

ZH_OBERGERICHT SB160349 vom 18. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160349

FR: ZH_OBERGERICHT SB160349 du 18 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160349 del 18 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 5. April 2016 (Urk. 45), das mündlich eröffnet und dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft gleichentags im Dispositiv übergeben worden war (Prot. I S. 19 ff.), meldete die Verteidigung schriftlich am 12. April 2016 die Berufung an (Urk. 37).

E. 2

Nach Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Parteien am 28. und 29. Juli 2016, resp. am 3. August 2016 an den Privatkläger (Urk. 44), reichte die Verteidigung die Berufungserklärung vom 17. August 2016 innert der gesetzlichen Frist nach Art. 399 Abs. 3 StPO bei der hiesigen Berufungsinstanz ein (Urk. 47), woraufhin die Anklagebehörde innert angesetzter Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO mit Eingabe vom 29. August 2016 auf eine Anschluss-berufung verzichtete, Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung beantragte (Urk. 51). Die Ver-

- 5 - teidigung erklärte Zustimmung zum Dispensationsgesuch (Urk. 52) und der Privatkläger liess sich nicht vernehmen. Mit Vorladung vom 10. Oktober 2016 wurde die Berufungsverhandlung auf den 18. November 2016 angesetzt (Urk. 53), zu welcher der Beschuldigte und seine amtliche Verteidigerin erschienen (Prot. II S. 3). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

E. 3

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

E. 3.1

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Regeln der Strafzumessung nach Art. 47 StGB und die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB de- tailliert und korrekt dargelegt (Urk. 45 S. 27 ff.). Sie hat weiter zutreffend festge- halten, dass vorliegend die Voraussetzungen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind und demnach ausgehend vom schwersten Delikt, der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB (Urk. 45 S. 29), unter angemessener Er- höhung für die übrigen Delikte eine Gesamtstrafe festzusetzen ist, wobei vorlie- gend keine ausserordentlichen Umstände ersichtlich sind, die ein Verlassen des Strafrahmens erfordern. Sie hat unter Hinweis auf die bundesgerichtliche

Rechtssprechung und die Lehre richtig festgestellt, dass die relevanten Strafzumessungsfaktoren statt dessen innerhalb des ordentlichen Strafrahmens straf erhöhend bzw. strafmindernd obligatorisch zu berücksichtigen sind und grenzte den anwendbaren Strafrahmen von einer Geldstrafe von einem Tagessatz bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe richtig ein. Ebenfalls korrekt sind ihre Ausführungen zu der zwingend für die Übertretung auszufällenden Busse (Urk. 45 S. 28 f. und S. 33 f.). Auf diese Ausführungen kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat zudem auch in Nachachtung der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteil 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, E. 2.1 und 2.3.2; mit Hinweisen, bestätigt in Urteilen 6B_375/2014 vom 28. August 2014, E. 2.6. und 6B_1246/2015 vom 9. März 2016 E. 1.1) korrekterweise bei der Festsetzung der Einsatzstrafe zunächst alle objektiven und subjektiven verschuldensrelevanten Umstände beachtet, in einem weiteren Schritt die übrigen Delikte beurteilt und aufgezeigt, in welchem Ausmass die Einsatzstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips zu erhöhen ist und schliesslich erst nach Festlegung der (hypothetischen) Gesamtstrafe für sämtliche Delikte die allgemeinen Täterkomponenten berücksichtigt (Urk. 45 S. 30 - 33). Die Vorinstanz ging somit auch methodisch korrekt vor.

- 7 -

E. 4

Die Verteidigung beschränkte die Berufung ausdrücklich auf das Strafmass der Freiheitsstrafe und die Höhe der Busse sowie auf den Widerruf des mit Strafbefehl des Bezirksamts Baden vom 21. Oktober 2010 gewährten bedingten Strafvollzugs der Freiheitsstrafe von sechs Monaten (Urk. 47 S. 2 f.). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 5. April 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 6-8 (Einziehungen), 9-10 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist. II. Strafe 1. Die amtliche Verteidigerin begründet ihren Berufungsantrag einer Bestrafung des Beschuldigten mit 10 Monaten Freiheitsstrafe und Fr. 300.- Busse im Wesentlichen damit, die betroffenen Rechtsgüter seien nicht schwer verletzt worden, der Deliktsbetrag von € 10.- sei äusserst gering, die kriminelle Energie nicht sehr ausgeprägt und das Verschulden insgesamt eher gering (Urk. 57 S. 6 f. und S. 8 f.; Urk. 33 S. 13). 2. Nachdem nur der Beschuldigte appelliert hat, ist vorliegend das Verbot der reformatio in peius zu berücksichtigen (Art. 391 Abs. 2 StPO). Es ist demnach un-

- 6 - ter Würdigung sämtlicher zumessungsrelevanter Faktoren nicht zulässig, eine höhere als die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe festzusetzen.

E. 4.1

Was die konkrete Strafzumessung anbelangt, ist mit der Vorinstanz zu betonen, dass das durch Art. 252 StGB geschützte Rechtsgut das Vertrauen der Öffentlichkeit in Ausweisschriften und die mit diesen einhergehende Kontrollfunktion darstellt. Es ist ihr darin zu folgen, dass der Beschuldigte dieses Rechtsgut durch die mehrfache Deliktsbegehung verteilt über einen Zeitraum von drei Jahren erheblich beeinträchtigte und er dabei eine nicht unerhebliche kriminelle Energie aufwendete. Die Einsatzstrafe von acht Monaten erscheint angesichts des erheblichen Verschuldens und mit Blick auf den

Strafrahmen als der objektiven Tat- schwere angemessen. In subjektiver Hinsicht fällt ins Gewicht, wie auch die Vorinstanz festhielt, dass als Tatmotiv einzig egoistische Beweggründe in Betracht kommen (Urk. 45 S. 31), denn der Beschuldigte wollte ungeachtet seines abgelehnten Asylgesuchs und seiner Einreisesperre in der Schweiz arbeiten und sich hier illegal aufhalten. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte mitnichten deshalb in der Schweiz bleiben wollte, weil ihm in Algerien Schaden drohen würde. Mit seinem Aufenthalt in der Schweiz bezweckte er offenkundig einzig finanzielle Vorteile und scherte sich nicht darum, dass sein Aufenthalt im Land nicht genehmigt und nicht rechtmässig war. Der Beschuldigte legte damit eine krasse Missachtung sämtlicher gesetzlicher Bestimmungen der Schweiz an den Tag. Die subjektive Tatschwere relativiert somit keinesfalls die objektive Tatschwere, vermag sie statt dessen gar leicht zu erhöhen.

E. 4.2

Für die hypothetische Gesamtstrafenbildung hat die Vorinstanz die jeweils mehrfach begangenen Delikte gegen die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG), einer- seits die rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG und ande- rerseits den rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, ge- samthaft strafferhöhend zur Einsatzstrafe gewürdigt, was angesichts des engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs durchaus angebracht erscheint. Sie erwog, der Beschuldigte habe das von den gesetzlichen Bestimmungen geschütz- te Rechtsgut direkt und in nicht geringer Intensität mit ebenfalls nicht mehr gerin- ger krimineller Energie verletzt (Urk. 45 S. 30 f.). Dieser Einschätzung kann bei-

- 8 - gepflichtet werden. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass verschuldenserschwe- rend sowohl die mehrfache Tatbegehung als auch die Verletzung zweier Straftat- bestände ins Gewicht fällt. Die hohe Kadenz der Delinquenz über einen langen Zeitraum - zumindest im vorliegenden Fall von November 2012 bis November 2015 - ist ebenfalls zulasten des Beschuldigten zu berücksichtigen. Weiter fällt er- schwerend in Betracht, dass der Beschuldigte seine deliktische Tätigkeit nicht von sich aus beendete, sondern seinem Tun erst durch seine Verhaftung ein Ende gesetzt wurde. Dem Beschuldigten, der sich immer wieder in Frankreich aufhielt, wäre es ohne weiteres möglich gewesen, angesichts der ihm bekannten Rechts- ordnung in der Schweiz von weiterer Delinquenz Abstand zu nehmen, was er dennoch unterliess. Ebenfalls in subjektiver Hinsicht erschwerend fällt der hohe Grad an fehlender Einsicht ins Gewicht. Einzig das wenig raffinierte Vorgehen kann dem Beschuldigten einigermaßen verschuldensmindernd angerechnet wer- den. Angesichts des insgesamt für die mehrfache Verletzung der Bestimmungen des AuG nicht mehr geringen Verschuldens rechtfertigt sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe um vier Monate.

E. 4.3

Unter dem Titel Täterkomponente hat sich die Vorinstanz zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten umfassend geäußert (Urk. 45 S. 32 f.). Darauf kann, um Wiederholungen zu vermeiden, erneut verwiesen wer- den. Anlässlich der Berufungsverhandlung korrigierte der Beschuldigte seine An- gaben zu Geburtsort und Staatsbürgerschaft dahingehend, dass er nicht in Frank- reich, sondern in Algerien geboren worden sei und auch nicht französischer, son- dern algerischer Staatsbürger sei (Prot. II S. 5 f.). Erheblich strafferhöhend fallen allerdings die zahlreichen Vorstrafen des Beschul- digten

ins Gewicht, die zudem einschlägig sind, was die Vorinstanz ebenfalls berücksichtigt hat (Urk. 45 S. 33). Hierbei ist zu ergänzen, dass der Beschuldigte teils während laufendem Strafverfahren wieder neue Taten beging und auch offenbar völlig unbeeindruckt vom Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. September 2011 unmittelbar danach weiter delinquierte, obwohl er erstmals zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden war und ihm dennoch die Verlängerung der Probezeit gewährt wurde, während welcher er erneut straf-

- 9 - fällig wurde. Dass der Beschuldigte also weder durch eine laufende Probezeit noch durch eine Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe motiviert werden konnte, sich wohl zu verhalten, wiegt schwer und rechtfertigt eine Straferhöhung um vier Monate. Dem strafe erhöhenden Teil stellte die Vorinstanz das Nachtatverhalten des Beschuldigten gegenüber, das sie leicht strafmindernd würdigte, da er zwar nicht geständig war, jedoch Ausführungen zu seinen Aufenthaltsorten machte, ohne welche die Strafverfolgung erschwert worden wäre (Urk. 45 S. 33). Dem ist zuzustimmen und mittels einer Strafminderung von zwei Monaten Rechnung zu tragen.

E. 4.4

Im Ergebnis resultiert unter Berücksichtigung sämtlicher dem Beschuldigten zur Last gelegten Delikte und der relevanten Strafzumessungsfaktoren eine hypothetische Gesamtstrafe von 14 Monaten Freiheitsstrafe.

E. 4.5

Die Vorinstanz sprach gedanklich für die einzelnen Delikte keine Geld-, sondern eine Freiheitsstrafe aus (Urk. 45 S. 29 - 33). Das erweist sich angesichts der Ausführungen der Vorinstanz dazu, dass der Beschuldigte einschlägige Vorstrafen erwirkte, darunter die letzte von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit Strafbefehl vom 4. September 2011 ausgefallte unbedingte Freiheitsstrafe von 90 Tagen, die ihn offenbar nicht dahin gehend beeindruckten, von deliktischem Verhalten abzusehen (Urk. 45 S. 34, 37 und 39), ebenfalls als korrekt. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2). Da Art. 41 StGB in erster Linie bezweckt, dass kein Freiheitsentzug von weniger als sechs Monaten angeordnet wird, stellt sich dieses Problem bei der Bildung einer Gesamtstrafe nicht, wenn als Einsatzstrafe für die schwerste Straftat eine Freiheitsstrafe festgesetzt und deren Dauer für die weiteren Delikte angemessen erhöht wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_1246/2015 vom 9. März 2016 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

E. 4.6

Die zwingend für den als Übertretung ausgestalteten geringfügigen Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 172ter StGB auszufällende Busse bemass die Vorinstanz angesichts des Höchstbetrages von Fr. 10'000.– aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, namentlich seines be-

- 10 - scheidenen Einkommens und des trotz des geringen Deliktsbetrages nicht mehr ganz leichten Verschuldens auf Fr. 500.–. Diesen schlüssigen Erwägungen ist zu folgen, so dass der Beschuldigte zusätzlich zur Gesamtfreiheitsstrafe mit einer Busse von Fr. 500.– für die Übertretung zu bestrafen ist.

E. 4.7

Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils mit 14 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit Fr. 500.– Busse zu bestrafen.

E. 5

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass das Gericht dem Beschuldigten gemäss Art. 51 StGB die in diesem oder einem anderen Verfahren erstandene Haft (Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, oder vorzeitiger Strafvollzug) an die Strafe anzurechnen hat (Urk. 45 S. 34). Der Beschuldigte befand sich seit dem 11. November 2015 bis zum 26. Januar 2016 in Polizei- und Untersuchungs- haft und ab dann bis heute im vorzeitigen Strafvollzug. Die dadurch erstandene Haft von 373 Tagen bis heute ist an die Freiheitsstrafe anzurechnen. III. Vollzug 1. Die Vorinstanz legte zutreffend dar, unter welchen Voraussetzungen für die ausgefallte Freiheitsstrafe ein bedingter oder teilbedingter Strafvollzug gewährt werden kann und führte hinlänglich aus, weshalb dem Beschuldigten keine günstige Legalprognose mehr gestellt werden könne bzw. weshalb ihm eine ungünstige Prognose zu stellen und demnach die Freiheitsstrafe zu vollziehen sei (Urk. 45 S. 35 - 37). Auf diese schlüssigen und überzeugenden vorinstanzlichen Erwägungen kann, um Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich verwiesen werden. 2. Für die ausgefallte Busse von Fr. 500.– finden die Regeln über den bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzug keine Anwendung (Art 105 Abs. 1 StGB), weshalb auch diese zu vollziehen ist. Gemäss Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB ist im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, zwingend eine dem Verschulden angemessene Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen. Dabei hat sich der Richter vor Augen zu führen, dass eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe den Täter unabhängig von seinen

- 11 - finanziellen Verhältnissen entsprechend seinem Verschulden treffen soll (Hug in: Donatsch [Hrsg.]/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 19. A., Zürich 2013, Verlag Orell Füssli, Art. 106 N 5; BGE 134 IV 97, E. 6.3.7.1.). In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse auch im vorliegenden Fall als angemessen. Mit der Vorinstanz ist für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen festzusetzen (Urk. 45 S. 37). IV. Widerruf 1. Mit Strafbefehl des Bezirksamts Baden vom 21. Oktober 2010 wurde der Beschuldigte mit sechs Monaten Freiheitsstrafe, bedingt aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, bestraft (Beizugsakten Bezirksamt Baden ST.2010.5480). Der Strafbefehl wurde dem Beschuldigten eröffnet, indem er am 8. November 2010 amtlich publiziert wurde (Beizugsakten Bezirksamt Baden ST.2010.5480 Internetausdruck vom 9. November 2010 des Amtsblatts des Kantons Aargau vom 8. November 2010 S. 2 und Publikationsauftrag dazu vom 28. Oktober 2010). Die Probezeit des Strafbefehls des Bezirksamtes Baden wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. September 2011, welcher dem Beschuldigten gleichentags persönlich übergeben wurde, um ein Jahr verlängert (Beizugsakten Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl F-6/2011/5031 act. 11 S. 4 und act. 8/6). Die vorliegend neu zu beurteilenden Delikte fallen grösstenteils in die Probezeit, so dass der Widerruf der bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe vom Strafbefehl des Bezirksamts Baden vom 21. Oktober 2010 zu prüfen ist. 2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB die

bedingt aufgeschobene Strafe oder den bedingt aufgeschobenen Teil der Strafe. Gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB darf der Widerruf jedoch nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind und steht nach ausdrücklichem diesbe-

- 12 - züglichem Bundesgerichtsentscheid mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage auch während eines Rechtsmittelverfahrens nicht still (Schneider/Garré in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.] Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. A. Basel 2013, N 82 zu Art. 46; Urteil 6B_114/2013 vom 1. Juli 2013 E. 7). 3. Die Probezeit von zwei Jahren, welche dem Beschuldigten am 8. November 2010 mittels amtlicher Publikation eröffnet und am 4. September 2011 nochmals um ein Jahr verlängert wurde, lief am 8. November 2013 ab. Zum Zeitpunkt des vorliegenden Urteils sind seit dem Ablauf der Probezeit mehr als drei Jahre vergangen, weshalb dem Widerruf Art. 46 Abs. 5 StGB entgegen steht. Der Argumentation der Verteidigung folgend (Urk. 57 S. 9 f.) ist die mit Strafbefehl des Bezirksamts Baden vom 21. Oktober 2010 ausgesprochene und bedingt aufgeschobene Freiheitsstrafe von sechs Monaten daher nicht zu vollziehen. V. Kostenfolgen

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