

ZH_OBERGERICHT SB160237 vom 25. Oktober 2016

ZH Obergericht, 2016-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160237

FR: ZH_OBERGERICHT SB160237 du 25 octobre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160237 del 25 ottobre 2016

Erwägungen

E. 1

Der Prozessverlauf im Vorverfahren und vor erster Instanz, einschliesslich der Einstellung des Verfahrens betreffend den Vorwurf des rechtswidrigen Auf- enthalts (Urk. 15; vgl. ferner Urk. 12/8/3) und des Beschwerdeverfahrens vor dem Obergericht Zürich, III. Strafkammer (Urk. 22-28), ergibt sich aus dem angefoch- tenen Urteil. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 62 S. 3 f.).

E. 1.1

Hinsichtlich des anwendbaren (ordentlichen) Strafrahmens, der Verneinung des Handelns aus achtenswerten Beweggründen im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB und der allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf das Urteil des Bezirksgerichts verwiesen werden (Urk. 62 S. 13-15; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.2

Tatkomponenten

E. 1.2.1

Bei der Bewertung der objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz den De- liktszeitraum von insgesamt ca. sechs Monaten zwar richtig als relativ kurz bewor- tet, aber ebenso korrekt berücksichtigt, dass der Beschuldigte hinsichtlich beider Deliktsphasen in anderem Zusammenhang und daher zufällig bei der illegalen Erwerbstätigkeit ertappt wurde und dass es sich um mehrfache Delinquenz sehr kurz hintereinander handelt. Angesichts des Deliktsbetrages von zwischen Fr. 8'000.– und Fr. 10'500.– und des nicht besonders raffinierten Vorgehens ge- langte die Vorinstanz nachvollziehbar zu einer noch leichten objektiven Tatschwe- re.

E. 1.2.2

Zur subjektiven Tatschwere hielt die Vorinstanz dafür, dass das Motiv des Beschuldigten, er habe einfach seinen Lebensunterhalt verdienen wollen (Urk. 10 S. 6 und 9), wohl einleuchte, aber zu relativieren sei, da es andere – gesetzmäs- sige – Möglichkeiten zur Bestreitung des Lebensunterhaltes gegeben hätte. Wei-

- 18 - ter taxierte sie die von der Verteidigung vorgebrachte Tatsache, dass sich der Be- schuldigte nicht zu anderweitig weitaus kriminellerem Verhalten (Diebstahl, Dro- genhandel, etc.) habe hinreissen lassen, zwar als ehrenwert, aber nicht als ent- lastend (Urk. 62 S. 16 f.). Diese Auffassungen sind zu teilen. Der Beschuldigte entschloss sich gezielt für die illegale Erwerbstätigkeit, obwohl er über ein hinrei- chendes Mass an Entscheidungsfreiheit verfügte, anstelle dieses Unrechts auf le- galem Wege um finanzielle Unterstützung nachzusuchen. Das gilt umso mehr in Anbetracht der einschlägigen Vorstrafe

(Urk. 69) und – bezüglich der zweiten hier zu beurteilenden Deliktsphase ab 1. Dezember 2014 – angesichts der ersten Verhaftung vom 18. November 2014 und des darauf ergangenen Strafbefehls vom 19. November 2014 wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Urk. 5 und 7). Der pauschale Einwand des Verteidigers (Urk. 71 S. 11), dass es zum Tatzeitpunkt kein Sozialamt gegeben habe, welches sich für den Beschuldigten als zuständig erachtet habe, vermag nicht zu überzeugen. Es ist in den Akten nirgends belegt, dass der Beschuldigte in der fraglichen Zeit ein Gesuch um staatliche Unterstützung gestellt hätte und dieses abgelehnt worden wäre, was damit zusammenhängen mag, dass der Beschuldigte gemäss seinen Angaben (Prot. II S. 14 und 17) rund fünf Jahre durch einen Freund unterstützt wurde. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Aussagen inzwischen staatliche Unterstützung durch den Kanton Neuenburg erhält (Prot. II S. 10 f. und S. 14 f.), der für ihn offenbar zuständig ist (Prot. II S. 15: [...] "weil dies mein Kanton sei"), und es ist davon auszugehen, dass ihm diese Möglichkeit auch schon früher zur Verfügung gestanden hätte. Das subjektive Tatverschulden vermag die objektive Tatschwere jedenfalls nicht abzuschwächen.

E. 1.2.3

Bei der Tatkomponente ist im Einklang mit der Vorinstanz von einem noch leichten Verschulden auszugehen, und es rechtfertigt sich – beim gegebenen Strafraumen von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – eine hypothetische Einsatzstrafe von 90 Tagen Freiheitsstrafe bzw. 90 Tagessätzen Geldstrafe oder 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit.

- 19 -

E. 1.3

Täterkomponenten

E. 1.3.1

Biografie Für das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Personalakten (Urk. 14/1), die Ausführungen des Beschuldigten in der Untersuchung (Urk. 10 S. 9 f.) und vor Vorinstanz (Urk. 53 S. 1-6, 9 f.) sowie auf die zusammenfassende Darstellung im angefochtenen Urteil (Urk. 62 S. 17) verwiesen werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, dass er seit eineinhalb Monaten in D._____ [Ortschaft] lebe, wo er vom Kanton Neuenburg staatliche Unterstützung erhalte. Zudem habe er sich vor drei-einhalb Monaten in eine voraussichtlich zwei bis drei Jahre dauernde Behandlung zur Geschlechtsumwandlung zur Frau begeben, in deren Rahmen er psychiatrisch betreut sei und Hormone einnehme (Prot. II S. 6 ff.). Diese Biografie ist trotz des bisher nicht einfachen Lebens des Beschuldigten – entgegen den Ausführungen des Verteidigers (Urk. 71 S. 12 f.) – strafzumessungsneutral zu werten.

E. 1.3.2

Vorstrafen Die im erstinstanzlichen Urteil korrekt aufgelisteten Vorstrafen, eine davon einschlägig, wirken sich straf erhöhend aus (vgl. Urk. 62 S. 18; Urk. 69; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.3.3

Tatbegehung während laufender Probezeit und laufender Untersuchung Zu Recht hat die Vorinstanz auch diese Faktoren straf erhöhend veranschlagt, wobei für die Einzelheiten auf

die dortigen Ausführungen verwiesen sei (Urk. 62 S. 18; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.4

Aufgrund der straf erhöhenden Täterkomponente ist der Vorinstanz folgend die hypothetische Einsatzstrafe um rund einen Drittel auf 120 Tage Freiheitsstrafe bzw. 120 Tagessätze Geldstrafe oder 480 Stunden gemeinnützige Arbeit anzuheben.

- 20 -

E. 1.5

Nachtatverhalten Wenn die Vorinstanz aufgrund des Nachtatverhaltens, wozu das – hier erheblich zu relativierende – Geständnis und die allerdings erst im Gerichtsverfahren bekundete Reue zählen, eine Strafreduktion im Umfang von einem Zwölftel oder

E. 1.6

Opportunitätsprinzip Die Vorinstanz hat die Anwendung des von der Verteidigung ins Feld geführten Opportunitätsprinzips (Urk. 50 S. 10;) richtigerweise verworfen. Auf ihre Begründung kann vorab verwiesen werden (Urk. 62 S. 19 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Darüber hinaus besteht ein öffentliches Interesse an der Ahndung von illegaler Erwerbsarbeit. Wer zudem, wie der Beschuldigte, bereits einschlägig vorbestraft ist und innert weniger Tage nach ergangenem Strafbefehl (19. November 2014; Urk. 5) die dort geahndete Delinquenz ab 1. Dezember 2014 offenbar unbeeindruckt wieder aufnimmt, lässt es an Einsicht fehlen kann sich nicht auf geringfügige Schuld im Sinne von Art. 52 StGB berufen. Denn bei der Würdigung des Verschuldens sind sämtliche relevanten Strafzumessungskriterien gemäss Art. 47 StGB mit Einschluss der Täterkomponenten zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 IV 135 E. 5), wozu wie gesehen das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse gehören, mithin auch die strafrechtliche Biografie und das Kriterium der Einsicht in fehlbares Tun (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar StGB, 19. Aufl. Zürich 2013, Art. 52 N 2 und Art. 47 N 15 mit Hinweisen). Von unerheblich erscheinendem Verhalten, welches die Strafbedürftigkeit entfallen liesse, kann nicht die Rede sein (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 52 N 2 a.E. mit Hinweis). An alledem ändert der Umstand nichts, dass der Beschuldigte gegen den genannten Strafbefehl Einsprache erheben liess (Urk. 9/1) und ein Teil des darin vorgeworfenen Verhaltens Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet.

E. 1.7

In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Strafe in der Höhe von 110 Tagen Freiheitsstrafe bzw. 110 Tagessätzen Geld-

- 21 - strafe als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. 2. Strafart und Vollzug

E. 2

Gegen das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, Einzelgericht, vom 19. Januar 2016 (Urk. 62), meldete der Verteidiger des Beschuldigten noch vor den Schranken mündlich Berufung an (Prot. I S. 11). Gegen das den Parteien schriftlich, in begründeter Fassung, am 27. April 2016 zugestellte Urteil reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 16. Mai 2016 (Poststempel 17. Mai 2016) sodann fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 63) und stellte darin auch diverse Beweisanträge (Urk. 63 S. 4 f.). Innert angesetzter Frist nach Art. 400 Abs. 3 StPO (Urk.

65) verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 67). Beweisanträge stellte sie keine.

E. 2.1

Nach korrekten Ausführungen zu den massgeblichen Kriterien für die Wahl der Straftat sowie zu den Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten und jenen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs – worauf vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 62 S. 20 f.) – kam die Vorinstanz in gesamthafter Würdigung der Täterpersönlichkeit, der mehrfachen strafrechtlichen Vorbelastung, namentlich auch der einschlägigen Vorstrafe, einer erforderlichen Probezeitverlängerung und des offensichtlich unwirksamen Strafvollzugs im Sommer 2014, indem der Beschuldigte nach vorzeitiger Entlassung im August (vgl. Urk. 53 S. 3) sogleich weiter delinquierte, zum überzeugenden Ergebnis, dass dem Beschuldigten keine gute Prognose beschieden werden kann (Urk. 62 S. 21). Vielmehr ist von Wiederholungsgefahr und einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs im Sinne von Art. 42 StGB sind jedenfalls nicht gegeben, weshalb eine unbedingte Strafe auszusprechen ist.

E. 2.2

Damit auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten erkannt werden kann, wird gleichzeitig neben der ungünstigen Legalprognose vorausgesetzt, dass die Vollziehbarkeit einer Geldstrafe oder von gemeinnütziger Arbeit nicht zu erwarten ist (Art. 41 Abs. 1 StGB). Wohl kommt die Anordnung einer Geldstrafe gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich auch für einkommensschwache Täter wie den Beschuldigten in Betracht (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3 und 5.2.4), doch ist vorliegend von offensichtlich fehlender Zahlungsbereitschaft auszugehen (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2). Wie aufgezeigt, hält sich der Beschuldigte ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz auf und verfügt über keine Arbeitsbewilligung, weshalb es ihm nicht möglich ist, auf legalem Weg ein Erwerbseinkommen zu generieren. Gemäss seinen eigenen Aussagen konnte er in der Vergangenheit seinen Unterhalt lediglich dank der Hilfe von Kollegen (Urk. 53 S. 2) bzw. eines Freundes bestreiten (Prot. II S.14 und 17) und

- 22 - erhält er seit eineinhalb Monaten vom Kanton Neuenburg Nothilfeleistungen (Prot. II S. 10 f.). Folglich lebt er seit längerem und bis anhin bereits weit unter dem Existenzminimum und verfügt über kein eigenes Erwerbseinkommen, von dem zur Bemessung des Tagessatzes ausgegangen werden könnte (Art. 34 Abs. 2 StGB). Zudem räumte der Beschuldigte vor Vorinstanz ein, dass er die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. März 2012 unbedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– seines Wissens nicht bezahlt habe (Urk. 53 S. 3). Auch die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. März 2009 ausgefallte Busse in der Höhe von Fr. 500.– sowie die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich Limmat vom 16. März 2012 ausgefallte Busse von Fr. 200.– konnte der Beschuldigte nicht bezahlen (Beizugsakten Geschäfts-Nr. 2011/3812 HD7/1 S. 2 f.; Prot. II S. 11 f.). Übereinstimmend mit der Vorinstanz ist daher festzustellen, dass der Beschuldigte offenkundig bereits bei geringen Geldbeträgen weder zahlungsfähig noch zahlungsbereit ist, was gegen die Vollziehbarkeit einer Geldstrafe spricht und im konkreten Fall zur (ausnahmsweise) begründeten Annahme der Unmöglichkeit eines Vollzugs der Geldstrafe führt. Mit Recht hat die Vorinstanz zusätzlich die fehlende Aufenthaltsberechtigung des Beschuldigten und

die Tatsache, dass er rechtskräftig weggewiesen wurde, berücksichtigt. Auch wenn bisher die Ausreise des Beschuldigten aufgrund fehlender Ausweispapiere nicht erfolgen konnte, ist der Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz ungewiss. Dass der Beschuldigte bis zu seiner Ausreise die Geldstrafe zu begleichen im Stande ist, erscheint aufgrund seiner persönlichen Situation nicht realistisch.

E. 2.3

Aufgrund fehlender Leistungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft liegt somit eine negative Vollstreckungsprognose vor, weshalb der Vollzug der Geldstrafe auszuschliessen ist.

E. 2.4

Auch bezüglich der Frage, ob gemeinnützige Arbeit als Sanktion anzuordnen sei, wie die Verteidigung eventualiter beantragt (Urk. 50 S. 1 und 12; Prot. I S. 8; Urk. 71 S. 17 f.), sind Begründung und Schlussfolgerung im angefochtenen

- 23 - Urteil, die sich auf den bereits zitierten Grundsatzentscheid des Bundesgerichts abstützen, zu übernehmen (Urk. 62 S. 23). Die gemeinnützige Arbeit scheidet vorliegend als unzweckmässige Sanktion aus, weil ein Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz als rechtskräftig weggewiesener und damit ohne gültigen Aufenthaltstitel anwesender Ausländer (vgl. Urk. 4/4) von vornherein ausgeschlossen ist. Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit liesse sich nur solange rechtfertigen, als wenigstens Aussicht bestünde, dass ein Verurteilter auch nach einem allfälligen Strafvollzug in der Schweiz bleiben dürfte. Sinn der Arbeitsstrafe ist die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Wo ein Verbleib des Ausländers aber von vornherein ausgeschlossen ist, lässt sich dieser Zweck nicht erreichen. Nachdem feststeht, dass über den ausländerrechtlichen Status endgültig entschieden worden ist und der Beschuldigte die Schweiz verlassen müssen, mithin bereits im Urteilszeitpunkt kein Anwesenheitsrecht besteht, entfällt die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_546/2008 vom 27. November 2008 E. 2). Dass die Berechtigung, eine Erwerbstätigkeit auszuführen, für die Ausübung von gemeinnütziger Arbeit nicht notwendig ist (so der Verteidiger in Urk. 71 S. 18 m.V.a. StGB PK, 2. Aufl., Trechsel/Keller, Art. 35 N 5), ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen irrelevant.

E. 2.5

Zusammenfassend ist festzuhalten: Da weder die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Vollzugs gegeben sind noch zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit vollzogen werden kann, ist der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB zu belegen. 3. Nichtbewährung, Rückversetzung, Gesamtstrafe und Vollzug

E. 3

Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und sein amtlicher Verteidiger (Prot. II S. 3).

E. 3.1

Gestützt auf einen Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 11. Juli 2014 wurde der Beschuldigte am 7. August 2014 unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr vorzeitig bedingt aus dem Strafvollzug betreffend die Strafbefehle der

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. März 2012

- 24 - und vom 16. März 2012 entlassen, bei einer Reststrafe von 32 Tagen (Urk. 69 S. 2; Urk. 19 S. 4). Unmittelbar nach der Entlassung setzte er sein strafbares Verhalten durch Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit im Salon B. _____ fort. Er wurde somit während noch andauernder Probezeit erneut straffällig.

E. 3.2

In korrektem Vorgehen, unter Entkräftung der Verteidigervorbringen und mit nachvollziehbarer Begründung hat die Vorinstanz gemäss Art. 89 StGB die Rückversetzung des Beschuldigten, dem keine günstige Prognose gestellt werden kann, in den Strafvollzug angeordnet. Dabei bildete sie Anwendung von Art. 89 Abs. 6 StGB eine Gesamtstrafe (Urk. 62 S. 24-26). Die in Beachtung des Asperationsprinzips gebildete Gesamtstrafe von 130 Tagen Freiheitsstrafe – Erhöhung der 110-tägigen Einsatzstrafe für die vorliegend zu beurteilenden Delikte um 20 Tage aus der zu verbüßende Reststrafe – ist angemessen und zu bestätigen, ebenso die Anrechnung der Untersuchungshaft von 4 Tagen (vgl. Urk. 5 und Urk. 13; Urk. 19 S. 1).

E. 3.3

Diese Gesamtstrafe ist ohne weiteres zu vollziehen, da eine Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren überhaupt nur gebildet werden kann, wenn die Voraussetzungen für einen unbedingten Vollzug der neuen Freiheitsstrafe vorliegen und die Reststrafe ebenfalls für vollziehbar erklärt worden ist. Die Gewährung sowohl des bedingten (Art. 42 StGB) als auch des teilbedingten Strafvollzugs (Art. 43 StGB) fällt bei einer gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB gebildeten Gesamtstrafe ausser Betracht (BGE 135 IV 146 E. 2.4.2.). V. Kostenfolgen Bei diesem Verfahrensausgang ist das Kostendispositiv der Vorinstanz (Dispositivziffer 5 bis 7) zu bestätigen. Weiter sind dem unterliegenden Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, aufzuerlegen, aufgrund seiner finanziellen Lage jedoch abzuschreiben. Die Kosten für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren – welche gestützt auf dessen Honorarnote (Urk. 70) und seinen ergänzenden Ausführungen (Prot. II S. 20) auf gerundet Fr. 5'000.– festzusetzen sind – sind auf die

- 25 - Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO. Es wird erkannt:

E. 3.3.1

Noch im Jahr 2012 hielt der Verteidiger zur Staatsangehörigkeit des Beschuldigten Folgendes fest (Beizugsakten Geschäfts-Nr. 2012/1817, Schreiben vom 6. März 2013 betr. Revisionsgesuch gegen den Strafbefehl B-2/2012/1817 vom 2. März 2012 S. 4): "Nachdem er unstreitig kein Franzose ist (er wurde 2009 wegen Gebrauch eines falschen französischen Passes bestraft), wird er auch von seinem Geburtsland Komoren nicht als Staatsangehöriger akzeptiert."

E. 3.3.2

Entgegen obiger Darlegung berief sich der Verteidiger im Schreiben vom 12. Februar 2015 des vorliegenden Strafverfahrens darauf, dass der Beschuldigte bei zahlreichen Behörden als von Frankreich geführt werde, weshalb er aufgrund des Freizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der EU keine Arbeitsbewilligung benötigt habe (Urk. 11/7 S. 1). Bereits mit Schreiben vom 7. Januar 2014 an das Migrationsamt Zürich hatte der Beschuldigte durch

den Verteidiger vorbringen lassen, er sei bisher bei allen Behörden als aus Frankreich stammend aufgeführt worden, weshalb nach Treu und Glauben von einer französischen Staatsangehörigkeit ausgegangen werden müsse (Urk. 12/8/2).

- 11 -

E. 3.3.3

Wie schon die Vorinstanz richtig erwog, bildet die Tatsache, dass der Beschuldigte bei den Behörden teilweise irrtümlich als französischer Staatsangehöriger aufgeführt wurde, keinerlei Grundlage zur Annahme, der Beschuldigte sei Franzose, geschweige denn liegt eine behördliche Feststellung einer französischen Staatsangehörigkeit vor (was auch nicht explizit geltend gemacht wird). Die fraglichen behördlichen Angaben sind klarerweise darauf zurückzuführen, dass der Beschuldigte wie aufgezeigt (vorne Ziff. III. 2.2 und 2.3) Ende 2006 zugebenermassen mit einer gefälschten Identitätskarte, lautend auf A1._____, französischer Staatsangehöriger, in die Schweiz einreiste um sich hier einen Aufenthalt zu ermöglichen. Dies hatte zur Folge, dass der Beschuldigte bei den Behörden vereinzelt als aus Frankreich stammend aufgeführt wurde, bis die Fälschung des Identitätsausweises entdeckt, die Aufenthaltsbewilligung entzogen und die Wegweisung angeordnet wurde. Dieser Zusammenhang ist angesichts seiner zitierten Ausführungen auch dem Verteidiger bewusst. Eine französische Staatsangehörigkeit des Beschuldigten lässt sich aufgrund der Verteidigervorbringen mitnichten glaubhaft machen oder gar belegen. Damit führen auch die Verteidigerdarlegungen nicht dazu, den Beschuldigten als französischen Staatsangehörigen zu betrachten.

E. 3.4

Verfahren um Anerkennung der Staatenlosigkeit

E. 3.4.1

Am 7. Januar 2014 (Urk. 12/8/2) leitete die Verteidigung für den Beschuldigten beim Migrationsamt des Kantons Zürich zuhanden des Staatssekretariats für Migration (SEM) ein Verfahren um Anerkennung der Staatenlosigkeit ein und brachte zur Begründung vor, dass der Beschuldigte auf den Komoren geboren und bei seiner Einreise in die Schweiz aufgrund seiner familiären Situation in Frankreich einen französischen Pass besessen habe, ihm diese Staatsangehörigkeit aber von den zuständigen Behörden aberkannt worden sei (Urk. 12/8/2 S. 1). Der Umstand, dass ein EU-8-Staatsangehöriger in die Schweiz einreise und jahrelang in der Schweiz arbeite, in der Folge aber seine Staatsangehörigkeit verliere, sei derart aussergewöhnlich, dass für seinen Status eine ausserordentliche Lösung gefunden werden müsse, weshalb er als Staatenloser anzuerkennen sei (Urk. 12/8/2 S. 2 f.).

- 12 - Der "Verlust" der französischen Staatsangehörigkeit – in Tat und Wahrheit nur die Änderung eines Registereintrags – ist jedoch wie gesehen darauf zurückzuführen, dass sich der Beschuldigte eines gefälschten Ausweises, lautend auf A1._____, bediente und somit selbst nie französischer Staatsangehöriger war (vorne Ziff. III. 2.2 und 2.3). Indem sich der Verteidiger in seiner Begründung gegenüber dem SEM einerseits auf die nachweisliche Falschidentität A1._____ des Beschuldigten abstützte und den Beschuldigten in seiner Eingabe zudem als A._____ (alias A1._____) aufführte, entstand bezüglich der Identität des Beschuldigten eine Verwirrung, obwohl klar feststeht, dass es sich beim Beschuldigten um A._____ handelt (vgl. vorne Ziff. III. 2.5), auf welche Identität laut dem Beschuldigten in den verschiedenen Verfahren nie eine französische Staatsbürgerschaft

bestand, namentlich auch nie ein echter französischer Ausweis existierte (vgl. vorne Ziff. III. 3.1 und 3.2).

E. 3.4.2

Mit Schreiben vom 12. Februar 2015 (Urk. 49) teilte das SEM dem Verteidiger in einer ersten Beurteilung mit, dass es beabsichtige, das Gesuch um Anerkennung der Staatenlosigkeit abzulehnen, da es davon ausgehe, dass der Beschuldigte im Besitz einer französischen Identitätskarte lautend auf A1._____ sei und die französische Staatsbürgerschaft nach wie vor besitze. Zeitgleich wurde der Verteidigung eine Frist bis zum 10. März 2015 eingeräumt, um sich dazu schriftlich zu äussern (Urk. 49 S. 2). Diese Frist verstrich ungenutzt, weshalb das Verfahren um Anerkennung der Staatenlosigkeit entsprechend mit Verfügung vom 27. Mai 2015 abgelehnt wurde. Die Verfügung blieb unangefochten und der Entscheid erwuchs in Rechtskraft (vgl. Urk. 43/1 S. 1). Bei der besagten französischen Identitätskarte lautend auf A1._____ handelt es sich wie bereits mehrfach erwähnt nachweislich um eine Fälschung (vorne Ziff. III. 2.2 und 2.3). Die Mutmassung des SEM im Schreiben vom 12. Februar 2015, wonach der Beschuldigte eine französische Identitätskarte lautend auf A1._____ habe und die französische Staatsbürgerschaft nach wie vor besitze (Urk. 49 S. 1 f.), ist daher unzutreffend. Mit der Vorinstanz drängt sich der Schluss auf, dass die Verteidigung im Wissen um die Falschheit dieser Annahme des SEM betreffend die französische Staatsangehörigkeit von deren Widerlegung innert der angesetzten Frist abgesehen hat (Urk. 62 S. 9 f.).

- 13 -

E. 3.4.3

Mit Schreiben vom 5. November 2015 liess der amtliche Verteidiger des Beschuldigten dem SEM nunmehr eine Bestätigung des Generalkonsulats von Frankreich in Zürich zukommen, wonach der Beschuldigte zu keiner Zeit die französische Staatsangehörigkeit besessen habe. Gestützt darauf beantragte er die Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Anerkennung der Staatenlosigkeit. Damit schwenkte die Verteidigung wieder zu ihrer ursprünglichen Behauptung, der Beschuldigte sei kein Franzose und setzte sich dadurch explizit in Widerspruch zur Argumentation im vorliegenden Strafverfahren, dass von einer französischen Staatsangehörigkeit des Beschuldigten auszugehen sei. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist für das vorliegende Verfahren ohne Belang, ob die Verteidigung die ihr durch das SEM mit Schreiben vom 19. November 2015 eingeräumte Frist bis 22. Dezember 2015 (bzw. erstreckte Frist bis 31. Januar 2016) für diverse Abklärungen bei den französischen Behörden betreffend die französische Staatsangehörigkeit wahrgenommen hat (vgl. Urk. 43/1 S. 2; Urk. 51/3) und wie ein allfälliger Entscheid des SEM zum Widererwägungsgesuch der Verteidigung lautet. Das Vorgehen der Verteidigung mit den gegensätzlichen Standpunkten erscheint offensichtlich taktischer Natur und dient der Verfahrensverlängerung. Abgesehen davon könnte höchstens von Bedeutung sein, ob der Beschuldigte im Deliktszeitpunkt als staatenlos anerkannt war, was jedenfalls nicht zutrifft. Heute hat die Verteidigung zudem ausgeführt, dass das Gesuch des Beschuldigten um Anerkennung der Staatenlosigkeit definitiv abgelehnt worden ist (vgl. Urk. 71 S. 4 und 5). Daher ist auch der Beweisantrag der Verteidigung, amtliche Erkundigungen beim Staatssekretariat für Migration bezüglich der Staatenlosigkeit des Beschuldigten einzuholen (Urk. 63 S. 4), abzuweisen.

E. 3.5

Ergebnis Staatsangehörigkeit Übereinstimmend mit der Vorinstanz ist als Fazit festzuhalten:

E. 3.5.1

Die Darlegungen des Beschuldigten in zahlreichen Verfahren über Jahre hinweg enthalten keinen einzigen handfesten Anhaltspunkt dafür, dass er je französischer Staatsangehöriger war. Demgegenüber hat sich der Beschuldigte un-

- 14 - zählige Male in verschiedenen Verfahren als Staatsbürger der Komoren bezeichnet. Diese Aussagen sind glaubhaft und decken sich mit der Aktenlage.

E. 3.5.2

Seitens der Verteidigung wurden in schriftlichen Eingaben zur Staatsangehörigkeit in verschiedenen Verfahren widersprüchliche Angaben gemacht, wobei der Standpunkt, der Beschuldigte sei unstreitig kein Franzose, habe zu keiner Zeit die französische Staatsangehörigkeit besessen, mit den übrigen Akten kongruent ist und überzeugt, während die im vorliegenden Verfahren eingenommene Position, es sei beim Beschuldigten nach Treu und Glauben von einer französischen Staatsangehörigkeit auszugehen, nach dem Gesagten zu verwerfen ist.

E. 3.5.3

Auch aus der Tatsache, dass die Eltern des Beschuldigten auf den Komoren geboren wurden, als diese noch französisches Staatsgebiet waren, ergeben sich vorliegend keinerlei konkrete Hinweise, dass der Beschuldigte kraft Abstammung Franzose ist, zumal er sich auch selber nicht als Franzose versteht. Nur so lässt sich erklären, dass er 1999 mit einer falschen französischen Identität in Frankreich einreiste (vorne Ziff. III. 2.4), sich 2001 eine andere falsche französische Identität beschaffte (vorne Ziff. III. 2.2 und 2.3) und insgesamt rund sieben Jahre lang illegal in Frankreich lebte. Würde er sich als Franzose verstehen, hätte er sich um die Regularisierung seines Status' bemüht. Dass der Beschuldigte allenfalls kraft Abstammungsprinzips über die Eltern bzw. die Mutter, welche französische Staatsangehörige war, die französische Staatsbürgerschaft beantragen könnte (Urk. 43/1 S. 2; Urk. 53 S. 4), ändert nichts daran, dass er zur Zeit der Deliktsbegehung nicht französischer Staatsangehöriger war. Denn der Beschuldigte könnte erst ab Erteilung der französischen Staatsbürgerschaft – und nicht rückwirkend – über die Rechte verfügen, die ihm gemäss Freizügigkeitsabkommen zustünden (Urk. 11/11 S. 2), konkret die bewilligungsfreie Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

E. 3.5.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die französische Staatsbürgerschaft des Beschuldigten mangels Papieren nicht nur nicht belegt, sondern zudem auch in keiner Weise glaubhaft gemacht wurde. Somit hat der Beschuldigte lediglich die komorische Staatsbürgerschaft inne.

- 15 -

E. 3.5.5

An dieser Stelle ist der Beweisantrag der Verteidigung, es seien die aus den Komoren erwarteten Belege zu den Akten zu nehmen, wonach der Beschuldigte nicht Staatsbürger der Komoren sei (Urk. 63 S. 4), mit der Begründung abzuweisen, dass aktuell nicht vorhandene Dokumente nicht zu den Akten genommen werden können. Dem

Beschuldigten steht es gemäss Art. 109 Abs. 1 StPO grundsätzlich frei, jederzeit, auch im Rechtsmittelverfahren – vorbehaltlich der gesetzlichen Rechtsmittelfristen – (schriftlich oder mündlich) Eingaben zu machen. Abzuweisen sind überdies die Beweisanträge der Verteidigung betreffend Abklärung eines Anspruches des Beschuldigten auf Sozialhilfeleistungen und betreffend medizinische Begutachtung des Beschuldigten (Urk. 63 S. 4 f.), da die entsprechenden Tatsachenerhebungen für die Beurteilung des vorliegenden Falles irrelevant sind. Der Antrag auf Abklärung eines Anspruches des Beschuldigten auf Sozialhilfeleistungen ist überdies ohnehin gegenstandslos, nachdem der Beschuldigte heute ausgeführt hat, dass er inzwischen vom Kanton Neuenburg staatliche Unterstützung erhält (vgl. Prot. II S. 10 f.).

4. Fazit rechtliche Würdigung

E. 4

Die Verteidigung ficht das Urteil vollumfänglich an und beantragt Freisprechung von Schuld und Strafe (Urk. 63; Urk. 71). Damit ist das erstinstanzliche Urteil vollständig zu überprüfen.

E. 4.1

Da der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Delikte die Staatsbürgerschaft der Komoren innehatte und weder im Besitz der französischen Staatsangehörigkeit noch als Staatenloser anerkannt war, erfüllte er den objektiven Tatbestand des ihm vorgeworfenen Delikts der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung.

E. 4.2

In subjektiver Hinsicht hat die Vorinstanz richtig ausgeführt, dass bei der fehlenden Arbeitsbewilligung das Wissen, dass in den meisten Ländern für Ausländer der Aufenthalt zu Erwerbszwecken einer Bewilligung bedarf, vorausgesetzt werden darf und dass der Täter um das Fehlen einer solchen Arbeitsbewilligung wissen oder dies billigend in Kauf nehmen muss (Urk. 62 S. 12 mit Hinweis). Laut eigener Aussage war dem Beschuldigten bewusst, dass er nicht arbeiten dürfe (Urk. 10 S. 6; Prot. II S. 15). Zudem ist er einschlägig vorbestraft, wurde er doch bereits im Jahr 2009 wegen mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung verurteilt (Urk. 69), womit ihm klar gewesen sein muss, dass er in der

- 16 - Schweiz zu Erwerbszwecken eine Bewilligung benötigt hätte, aber nicht über eine solche verfügte. Die Vorbringen der Verteidigung, der Beschuldigte habe gestützt auf ein unbeantwortet gebliebenes Schreiben der Verteidigung an das Staatssekretariat für Migration, laut welchem der Beschuldigte bis zu einer gegenteiligen Entscheidung von seiner französischen Staatsangehörigkeit ausgehen werde und dürfe (Urk. 48), auf ebendiese französische Staatsangehörigkeit vertrauen dürfen (Urk. 53 S. 7), vermögen den Vorsatz des Beschuldigten eben so wenig umzustossen, zumal das Schreiben eine reine Parteibehauptung und keine behördliche Zusicherung darstellt, wie schon im angefochtenen Urteil zutreffend vermerkt. Der Beschuldigte handelte vorsätzlich, wodurch auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

E. 4.3

Ebenfalls mit korrekter Begründung hat die Vorinstanz einen entschuldbaren Notstand im Sinne von Art. 18 StGB verneint (Urk. 62 S. 12 f.; Urk. 50 S. 10 f.). Art. 18 StGB verlangt das Vorliegen einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr. Dass es den Beschuldigten bedrückte, dass er nicht arbeiten konnte, ist nachvollziehbar. Eine solche Beeinträchtigung der Gefühlslage erreicht aber nicht die Intensität einer konkreten

unmittelbaren, nicht anders abwehrbare Gefahr für die psychische Gesundheit des Beschuldigten, wie sie vom Verteidiger lediglich pauschal behauptet, aber nicht substantiiert dargetan wird (Urk. 71 S. 8 f.). Objektive Anhaltspunkte, dass die psychische Gesundheit des Beschuldigten ernsthaft gefährdet war, sind denn auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag der Verteidigung auf Einholung eines medizinischen Gutachtens (Urk. 63 S. 5) ist deshalb abzuweisen.

E. 4.4

Der Verteidiger beruft sich weiter erfolglos auf den Rechtfertigungsgrund der gesetzlich erlaubten Handlung nach Art. 14 StGB, wonach sich rechtmässig verhält, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach dem Strafgesetzbuch oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist. Entgegen der (sinngemässen) Auffassung des Verteidigers formuliert Art. 4 AuG lediglich das allgemeine Ziel der Integrationspolitik (vgl. Marc Spescha, Migrationsrecht Kommentar, 3. Aufl., 2012, Art. 4 AuG N 1), statuiert aber nicht einen

- 17 - individuellen Rechtsanspruch (im Sinne eines Gebietens oder Erlaubens nach Art. 14 StGB) auf Arbeit oder wirtschaftliche Integration, welcher die in Art. 115 AuG festgelegten staatlichen Strafansprüche zu überwiegen vermöchte. 5. In Bestätigung des angefochtenen Urteils ist der Beschuldigte der mehrfachen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG schuldig zu sprechen. IV. Sanktion 1. Strafzumessung

E. 5

Im Laufe des Verfahrens hat die Verteidigung mehrmals ähnlich lautende Beweisanträge gestellt, namentlich betreffend Klärung der (französischen) Staatsangehörigkeit und Erfordernis einer Arbeitsbewilligung, betreffend die gesundheitlichen Folgen bei fehlender Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit trotz Arbeitswilligkeit, betreffend Hilfeleistungen an abgewiesene Asylbewerber während des Verfahrens um Anerkennung der Staatenlosigkeit und betreffend Anerken-

- 5 - nung der Staatenlosigkeit (vgl. die Eingabe vom 12. Februar 2015 [Urk. 11/7], das E-Mail vom 13. Februar 2015 [Urk. 11/9] und das Schreiben vom 7. Dezember 2015 [Urk. 42]). Diese Anträge wurden jeweils abgewiesen, ebenso ein Sistierungsgesuch (Urk. 11/8; Urk. 11/13; Urk. 44). Die im Berufungsverfahren gestellten Beweisanträge (Urk. 63 S. 4 f.) wurden mit der Vorladung zur Berufungsverhandlung einstweilen abgewiesen (Urk. 68). Anlässlich der Berufungsverhandlung erneuerte der Verteidiger diese Beweisanträge (Prot. II S. 19). Sie sind somit im Rahmen der Ausführungen zur rechtlichen Würdigung zu behandeln.

E. 6

Auf die Argumente des Beschuldigten und der Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des von einem Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in seiner Entscheidung berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteipositionen einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1.; BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE

138 IV 81 E. 2.2; je mit Hinweis). II. Schuldpunkt – eingeklagter Sachverhalt 1. Wie bereits im angefochtenen Urteil richtig festgehalten, hat der Beschuldigte die Anklagevorwürfe – so auch heute (Prot. II S. 16) – vorbehaltlos anerkannt (Urk. 10 S. 6 ff.; Urk. 53 S. 6 ff., 8; Urk. 62 S. 4 f.), wobei sich sein Geständnis mit dem übrigen Untersuchungsergebnis deckt. Diese Sachverhalte – dass der Beschuldigte von Mai 2014 bis November 2014 mit einem Unterbruch von 2 Monaten selbständig im Coiffeursaloon "B._____" an der ... [Adresse] arbeitete und dabei monatlich zwischen Fr. 1'000.– und Fr. 1'500.– verdiente sowie dass er in der Zeit vom 1. Dezember 2014 bis 7. Januar 2015 als Coiffeur im Salon "C._____"

- 6 - an der ... [Adresse] gegen ein Entgelt von netto Fr. 3'000.– arbeitete, je ohne über die für komorische Staatsangehörige nötige Arbeitsbewilligung zu verfügen, was er wusste und wollte bzw. zumindest in Kauf nahm – sind der nachstehenden rechtlichen Würdigung zugrunde zu legen. III. Schuldpunkt – rechtliche Würdigung 1. Ausgangslage Der Staatsanwaltschaft folgend, würdigte die Vorinstanz das Verhalten des Beschuldigten als mehrfache Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und damit als Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob sich der Beschuldigte strafbar gemacht hat, ist, ob er im Deliktszeitraum die französische Staatsbürgerschaft besass, nachdem heute klar wurde, dass er definitiv nicht als Staatenloser anerkannt wurde (vgl. Urk. 71 S. 5 und nachstehende Ziff. 3.4). Ist dies zu bejahen, so bedurfte der Beschuldigte gemäss dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten anderseits (FZA, SR 0.142.112.681) für seine Berufsausübung keiner Bewilligung und der Tatbestand der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG wäre nicht erfüllt. Erweist es sich jedoch, dass der Beschuldigte einzig Staatsangehöriger der Komoren war, ist der Straftatbestand erfüllt. In diesem Zusammenhang ist zunächst der richtige Name des Beschuldigten zu ermitteln. 2. Name des Beschuldigten

E. 10

Tagen bzw. Tagessätzen vorgenommen hat, so ist auch das als angemessen zu übernehmen (Urk. 62 S. 19; Art. 82 Abs. 4 StPO).

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