Abweisung der Genugtuungsforderung), die Dispositivziffer 7 (Kosten-

- 7 - festsetzung) sowie die Dispositivziffer 9 (Regelung der Kosten der Untersuchung des Verfahrens GB120030). Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft bezieht sich lediglich auf das Strafmass (Urk. 43). Damit ist das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf Dispositivziffern 1, 2 [nur 1. Lemma], 6, 7 und 9 in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO; vgl. Prot. II S. 8 ff.), was vorab festzustellen ist.

E. 3

Sachverhalt und rechtliche Würdigung

E. 3.1

Der Beschuldigte hält sich seit Jahren ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz auf, nachdem sein Asylgesuch am 10. Juni 1996 vom Bundesamt für Flüchtlinge abgewiesen worden war. Die letzte einschlägige Verfügung datiert vom 11. August 2011. Darin wies das Migrationsamt des Kantons Zürich das Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten vom 31. Dezember 2010 um eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz ab (Urk. 26/3). Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen. Wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) wurde der Beschuldigte zuletzt mit Ordonnance pénale des Genfer Ministère public vom 8. März 2012 bestraft, und zwar für die Aufenthaltszeitspanne vom 29. April 2010 (Datum der damals letzten einschlägigen Verurteilung) bis zum 6. März 2012, wobei sich der Beschuldigte bis zum 8. März 2012 in Haft befand (Urk. 26/20 S. 1). Vorliegend angeklagt ist die Zeitspanne vom 9. März 2012 bis zum 17.

Juni 2012, dem Datum des zweiten Diebstahls. Wie erwähnt, wurde das Verfahren betreffend rechtswidrigen Aufenthalt vom 11. August 2011 bis zum 9. Januar 2012 gemäss Strafbefehl vom 10. Januar 2012 (Urk. 26/8, 1. Lemma) rechtskräftig eingestellt.

E. 3.2

Fest steht, dass der Beschuldigte über keinen gültigen Aufenthaltstitel verfügt. Er macht indes im Wesentlichen geltend, ihm sei die Ausreise objektiv unmöglich, da er nicht über die dafür notwendigen Schriftstücke verfüge bzw. diese auch nicht beschaffen könne.

E. 3.3

Die Strafbarkeit gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG setzt voraus, dass es der betroffenen ausländischen Person – etwa aufgrund einer Weigerung des Heimatlands, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen – objektiv nicht unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig

- 8 - in das Heimatland zurückzukehren. Andernfalls kann ihr der Normverstoss nicht zur Last gelegt werden bzw. darf sie wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht bestraft werden. Das strafrechtliche Schuldprinzip setzt nämlich die Freiheit voraus, anders handeln zu können (Urteil des Bundesgerichts 6B_783/2011 vom 2. März 2012 E. 1.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2., je mit Hinweisen).

E. 3.4

Vorliegend können auch Aussagen des Beschuldigten berücksichtigt werden, die dieser vor Beginn der Zeitspanne gemacht hat, die vorliegend zu beurteilen ist (also vor dem 9. März 2012); dies gilt für seine Aussagen vom 10. Januar 2012 (Urk. 26/2) sowie vom 1. März 2012 (Urk. 26/10); allerdings sind diese Aussagen im Verbund mit Aussagen zu würdigen, die der Beschuldigte danach gemacht hat. Der Beschuldigte führte in der Ersteinvernahme vom 10. Januar 2012 aus, er sei im Jahr 2008 (Urk. 26/2 Ziff. 8) mit einem algerischen Reisepass (Urk. 26/2 Ziff. 9) lautend auf seinen richtigen Namen A1._____ (Urk. 26/2 Ziff. 10 und 4) in die Schweiz eingereist und habe den Pass alsdann verloren (Urk. 26/2 Ziff. 11 Satz 1). Er wisse nicht, wo und wann er den Pass verloren habe (Urk. 26/2 Ziff. 11 Satz 2). In der Zweiteinvernahme vom 1. März 2012 sagte der Beschuldigte demgegenüber aus, er habe den Pass in Zürich verloren, und zwar irgendwann im Jahr 2008 (Urk. 26/10 S. 3 unten). Dass er sich zunächst weder an Zeit und Ort des Verlusts erinnert, rund zwei Monate später dann aber schon, erscheint sonderbar. Ungewöhnlich erscheint auch, dass der Beschuldigte den Verlust des Passes nirgends gemeldet hat, da er einfach annahm, wenn jemand den Pass finde, werde er ihm diesen schon zurückbringen (Urk. 26/10 S. 3 unten). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, er habe den Pass, mit dem er in die Schweiz eingereist sei, ca. im Jahr 2010 verloren. Er wisse nicht, wo er ihn verloren habe (Urk. 76 S. 10). Diese Aussage steht in Widerspruch zu den Angaben des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme vom 1. März 2012, wonach er den Pass irgendwann im Jahr 2008 in Zürich verloren habe. Auf Vorhalt konnte der Beschuldigte seine widersprüchlichen Angaben nicht erklären (vgl. Urk. 76 S. 11).

- 9 -

E. 3.5

Auf die Frage, was er unternommen habe, um neue Reisepapiere zu erhalten, antwortete der Beschuldigte in der Einvernahme vom 10. Januar 2012, er habe nichts unternommen (Urk. 26/2 Ziff. 22). Rund zwei Monate später führte er in der Einvernahme vom 1. März

2012 diesbezüglich aus, er habe versucht, beim algerischen Konsulat in Genf einen neuen Pass zu erhalten, und zwar im vergangenen Jahr (d.h. 2011), als er das Wiedererwägungsgesuch gestellt habe (Urk. 26/10 S. 2 ganz unten). Die Anschlussfrage, ob er nach dem 11. August 2011 (Datum des Entscheids des Migrationsamts über das Wiedererwägungsgesuch) beim Konsulat in Genf gewesen sei, bejahte er (Urk. 26/10 S. 2 ganz unten sowie S. 3 ganz oben). Somit macht der Beschuldigte geltend, er sei im Jahr 2011, aber nach dem 11. August 2011 beim Konsulat in Genf gewesen, während er in der vorherigen Einvernahme vom 10. Januar 2012, wie vorstehend erwähnt, aber noch pauschal vorbrachte, er habe nichts unternommen, um neue Papiere zu beschaffen (Urk. 26/2 Ziff. 22). In der Einvernahme vom 18. Juni 2012 gab der Beschuldigte pauschal an, er sei vor ein paar Monaten auf der Botschaft gewesen, habe aber keinen Pass erhalten, wobei er auch auf konkrete Nachfrage hin keine näheren Angaben machen konnte (HD Urk. 3 S. 6 f. Ziff. 48 ff.). In der Einvernahme vom 3. September 2012 antwortete er weiter auf die Frage, wann er auf der Botschaft gewesen sei, sein Anwalt (damals noch Rechtsanwalt lic. iur. X._____) wisse dies; der Anwalt des Beschuldigten konnte dazu jedoch keine Angaben machen bzw. Belege einreichen (HD Urk. 5 S. 5 unten). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. März 2013 gab der Beschuldigte wiederum pauschal an, er sei im Konsulat in Genf gewesen, er habe dort jedoch keinen Pass erhalten, man habe ihn weggeschickt. Auf entsprechende Frage seines damaligen Verteidigers führte der Beschuldigte aus, er habe seinen Verteidiger beim Verlassen der Botschaft angerufen und ihm erzählt, was passiert sei (Urk. 22 S. 5 ganz unten). Auf suggestive Anschlussfrage des Verteidigers hin bestätigt der Beschuldigte, dass er versucht habe, den Konsularbeamten ans Telefon zu bringen, was jedoch nicht funktioniert habe (Urk. 22 S. 6 ganz oben). Abgesehen von der Suggestionsproblematik erscheint hier sonderbar, wie der Beschuldigte versucht haben soll, den Beamten ans Telefon zu bringen, wenn er doch seinen Anruf erst beim Verlassen der Botschaft tätigte.

- 10 - Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, er habe mehrmals Kontakt mit den Algerischen Behörden gehabt, um einen Pass zu beschaffen. Er sei fünfmal in Genf und einmal in Bern gewesen. Man habe ihm jedoch keinen Pass gegeben (Urk. 76 S. 5, 9 und 11 ff.). Auf die Frage, ob er belegen könne, dass er sich an die Algerischen Behörden gewandt habe, führte der Beschuldigte aus, er habe von einem Mitarbeiter des Konsulats in Genf einen Zettel mit dessen Emailadresse und Telefonnummer erhalten, und reichte ein entsprechendes Dokument zu den Akten (Urk. 77). C.____ sei der Name des Mitarbeiters, mit dem er gesprochen habe. Man habe ihm gesagt, dass er den Zettel seinem Anwalt geben solle. Er habe auch die Handynummer von C.____ erhalten. In der Folge habe er sofort seinen Anwalt, Rechtsanwalt lic. iur. X.____, angerufen und ihm den Zettel gegeben. Sein Anwalt habe jedoch nicht geschrieben (Urk. 76 S. 11 f. und 15 f.). Auf die Frage, wann er mit C.____ gesprochen habe, gab der Beschuldigte an, er wisse es nicht mehr. Es sei sicher 2012 und 2013 gewesen (Urk. 76 S. 15). Im vorliegenden Verfahren ist wie erwähnt zu prüfen, ob sich der Beschuldigte in der Zeitspanne vom 9. März 2012 bis zum 17. Juni 2012 rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten hat (vgl. dazu Ziff. 3.1.). Sollte sich der vom Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung behauptete Vorfall erst nach diesem Zeitraum ereignet haben, wäre er für das vorliegende Verfahren irrelevant. Massgebend sind lediglich Bemühungen, die der Beschuldigte in der eingeklagten Zeitspanne unternommen hat. Als der Beschuldigte in der Untersuchung und vor Vorinstanz auf seine Bemühungen zur Papierbeschaffung angesprochen wurde, erwähnte er nicht, dass er beim Algerischen Konsulat in Genf einen solchen Zettel erhalten hat.

Anlässlich der Einvernahme vom 10. Januar 2012 gab er vielmehr an, er habe nichts unternommen, um neue Papiere zu beschaffen (Urk. 26/2 Ziff. 22). In den folgenden Einvernahmen machte der Beschuldigte zwar geltend, Bemühungen zur Papierbeschaffung unternommen zu haben, machte jedoch keine weiteren konkreten Angaben dazu und reichte auch keine Belege ein. Auch der frühere Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erwähnte das vom Konsulat in Genf ausgehändigte Dokument nicht, obwohl er anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 3. September 2012

- 11 - ausdrücklich dazu aufgefordert wurde, Belege dafür einzureichen, dass der Beschuldigte bei den Algerischen Behörden gewesen sei (HD Urk. 5 S. 5). Vor diesem Hintergrund wirkt die Behauptung des Beschuldigten, er habe den von ihm eingereichten Zettel beim Algerischen Konsulat in Genf erhalten, nachgeschoben und alles anders als glaubhaft. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieses Dokument von Seiten des Beschuldigten nie erwähnt wurde, bildeten die von ihm unternommenen Bemühungen zur Beschaffung von Reisedokumenten doch das Hauptthema des vorliegenden Strafverfahrens. Diesen Umstand vermochte auch der Beschuldigte nicht zu erklären (Urk. 76 S. 16). Unabhängig davon ist der vom Beschuldigten eingereichte Zettel auch nicht dazu geeignet, die Unmöglichkeit der Papierbeschaffung glaubhaft zu machen. So enthält der Zettel lediglich eine private Emailadresse sowie die offizielle Telefonnummer des Algerischen Konsulats in Genf, welche handschriftlich ergänzt wurde (vgl. Urk. 77). Form und Darstellung sprechen gegen das Vorliegen eines offiziellen Dokuments. Dass die Algerischen Behörden ihre Kontaktdaten auf diese Art und nicht etwa in Form einer Visitenkarte bekannt geben, ist jedenfalls nicht anzunehmen. Im Übrigen kann allein aus dem Umstand, dass der Beschuldigte über die Kontaktdaten (eines Mitarbeiters) des Algerischen Konsulats verfügt, nicht auf ernsthafte Bemühungen zur Papierbeschaffung geschlossen werden. In diesem Fall wäre vielmehr zu erwarten, dass er mehr als nur einen Zettel mit einer Emailadresse und einer Telefonnummer vorweisen könnte. Soweit die Verteidigung geltend macht, dass nicht nur der Beschuldigte, sondern auch die Migrationsbehörden Probleme mit den Algerischen Behörden hätten (Urk. 80 S. 4 ff.), ist festzuhalten, dass die Zusammenarbeit mit den Algerischen Stellen zwar (noch) nicht reibungslos verläuft. Massgebend ist jedoch, dass eine Zusammenarbeit möglich ist (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Antwort des Bundesrates zur Anfrage Romano 14.1048 vom 19. Juni 2014).

E. 3.6

Wie erwähnt, beantragte der Verteidiger im Berufungsverfahren, es sei bei der Algerischen Botschaft abzuklären, welche Bemühungen der Beschuldigte zur Papierbeschaffung unternommen habe. Zwar sei es nicht am Beschuldigten zu beweisen, dass er seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen sei. Abklärungen

- 12 - bei der Botschaft würden jedoch ergeben, dass der Beschuldigte mehrmals bei der Botschaft vorgesprochen habe, ihm aber nie Reisepapiere ausgestellt worden seien (Urk. 80 S. 4 ff.; Prot. II S. 10 ff. und 16 f.). Gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Weigert sich der Beschuldigte, zu seiner Entlastung erforderliche Angaben zu machen und fehlen Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner entlastenden Behauptungen, darf das Gericht in freier Beweiswürdigung zum Schluss kommen, dessen Vorbringen seien als ungläubhaft zu qualifizieren. Darin liegt weder eine Verletzung des Aussageverweigerungsrechts des Beschuldigten noch eine verfassungswidrige Umkehr der Beweislast (Urteil des Bundesgerichts 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 E. 4.1 mit Hinweisen; Urteil des

Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014 E. 4.4). Vorliegend legen die vorstehend dargelegten Widersprüche, logischen Inkonsistenzen sowie die damit einhergehende Detailarmut der Darstellung den Schluss nahe, dass es sich bei den Behauptungen des Beschuldigten betreffend Unmöglichkeit der Passbeschaffung um reine Schutzbehauptungen handelt. Die vom Beschuldigten geltend gemachten Bemühungen zur Beschaffung von Reisedokumenten wurden nicht ansatzweise glaubhaft gemacht, weshalb es sich erübrigt, diesbezüglich weitere Abklärungen bei den Algerischen Behörden zu treffen.

E. 3.7

Nach dem Gesagten steht die Rechtswidrigkeit des Aufenthalts des Beschuldigten im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG fest. Gleichzeitig hat sich der Beschuldigte mit diesem Verhalten einer vorsätzlichen Übertretung gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von Ausweispapieren) schuldig gemacht.

E. 4

Strafzumessung

E. 4.1

Vorliegend sind drei Vergehen zu beurteilen, nämlich zwei Diebstähle gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe) sowie ein Verstoss gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe). Weiter zu beurteilen gilt es eine Übertretung (Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG). Entsprechend der höheren Strafandrohung bildet Diebstahl das

- 13 - schwerere Delikt. Von den beiden Diebstählen erweist sich derjenige gemäss ND 2 als schwerwiegender, da der Beschuldigte beim Diebstahl gemäss HD das Portemonnaie schliesslich doch wieder zurücklegte.

E. 4.2

Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, liegt die auszufällende Strafe im Anwendungsbereich von Art. 40 StGB, so dass angesichts der zahlreichen Vorstrafen des Beschuldigten einzig eine Freiheitsstrafe in Frage kommt. Auch eine Gesamtwürdigung aller Umstände (wie persönliche und finanzielle Situation sowie soziale Integration des Beschuldigten) führt zu keinem anderen Ergebnis.

E. 4.3

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Juni 2013 wurde der Beschuldigte wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 180 Tagen verurteilt (Urk. 53). Mit Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 16. Mai 2014 wurde er sodann wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Monaten verurteilt, als Zusatzstrafe zu den Urteilen des Ministère public du canton de Genève vom 8. März 2012 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Juni 2013 (Urk. 78). Schliesslich wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. November 2014 wegen versuchten Diebstahls mit einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten bestraft (Urk. 79). Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilenden Taten vor diesen Verurteilungen, weshalb sich die Frage stellt, ob eine Zusatzstrafe auszufallen ist. Der Diebstahl gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Juni 2013

wurde vom Beschuldigten erst nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils im vorliegenden Verfahren begangen. Ebenso der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. November 2014 beurteilte Diebstahlversuch. Aus Sicht des erstinstanzlichen Gerichts lag deshalb von vorneher- ein kein Fall von retrospektiver Konkurrenz vor. Ein solcher ist auch vorliegend nicht gegeben, denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 138 IV 113 insb. E. 3.4.3 S. 116 f.) ist eine Zusatzstrafe nur dann zu verhängen, wenn die zweite Tat vor dem Urteilsdatum der ersten Verurteilung begangen wurde (und nicht vor Eintritt der Rechtskraft des ersten Urteils, d.h. also beispielsweise – wie vorliegend – während laufendem Berufungsverfahren).

- 14 - Demgegenüber wurde die mit Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 16. Mai 2014 beurteilte Tat am 19. November 2010 und damit vor dem erstinstanzlichen Urteil im vorliegenden Verfahren begangen. Es ist deshalb heute eine Zusatzstrafe zum Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt auszufällen. Dabei ist zunächst unter Einbezug der rechtskräftig beurteilten Straftat eine hypothetische Gesamtstrafe für alle Straftaten festzulegen, wie wenn diese gleichzeitig zur Verurteilung gelangt wären, und anschliessend unter Beachtung der rechtskräftig festgesetzten Strafe die für die neu zu beurteilenden Delikte auszufällende Zusatzstrafe zu bestimmen (vgl. BGE 132 IV 102 E. 8.3).

E. 4.4

Der Beschuldigte griff im Rahmen der Deliktsbegehung gemäss ND 2 in eine an einer Stuhllehne hängende Handtasche hinein und behändigte Geldscheine aus dem dort befindlichen Portemonnaie. Dieses Vorgehen zeugt nicht von besonderer Raffiniertheit. Ergriffen hat der Beschuldigte letztlich Geldscheine im Wert von Fr. 161.60, welche er – nachdem er ertappt wurde – unmittelbar wieder fallen liess. Zwar war sein Wille auf die Erbeutung eines möglichst hohen Geldbetrags gerichtet, wobei ihm allerdings lediglich eine hypothetische Betragshöhe vorgeworfen werden kann, die gemeinhin in Portemonnaiesbar mitgeführt zu werden pflegt. Nach dem Gesagten erweist sich die objektive Tatschwere als sehr leicht. Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Andere als finanzielle Motive für die Tat sind nicht ersichtlich. Die knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten vermögen seine Tat zwar ebenso wenig zu rechtfertigen wie seine schwierige persönliche Situation. Diese Umstände lassen sein Verschulden jedoch in einem etwas milderem Licht erscheinen. Als erste hypothetische Einsatzstrafe erscheint eine Freiheitsstrafe von 2 Monaten als angemessen. Die objektive Tatschwere des Diebstahls gemäss HD erweist sich als noch leichter als der Diebstahl gemäss ND 2, denn beim Diebstahl gemäss HD legte der Beschuldigte das Portemonnaie bei Herannahen des Kellners von sich aus wieder in die Tasche zurück. Auch die Tatschwere des Verstosses gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG liegt – mit Blick auf die angeklagte kurze Zeitspanne von rund drei Monaten – im unteren Bereich. Insgesamt erscheint es angemessen, die

- 15 - erste hypothetische Einsatzstrafe um einen Monat zu erhöhen. Damit beträgt die zweite hypothetische Einsatzstrafe 3 Monate.

E. 4.5

In Bezug auf den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 34 S. 16 Ziff. 3.1; Art. 82 Abs. 4 StPO). Es ergeben sich daraus keine strafzumessungsrechtlich relevanten Faktoren. Aus dem Strafregisterauszug des Beschuldigten (Urk. 53) ergibt sich eine regel-

mässige Delinquenz, beginnend ab dem Jahr 2000. Insgesamt sind es acht Vorstrafen, wobei nur sieben davon Vorstrafen im technischen Sinne bilden, da die jüngste Vorstrafe (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Juni 2013) erst nach der Fällung des vorliegend angefochtenen Urteils ergangen ist. Fünf dieser sieben Vorstrafen ergingen unter anderem wegen Diebstahls, zwei wegen Verstössen gegen das Ausländergesetz. Insofern besteht eine quantitativ hohe und einschlägige Vorstrafensituation. Der Beschuldigte beging die vorliegenden beiden Diebstähle (15. und 17. Juni 2012) zudem nur rund drei Monate nach seiner letzten einschlägigen Verurteilung im Kanton Genf (Ordonnance pénale vom 8. März 2012; Urk. 12/4). Wenn die Verteidigung hierzu geltend macht, die Vorstrafen des Beschuldigten seien nicht strafehöhend, sondern eher zu seinen Gunsten zu berücksichtigen (Urk. 80 S. 3), kann ihr nicht gefolgt werden. In einem Teil der Lehre wird zwar auch die Auffassung vertreten, dass nicht immer beim Vorliegen von Vorstrafen von einer Erhöhung der Strafe auszugehen sei und dass aus dem Rückfall nicht stets auf gesteigerte kriminelle Energie geschlossen werden könne. Aber auch nach dieser Auffassung führt eine Vorstrafe zu einer Straferhöhung, wenn die Tatschuld dadurch gesteigert ist, dass sich der Täter zielgerichtet gegen die Sozialnormen auflehnt, deren Gültigkeit ihm persönlich durch eine frühere Verurteilung wegen eines gleichen oder ähnlichen Delikts verdeutlicht worden ist und wo eine "hartnäckige Rechtsfeindlichkeit" angenommen werden muss (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 137, mit diversen Verweisen). In BGE 136 IV 1 E. 2.6.2 hält das Bundesgericht gar ohne Einschränkung kurz und bündig fest, dass Vorstrafen strafehöhend gewichtet würden. Vorliegend hat der Be-

- 16 - schuldigte während einer langen Zeitspanne immer wieder strafbare Handlungen begangen. Dabei handelte es sich, wie bereits ausgeführt, zumeist um Vermögensdelikte sowie um Verstösse gegen das Ausländergesetz. Sämtliche bisherigen gegen den Beschuldigten verhängten Sanktionen – auch mehrmonatige Freiheitsstrafen – zeigten keinerlei Wirkung. Damit offenbart das Verhalten des Beschuldigten zweifelsohne eine bedenkliche Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung. Nach dem Gesagten ziehen die Vorstrafensituation sowie die erneute einschlägige Delinquenz kurz nach ergangener Verurteilung eine erhebliche Straferhöhung nach sich, so dass die zweite hypothetische Einsatzstrafe auf 6 Monate zu erhöhen ist. Die ausländerrechtlichen Delikte hat der Beschuldigte nicht gestanden, so dass diesbezüglich auch von Reue und Einsicht nicht die Rede sein kann. Den Vorwurf des mehrfachen Diebstahls gestand er erst im Vorfeld der neu angesetzten Berufungsverhandlung ein (Urk. 67). Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren sowie Reue und Einsicht (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 167 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens zugunsten des Täters einbezogen werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt. Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur auf Grund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil des Bundesgerichts 6P.531/2006 vom 24. Januar 2007 E. 3.6.3). In der Untersuchung, vor der Vorinstanz und noch in seiner ersten Berufungserklärung, welche noch von seinem früheren Verteidiger eingereicht wurde

(Urk. 35 S. 2 Ziff. 1), bestritt der Beschuldigte den Vorwurf des mehrfachen Diebstahls. Durch das Geständnis des Beschuldigten wurde die Strafuntersuchung deshalb in

- 17 - keiner Art und Weise erleichtert. Auch die Vorinstanz hatte noch eine umfassende Beweiswürdigung vornehmen, und auch die Berufungsinstanz musste sich im Vorfeld der ersten Berufungsverhandlung (welche auf Ersuchen des Beschuldigten hin kurzfristig abgesagt wurde) auf eine solche vorbereiten. Vor diesem Hintergrund erscheint es in Übereinstimmung mit der vorstehend erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegend nicht angezeigt, dem späten Geständnis des Beschuldigten eine strafmindernde Wirkung beizumessen.

E. 4.6

In Würdigung der obgenannten Kriterien erweist sich für die im vorliegenden Verfahren zur Beurteilung stehenden Delikte eine Strafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

E. 4.7

Die vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 16. Mai 2014 für das damals zu beurteilende Delikt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 2 ½ Monaten erscheint dem Verschulden des Beschuldigten angemessen und kann übernommen werden. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erweist sich eine hypothetische Gesamtstrafe von 7 ½ Monaten Freiheitsstrafe für die vorliegend zu beurteilenden Delikte sowie die abgeurteilte Straftat angemessen. Davon sind die bereits mit Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt ausgesprochenen 2 ½ Monate Freiheitsstrafe abzuziehen. Dementsprechend ist der Beschuldigte heute mit einer Freiheitsstrafe von

E. 4.8

Die von der Vorinstanz für die Übertretung des Ausländergesetzes ausgesprochene Busse von Fr. 300.– (Urk. 34 S. 18 Ziff. 6.2) erscheint dem Verschulden und den Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse ist praxismässig auf drei Tage festzusetzen.

E. 5

Vollzug Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf,

- 18 - wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Ein Blick in den Strafregisterauszug des Beschuldigten zeigt, dass vorliegend kein Fall von Art. 42 Abs. 2 StGB gegeben ist (Urk. 53). Aufgrund der zahlreichen einschlägigen Vorstrafen erweist sich der unbedingte Strafvollzug ohne weiteres als notwendig, um den Täter nach Massgabe von Art. 42 Abs. 1 StGB von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.

E. 6

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 6.1

Bei diesem Verfahrensausgang ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8 und 10) zu bestätigen.

E. 6.2

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Im Lichte einer interessengemässen Gewichtung der Anträge sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der früheren amtlichen Verteidigung, im Umfang von 4/5 dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Umfang von 1/5 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung sind im Umfang von 1/5 definitiv und im Umfang von 4/5 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ist im Umfang von 4/5 vorzubehalten. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen. Das vorliegende Verfahren kann zu den alltäglichen Standardfällen gezählt werden. Bei der Bemessung der Entschädigung für die anwaltliche Verteidigung ist deshalb von den in der Anwaltsgebührenverordnung angeführten Ansätzen auszugehen. Gemäss Anwaltsgebührenverordnung beträgt die Gebühr für die Führung eines Strafprozesses (einschliess-

- lich Vorbereitung des Parteivortrages und Teilnahme an der Hauptverhandlung) im Bereich der Zuständigkeit des Einzelgerichts in der Regel Fr. 600.– bis Fr. 8'000.– (§ 17 Abs. 1 AnwGebV). Diese Ansätze gelten auch im Berufungsverfahren, wobei zu berücksichtigen ist, ob das vorinstanzliche Urteil ganz oder nur teilweise angefochten wurde (§ 18 Abs. 1 AnwGebV). Innerhalb dieses Rahmens wird die Grundgebühr nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen und Schwierigkeiten des Falles, bemessen (vgl. § 2 AnwGebV). Vorliegend handelt es sich sowohl in sachlicher wie auch rechtlicher Hinsicht nicht um einen schwierigen Fall. Die Festsetzung einer Gebühr von mehr als Fr. 3'000.– erweist sich daher nicht als angezeigt. Entsprechend ist dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 700.–, inkl. MwSt., aus der Gerichtskasse zuzusprechen, wobei das Verrechnungsrecht des Staates vorzubehalten ist. Es wird beschlossen:

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