

ZH_OBERGERICHT SB180036 vom 3. Juli 2018

ZH Obergericht, 2018-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180036

FR: ZH_OBERGERICHT SB180036 du 3 juillet 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180036 del 3 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

Streitig ist, ob der vom Beschuldigten begangene Diebstahl noch als geringfügig im Sinne von Art. 172ter Abs. 1 StGB zu werten ist. Dies setzt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass der Dieb eine Sache stehlen will, deren Wert Fr. 300.-- nicht übersteigt. Beim Diebstahl eines Portemonnaies weiss der Täter in der Regel nicht im Voraus, was sich darin befindet. Ohne konkrete Gegenindizien ist davon auszugehen, dass er möglichst viel Beute machen will und somit zumindest mit dem Eventualvorsatz handelt, Vermögenswerte von mehr als Fr. 300.-- zu stehlen (Trechsel / Pieth, StGB-Praxiskommentar,

E. 3

A., N 6 zu Art. 172ter mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). In solchen Fällen gelangt der privilegierte Tatbestand des geringfügigen Diebstahls nicht zur Anwendung (BSK Weissenberger, 3.A., N 37 zu Art. 172ter StGB mit Hinweisen). 2. An seiner diesbezüglichen konstanten Praxis hat das Bundesgericht immer wieder festgehalten (so zuletzt in BGer 6B_1250/2014 vom 29.9.2015, E. 3.3). Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung besteht auch heute kein Grund, davon abzuweichen. Zwar mag zutreffen, dass bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs vermehrt elektronische Zahlungsmittel (Kreditkarten und dergleichen) eingesetzt werden. Ein grosser Teil der Bevölkerung hält aber zumindest bei der Bezahlung von Gütern und Dienstleistungen des alltäglichen Bedarfs

- 7 - an der Verwendung von Bargeld fest. Dass jemand in seinem Portemonnaie mehr als 300 Franken mitführt, erscheint deshalb nach wie vor nicht aussergewöhnlich. Jedenfalls ist nicht anzunehmen, dass die Chance für einen Dieb, mehr als 300 Franken in einem Portemonnaie zu finden, generell derart gering ist, dass von einem Vorsatz auf einen diese Summe übersteigenden Deliktsbetrag nicht ausgegangen werden kann. Zudem ist bei einem Portemonnaie an sich ebenfalls von einem gewissen (Sach-)Wert auszugehen. Diese Überlegungen gelten auch für den vorliegenden Fall. Der Beschuldigte ist folglich des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen. IV. 1. a) Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 12. September 2017 wegen Hausfriedensbruchs zu 30 Tagen Freiheitsstrafe und mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 19. Oktober 2017 wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen verurteilt. Die vorliegend zu beurteilenden Taten wurden zeitlich vor diesen Strafbefehlen verübt, weshalb sich die Frage nach einer Zusatzstrafe stellt. b) Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Der

Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, über die zeitlich zusammen hätte befunden werden können, weder benachteiligt noch besser gestellt werden. Die Zusatzstrafe gleicht dementsprechend die Differenz zwischen der ersten Ein- satz- oder Grundstrafe und der hypothetischen Gesamtstrafe aus, die nach Auf- fassung des Gerichts bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt wor- den wäre (BGE 132 IV 102 ff., 104 f.). c) Für eine Zusatzstrafe müssen sodann die Voraussetzungen der Gesamt- strafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sein. Die Bildung einer Gesamtstrafe – und damit auch einer Zusatzstrafe – ist nur möglich, wenn mehrere gleichartige Stra- fen ausgesprochen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2010 vom

- 8 -

E. 4

Februar 2011, E. 4.3.1.). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist für die heute zu beurteilenden Taten ebenfalls eine Freiheitsstrafe auszusprechen. Demnach handelt es sich um gleichartige Strafen und es ist eine Zusatzstrafe zu den ein- gangs genannten Strafbefehlen festzusetzen. 2. a) Der Beschuldigte hat vorliegend mehrere Straftatbestände erfüllt, wobei derjenige des hier zu beurteilenden Diebstahls vom 6. November 2016 mit einer Strafandrohung bis fünf Jahre Freiheitsstrafe am schwersten wiegt. Diese Tat bil- det gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB denn auch Ausgangspunkt für die Strafzumes- sung. Der damit einhergehende Hausfriedensbruch steht in einem so engen Sachzusammenhang mit dem Diebstahl, dass die beiden Delikte bei der Strafzu- messung als Handlungseinheit zu betrachten sind (vgl. BGE 118 IV 91) und es angezeigt ist, dafür insgesamt eine Einsatzstrafe festzusetzen. Diese ist sodann wegen des ausserdem zu ahndenden und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedrohten Verstosses gegen das Ausländergesetz angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte brachte in der Untersuchung konstant und nicht widerlegbar vor, dass er bei der Begehung des Einschleichdiebstahls stark alkoholisiert gewesen sei und sich spontan entschlossen habe, das "Kulturhaus B. _____" zu betreten, wo er sodann den Diebstahl begangen habe (D1/3/1/1 S. 2 ff., D1/3/3 S. 3-5, Prot. II S. 12). Die Deliktssumme beläuft sich auf knapp 300 Franken. Sowohl die ob- jektive Tatschwere als auch das subjektive Verschulden sind als leicht einzustu- fen. Dies führt zu einer Einsatzstrafe von 60 Tagen Freiheitsstrafe resp. 60 Ta- gessätze Geldstrafe. b) Der Beschuldigte verblieb trotz einer seit 2011 bestehenden rechtskräfti- gen Wegweisung (vgl. D2/3/4-5) im Lande und tauchte dabei zeitweise unter (D2/3/3). Das Migrationsamt ordnete deshalb im Juni 2016 die Eingrenzung des Beschuldigten auf das Gebiet seiner damaligen Wohnsitzgemeinde D. _____ und nach seiner Verlegung in die NUK F. _____ mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 (D2/3/1) die Eingrenzung auf das dortige Gemeindegebiet an. Diese Verfü- gung wurde ihm am 5. Januar 2017 ausgehändigt. Schon wenige Tage später missachtete er die Eingrenzung. Er gab dabei zu, gewusst zu haben, dass er

- 9 - F. _____ nicht hätte verlassen dürfen (D2/2 S. 2). Zur Begründung führte er aus, er habe nach D. _____ fahren wollen, um Kleider zu holen, welche er für einen bevorstehenden Gefängnisaufenthalt brauche (D2/2 S. 2, D1/3/3 S. 5/6). Für die- se Reise hätte er indessen eine Ausnahmegewilligung des Migrationsamtes benö- tigt (D2/3/1 S. 1 Ziff. 4), um die er zugegebenermassen nicht nachsuchte (s.a. Prot. II S. 12). Dass der Beschuldigte in D. _____ zurückgebliebene Kleider holen wollte, ist zwar nicht widerlegbar und lässt seine Tat in einem etwas milderem Licht erscheinen. Dies war aber offensichtlich nicht der einzige Zweck seiner Rei- se. Entgegen seiner Behauptung, er sei am Bahnhof Zürich-Hardbrücke

auf dem Weg vom Gleis 2 zum Gleis 1 von der Polizei angehalten worden (D2/2 S. 2), ist nämlich dem Polizeirapport zu entnehmen, dass er an der Verzweigung Zahn- radstrasse / Lichtstrasse und somit deutlich ausserhalb des Bahnhofsareals ange- troffen wurde. Zugunsten des Beschuldigten kann berücksichtigt werden, dass er nur einmal und bloss für kurze Zeit gegen die Eingrenzung versties. Insgesamt kann sein diesbezügliches Verschulden noch als eher leicht eingestuft werden und erweist sich dafür eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 4 Monate Freiheits- strafe bzw. 120 Tagessätze Geldstrafe als angemessen. 3. a) A._____ wurde 1977 in ... [Ort] (Algerien) geboren. Er ist algerischer Staatsbürger ohne rechtmässigen Wohnsitz in der Schweiz. Der Beschuldigte wuchs in ... zusammen mit acht Brüdern und vier Schwestern bei den Eltern auf und besuchte die Schule bis zur 9. Klasse. Eine Berufsausbildung erhielt er nicht. In seiner Heimat arbeitete er zeitweise als Fischer bzw. Schreiner. Im Jahr 2000 verliess der Beschuldigte Algerien und weilte danach zuerst in Frankreich und später in Italien, bis er Ende 2010 in die Schweiz kam. Hier stellte er ein Asylge- such, das aber nach kurzer Zeit mit einem Nichteintretensentscheid erledigt wur- de. Zugleich wurde die Wegweisung des Beschuldigten angeordnet. Er begab sich zwischenzeitlich einmal nach Deutschland, wurde von dort aber in die Schweiz zurückgeschafft. Die algerischen Behörden weigerten sich, dem Be- schuldigten Reisepapiere auszustellen, worauf er sich nicht weiter um solche be- mühte. So blieb er in der Schweiz. Seit der Beschuldigte Algerien verliess, hatte er noch nie Arbeit. Als abgewiesener Asylbewerber mit rechtskräftigem Wegwei- sungsentscheid erhält er nur noch Nothilfe. Seit Ende 2016 lebt er im NUK

- 10 - F._____. Der Beschuldigte hat weder Vermögen noch Schulden (D1/3/1/S. 4/5, D1/3/2 S. 1/2, D1/3/3 S. 12-14, D2/3/4, D2/3/10, Urk. 37 S. 2/3, Prot. II S. 7 ff.). b) Zur Zeit der Begehung der nun zu ahndenden Taten war der Beschuldigte im Schweizerischen Strafregister mit sieben Verurteilungen eingetragen (D1/10/2). Am 18. Januar 2011 bestrafte ihn das Untersuchungsamt Altstätten/SG wegen Diebstahls, geringfügigen Diebstahls und Hausfriedensbruchs mit 90 Ta- gessätzen zu Fr. 30.-- Geldstrafe (bedingt vollziehbar mit zwei Jahren Probezeit) und Fr. 500.-- Busse. Der bedingte Strafvollzug wurde später widerrufen. Am 22. Mai 2012 folgte seitens der Staatsanwaltschaft See / Oberland wegen Verstössen gegen das Ausländergesetz eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstra- fe von 90 Tagen, verbunden mit Fr. 200.-- Busse. Dieselbe Behörde fällt am

E. 7

August 2013 wegen rechtswidrigen Aufenthalts weitere 4 Monate und am 17. Dezember 2013 wegen Diebstahls nochmals 90 Tage Freiheitsstrafe aus. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 18. Juni 2015 folg- ten wegen rechtswidrigen Aufenthalts und geringfügigen Diebstahls 3 Monate Freiheitsstrafe und Fr. 500.-- Busse. Die Staatsanwaltschaft See / Oberland hatte sich schliesslich am 27. Juli 2015 und am 9. August 2016 erneut wegen Dieb- stahls mit dem Beschuldigten zu befassen und bestrafte ihn mit 3 Monaten bzw. 120 Tagen Freiheitsstrafe. 4. Die zahlreichen und durchwegs einschlägigen Vorstrafen wirken sich stark strafferhöhend aus. Das Geständnis des Beschuldigten kann nur leicht strafmindernd in Betracht gezogen werden, da er beim Einschleichdiebstahl in D._____ von einer Videokamera gefilmt und bei der Missachtung der Eingrenzung in flagranti ertappt wurde, womit ihm keine Chance blieb, die Delikte mit Aussicht auf Erfolg zu bestreiten. Insgesamt führen die täterbezogenen Strafzumessungs- gründe zu einer weiteren Erhöhung der Strafe um 2 Monate bzw. 60 Tagessätze. 5. a) Zusammenfassend beläuft sich die hypothetische Strafe betreffend die heute zu

beurteilenden Delikte (November 2016, Januar 2017) auf eine Freiheitsstrafe von rund 8 Monaten. Die bisherigen Geld- und Freiheitsstrafen vermochten ihn von der Fortsetzung der Delinquenz nicht abzuhalten. Unter diesen Umständen

- 11 - den kommt als Sanktionsart auch nur die Freiheitsstrafe in Frage. Die Gleichartigkeit der Strafen (im Verhältnis zu den späteren Strafbefehlen) ist damit gewahrt. Wie erwähnt wurde der Beschuldigte mit den Strafbefehlen vom 12. September 2017 sowie 19. Oktober 2017 einmal zu 30 Tagen und einmal zu 60 Tagen Freiheitsstrafe (insgesamt 3 Monate) verurteilt. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich, die hypothetische Gesamtstrafe auf 10 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen (d.h. eine Erhöhung um 2 Monate für die Taten der neuen Strafbefehle). Hiervon sind die bereits ausgefallten Strafen von 90 Tagen (3 Monaten) abzuziehen, womit eine Zusatzstrafe von 7 Monaten Freiheitsstrafe resultiert. b) Der Beschuldigte hat zwei Tage Haft erstanden (D1/8, D2/4), die ihm auf die Freiheitsstrafe anzurechnen sind (Art. 51 StGB). 6. In Anbetracht der zahlreichen Vorstrafen erweist sich der Beschuldigte als unbelehrbarer Kleinkrimineller und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass er in Zukunft keine Delikte mehr begehen wird. Die heute auszufällende Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen (Art. 42 Abs. 1 StGB). V. 1. Wird ein Ausländer wegen einer der in Art. 66a Abs. 1 StGB aufgelisteten Straftaten verurteilt, so verweist ihn das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre des Landes. Es kann ausnahmsweise von dieser Massnahme absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und das öffentliche Interesse an der Landesverweisung gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegt (Art. 66a Abs. 2 StGB). 2. a) Der Beschuldigte ist Ausländer und wird vorliegend des Diebstahls sowie eines dabei verübten Hausfriedensbruchs schuldig gesprochen. Damit sind die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung erfüllt (Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB).

- 12 - b) Der Beschuldigte kam im November 2010 in die Schweiz und stellte ein Asylgesuch. Mit Verfügung des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 23. Dezember 2010 wurde auf dieses Gesuch nicht eingetreten und die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz angeordnet. Seither hält sich dieser rechtswidrig im Lande auf und musste immer wieder – mehrmals auch wegen Diebstählen – bestraft werden (Urk. 46). Von einem Härtefall kann somit nicht einmal ansatzweise die Rede sein. Der Beschuldigte ist des Landes zu verweisen. c) Der Umstand, dass er schon von den Migrationsbehörden zum Verlassen des Landes verpflichtet wurde, steht der Anordnung der strafrechtlichen Landesverweisung nicht entgegen. Gleiches gilt für allfällige Schwierigkeiten, die beim Vollzug der Massnahme auftreten könnten, indem etwa die algerischen Behörden den Beschuldigten nicht einreisen lassen. Es wird diesfalls Aufgabe der vollziehenden Behörde sein, alles Mögliche zu tun, um die Landesverweisung durchzusetzen. d) In Anbetracht des insgesamt noch als leicht einzustufenden Verschuldens des Beschuldigten rechtfertigt es sich, die Dauer der gerichtlichen Landesverweisung auf sechs Jahre zu beschränken. 3. Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die nicht zum Schengen-Raum gehören, werden im Schengen-Informationssystem ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ), es sei denn, ein anderer Schengen-Vertragsstaat hätte dieser Person aus

humanitären oder anderen gewichtigen Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt oder zugesichert (Art. 25 SDÜ; vgl. zum Ganzen BVGer. C-4656/2012, Erw. 5). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Auch ein Blick auf den englischen, französischen oder italienischen Text des Abkommens [im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal->

- 13 - [content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922(02))] verschafft keine Klarheit, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Ersteres kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengen-Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte. Mit der Ausweitung einer ausländerrechtlichen Fernhaltmassnahme auf den gesamten Schengenraum wird deren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich nur bei gravierenden Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen. Um solche Delikte geht es vorliegend nicht. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengen-Informationssystem ist deshalb abzu- sehen. VI. Die Staatsanwaltschaft dringt mit ihren Berufungsanträgen hinsichtlich des Schuldpunkts und der Anordnung einer Landesverweisung durch, unterliegt aber bezüglich der Dauer der Ausweisung, der Ausweitung der Fernhaltmassnahme auf den gesamten Schengenraum und grösstenteils auch mit ihrem Antrag, das Strafmass deutlich zu erhöhen. Bei diesem Prozessausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Es wird beschlossen:

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