

ZH_OBERGERICHT SB190151 vom 15. August 2019

ZH Obergericht, 2019-08-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190151

FR: ZH_OBERGERICHT SB190151 du 15 août 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190151 del 15 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Vorinstanz resümierte nach Wiedergabe der theoretischen Voraussetzungen einer fakultativen Landesverweisung im Sinne von Art. 66abis StGB sowie der persönlichen und beruflichen Verhältnisse des Beschuldigten, dass das Verschulden der dem Urteil zugrundeliegenden Straftaten des Beschuldigten nicht unerheblich sei und entsprechend ein gewisses öffentliches Interesse daran bestehe, ihn des Landes zu verweisen – insbesondere, da er bereits mehrfach und teilweise einschlägig vorbestraft sei. Der Beschuldigte sei sehr renitent und habe in der Vergangenheit hartnäckig gegen diverse Verfügungen verstossen, was zu seinen Ungunsten zu werten sei. Vor diesem Hintergrund vermöge das öffentliche

- 23 - Interesse an einer Landesverweisung den damit verbundenen Eingriff in das Recht des Beschuldigten auf Achtung des Familienlebens zu rechtfertigen. Beim Beschuldigten handle es sich zwar nicht um einen Kriminaltouristen; er sei aber weder beruflich integriert noch verfüge er über anderweitig starke soziale Bindungen zur Schweiz, welche gegen eine Landesverweisung sprechen würden. Unter Berücksichtigung sämtlicher in Erwägung gezogener Umstände – insbesondere angesichts der minimalen Bezugspunkte zur Schweiz – rechtfertige es sich, den Beschuldigten für die Dauer von 8 Jahren des Landes zu verweisen (Urk. 43 S. 16 ff.). 2. Standpunkt der Verteidigung

E. 1.2

Gegen das vorstehend wiedergegebene schriftlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. November 2018 (Prot. I S. 10 und 12 ff.) liess der Beschuldigte durch seine amtliche Verteidigung am 23. November 2018 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 39). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 41) am 6. März 2019 (Urk. 42/2) reichte die Verteidigung – ebenfalls fristgerecht – am 25. März 2019 (Datum Poststempel) dem Obergericht die Berufungserklärung ein (Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 26. März 2019 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 48). Mit Eingabe vom

- 5 - 28. März 2019 beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 50).

E. 1.3

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien die Verteidigung alleine, wobei diese ausführte, der Beschuldigte habe ihr mitteilen lassen, dass es ihm – dem Beschuldigten –

nicht möglich sei, zur heutigen Verhandlung zu erscheinen (Prot. II S. 4). Der Beschuldigte ist damit unentschuldig nicht erschienen. Der Verteidiger reichte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung seine Plädoyer- notizen als schriftliche Berufungsbegründung zu den Akten (Prot. II S. 4; Urk. 55). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 5 ff.).

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzu- setzen.

E. 2.2

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO II-DOMEISEN, Art. 428 N 6).

E. 2.2.1

Der Beschuldigte anerkennt den ihm vorgeworfenen äusseren Sachverhalt. Er stellt indessen den inneren Sachverhalt in Abrede und liess durch seine Ver- teidigung vor Vorinstanz geltend machen, es habe dem Beschuldigten am Wissen und Willen und vor allem an der Täuschungsabsicht gefehlt. Bei der damaligen Polizeikontrolle vom 17. September 2018 sei der Beschuldigte von der Polizei aufgefordert worden, sämtliche verfügbaren Ausweise vorzulegen. Der Beschul-

- digte sei aufgrund der Situation etwas im Stress gewesen und habe daraufhin aus dem Handschuhfach diejenigen Sachen genommen und übergeben, die dort ge- wesen seien. In jenem Moment sei ihm nicht klar gewesen, dass er sein Porte- monnaie nicht bei sich gehabt habe. Er habe dann einfach diejenigen Sachen ge- nommen, welche im Handschuhfach gelegen hätten. Das Portemonnaie von C._____ sei zudem fast identisch mit demjenigen des Beschuldigten. Der Be- schuldigte habe damals bei der Kontrolle nicht die Absicht gehabt, sich selber mit dem Ausweis von C._____ zu legitimieren und die Polizei über seine Identität zu täuschen. Entsprechend sei der subjektive Tatbestand nicht erfüllt (Urk. 35 S. 2).

E. 2.2.2

In ihrer Berufungsbegründung macht die Verteidigung geltend, die Vor- instanz bezeichne die Aussagen des Beschuldigten zur Polizeikontrolle vom 17. September 2018 zu Unrecht als widersprüchlich und unglaubhaft. Zur Be- gründung der Widersprüchlichkeit führe die Vorinstanz aus, der Beschuldigte ha- be an der Hauptverhandlung ausgesagt, dass der Beschuldigte sich anlässlich der Kontrolle bewusst gewesen sei, dass es nicht seine Ausweise seien. Diese Erwägung sei jedoch aktenwidrig. Der Beschuldigte habe sich anlässlich der Hauptverhandlung weder explizit noch implizit dahingehend geäußert, dass er bewusst den falschen Fahrausweis gezeigt habe. Er habe lediglich erläutert, dass er damals der Polizei drei Pässe bzw. Ausweise sowie ein Portemonnaie über- geben habe, ohne zu erklären, wem welcher Ausweis gehöre. Der Beschuldigte sei gemäss seinen Aussagen von der Polizei denn auch nicht spezifisch nach seinem Ausweis gefragt worden.

Dies habe er bereits bei der Hafteinvernahme vom 19. September 2018 erläutert. Ein Widerspruch in den Aussagen des Beschuldigten sei somit nicht ersichtlich. Wie sich die Kontrolle durch die Polizei am 17. September 2018 genau abgespielt habe, lasse sich den Akten nicht entnehmen. Bereits unklar sei, ob der Beschuldigte und die Mitfahrer überhaupt dazu aufgefordert worden seien, sich auszuweisen und falls ja, ob alle oder lediglich der Beschuldigte hierzu angehalten worden sei. Tatsache sei, dass der Beschuldigte eine derartige Aufforderung – falls eine solche denn stattgefunden habe – nicht mitbekommen habe, sei es wegen der Stresssituation oder auch aufgrund sprachlicher Barrieren. Der Beschuldigte habe einfach von sich aus reflexartig ins Handschuhfach gegriffen und die darin befindlichen Gegenstände (drei Ausweise

- 8 - und das Portemonnaie von C._____) der Polizei zur Kontrolle übergeben. Dabei habe er gedacht, dass es sich beim Portemonnaie mit dem darin befindlichen Führerausweis um sein eigenes gehandelt habe. Diese Version des Beschuldigten erweise sich entgegen der Vorinstanz als lebensnah. Die Vorinstanz verkenne nämlich – so die Verteidigung –, dass sich der Beschuldigte in einer Stresssituation befunden habe und ohne näheres Überlegen gehandelt habe. In dieser Situation habe er nicht überlegt, ob es sich effektiv um sein Portemonnaie gehandelt habe. Das Portemonnaie von C._____ ähnele zudem seinem eigenen Geldbeutel. Daran, dass er sein Portemonnaie zu Hause vergessen habe, habe der Beschuldigte in dieser stressigen Situation schlicht und einfach nicht gedacht. Bei der fraglichen Kontrolle habe der Beschuldigte deshalb keinerlei Absicht gehabt, sich selber mit dem Ausweis von C._____ zu legitimieren und die Polizei über seine Identität zu täuschen. Die gegenteilige Beweiswürdigung durch die Vorinstanz erweise sich als aktenwidrig (Urk. 55 S. 3). 3. Würdigung Es kann vorweggenommen werden, dass den Erwägungen der Vorinstanz gefolgt werden kann. Die nachfolgenden Erwägungen sollen dies nur noch verdeutlichen und ergänzen:

E. 2.3

Die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 50). Die Verteidigung verlangte einen Freispruch vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen, eine mildere Bestrafung des Beschuldigten sowie ein Absehen von der Landesverweisung, unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 55 S. 1 f.).

E. 2.4

Das vorinstanzliche Urteil wird sowohl im Schuld- als auch im Sanktionspunkt bestätigt. Sodann wird gegenüber dem Beschuldigten auch zweitinstanzlich eine Landesverweisung ausgesprochen, wobei diese allerdings weniger lang ausfällt. Diese Ausgangslage gewichtend rechtfertigt es sich deshalb, die Kosten des

- 30 - Berufungsverfahrens zu fünf Sechsteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Sechstel auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 2.5

Der amtliche Verteidiger macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 2'994.05 (inkl. Auslagen und MwSt.) geltend (Urk. 54). Vor dem Hintergrund, dass die heutige Berufungsverhandlung nur von kurzer Dauer war, erscheint es angemessen, die amtliche Verteidigung mit Fr. 2'400.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu fünf Sechsteln einstweilen und zu einem Sechstel definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten

bleibt im Umfang der einst- weilen auf die Gerichtskasse genommenen Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Es wird beschlossen:

E. 3

Spiegelstrich), gegen den Sanktionspunkt (Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4), gegen das Aussprechen einer Landesverweisung (Dispositiv-Ziffer 5) sowie gegen die Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffern 8 und 9).

E. 3.1

Hinsichtlich der theoretischen Voraussetzungen einer fakultativen Landes- verweisung im Sinne von Art. 66abis StGB kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 16 f.). Ergänzend ist festzuhalten, dass eine fakultative Landesverweisung – entgegen der Ansicht der Verteidigung – grundsätzlich wegen jedem Vergehen oder Verbrechen erfolgen kann, dass nicht zu den Katalogtaten von Art. 66a StGB gehört und somit nicht zur Anordnung ei- ner obligatorischen Landesverweisung führen kann. Einzig bei der Begehung von Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten ist die Anordnung einer Landesver- weisung gemäss Art. 105 Abs. 1 StGB ausgeschlossen (BSK StGB I- ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66abis N 3). Obwohl bei der Anordnung einer fakulta- tiven Landesverweisung im Sinne von Art. 66abis StGB die Höhe der Strafe laut dem Gesetzestext nicht massgebend ist, soll sie gemäss der Botschaft zur Lan- desverweisung erst ab einer Mindeststrafe von 6 Monaten die Regel darstellen (BBl 2013, 6001). Doch auch diese Mindeststrafgrenze solle gleichzeitig nicht ab- solut gelten und das Gericht soll bereits bei einer tieferen Strafe eine Landesver- weisung aussprechen können, wenn die öffentlichen Interessen an der Landes- verweisung die privaten Interessen an einem Verbleib im Land überwiegen (BBl 2013, 6028). Mit Blick auf die formale Ausgestaltung der Landesverweisung als "andere Massnahme" darf eine fakultative Landesverweisung nur dann an- geordnet werden, wenn diese verhältnismässig ist und insbesondere notwendig erscheint. Dies ist nur dann der Fall, wenn das öffentliche Interesse an einer Lan- desverweisung aus Gründen der Sicherstellung der durch die verurteilte Person gefährdeten öffentlichen Ordnung die privaten Interessen des Betroffenen am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit sind in jedem Fall die konkreten Umstände des Einzelfalls zu beachten. Insbe- sondere sind den öffentlichen Interessen die privaten Interessen der betroffenen Person und ihrer Familie gegenüberzustellen. Dabei sind insbesondere – immer im Lichte der Schwere der begangenen Tat – der Grad der Integration der Per- son, die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz sowie die Wirkung der Massnahme auf die Familie der betroffenen Person zu beachten. Eine Landesverweisung kann sich sodann bei ausländischen Staatsbürgern, die in der Schweiz geboren und

- 26 - aufgewachsen sind und keinen engen Bezug zum Land haben, dessen Staats- bürgerschaft sie besitzen, selbst bei einer Verurteilung zu einer hohen Freiheits- strafe als unverhältnismässig erweisen (BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66abis N 6, 8 und 10 m.w.H.).

E. 3.2

Der Beschuldigte wurde am tt. Februar 1971 im ... [Staat] geboren und wuchs dort mit seiner Familie auf. Im Jahre 2003 kam der Beschuldigte im Alter von 32 Jahren in die Schweiz. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass der Be- schuldigte nicht die gesamte Zeit ab 2003 bis heute in der Schweiz verbrachte, sondern er wegen einer Verurteilung

betreffend organisiertem bandenmässigem Menschenhandel durch ein französisches Gericht von 2010 bis 2013 während rund drei Jahren und vier Monaten im dortigen Strafvollzug war. Im Jahre 2009 heiratete der Beschuldigte eine Schweizerin, welche Ehe allerdings kinderlos blieb. Diese Ehe scheint – wie bereits erwähnt – auch nicht besonders intensiv gelebt zu werden. Der Beschuldigte unterhielt gemäss eigenen Angaben immer wieder aussereheliche Beziehungen, wobei aus einer solchen Beziehung auch sein Sohn F._____ hervorging, welcher die ... Staatsbürgerschaft besitzt, bei der Kindsmutter in Frankreich lebt und durch das dortige Sozialamt unterstützt wird. Nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug in Frankreich kehrte er 2013 in die Schweiz zurück und lebt – soweit ersichtlich – seither mit seiner Ehefrau in D._____ im Kanton Aargau. Die persönlichen Beziehungen des Beschuldigten zur Schweiz sind somit als lose zu qualifizieren, zumal sich auch sonst aus den Akten keine gegenteiligen Anhaltspunkte ergeben (vgl. z.B. insbesondere Urk. 2/1 S. 5 Punkt "Freizeitbeschäftigung" und "Freunde, Aufenthaltsorte"). Insbesondere leben die nächsten Verwandten des Beschuldigten im Ausland. Schliesslich erklärte auch der Beschuldigte selber, er habe keine Beziehungen zur Schweiz (Urk. 2/5 S. 1 F/A 9). Zu seinen beruflichen Beziehungen zur Schweiz ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben zeitweise ein Restaurant in Zürich führte. Nach seiner Rückkehr aus dem französischen Strafvollzug ging der Beschuldigte aber keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Dabei gilt es aber zu bemerken, dass ihm ein solche aufgrund seines Aufenthaltsstatus später auch nicht mehr erlaubt war.

- 27 - Der Beschuldigte finanzierte seinen Lebensunterhalt in der Schweiz in jüngerer Vergangenheit vorderhand aus den Unterstützungsleistungen, welche seine Frau vom Sozialamt erhält, sowie durch die Unterstützung seiner im Ausland lebenden Familie, welche ihm regelmässig Geld schickte. Vor seiner Ausreise aus dem ... [Staat] ging der Beschuldigte einer Arbeit als Leibwächter nach, nachdem er eine militärische Ausbildung absolviert hatte (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/7 S. 7 F/A 49). Er beklagt sodann gemäss eigenen Angaben keine gesundheitlichen Probleme (Urk. 2/1 S. 2; Urk. 2/10 S. 2). Es ist deshalb – entgegen der (unsubstantiierten) Behauptung der Verteidigung – auch nicht ersichtlich, weshalb die soziale und berufliche Reintegration des Beschuldigten im ... [Staat] "eine äusserst schwierige Aufgabe" darstelle (Urk. 35 S. 3; Urk. 55 S. 4). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte in der Schweiz weder beruflich noch persönlich sonderlich integriert ist. Dem gegenüber steht eine nicht mehr als leicht zu qualifizierende und persistierende Delinquenz des Beschuldigten. In den letzten zehn Jahren wurde der Beschuldigte mit der heutigen Verurteilung insgesamt elfmal in der Schweiz verurteilt, wobei es zu bedenken gilt, dass sich der Beschuldigte während dieser Zeit – wie gesehen – wegen einer weiteren Verurteilung durch ein französisches Gericht noch über drei Jahre im dortigen Strafvollzug befunden hat. Der Beschuldigte wurde zwar überwiegend wegen Verstössen gegen das Ausländergesetz verurteilt. Daneben machte sich der Beschuldigte aber auch eines Vergehens gegen das Waffengesetz, der mehrfachen Hehlerei, Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz, diverser Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, einer Übertretung des Spielbankengesetzes sowie einer Sachbeschädigung schuldig. Dies zeugt von einer ganz erheblichen Unbelehrbarkeit des Beschuldigten und einer Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung. Dem Beschuldigten ist sodann vor dem Hintergrund seiner diversen Vorstrafen eine hohe Rückfallgefahr zu attestieren. Sämtliche zu berücksichtigenden Faktoren sprechen klar für die Anordnung einer Landesverweisung.

E. 3.3

Im Falle einer fakultativen Landesverweisung beträgt die Dauer der Landesverweisung zwischen 3-15 Jahre (Art. 66abis StGB). Nur bei einer schwer-

- 28 - wiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung kommt eine Dauer von mehr als fünf Jahren in Betracht (BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66abis N 19). Der Beschuldigte wird für seine Delinquenz mit einer Freiheitsstrafe von

E. 3.4

Abschliessend ist der Verteidigung zu entgegnen, dass es für den Entscheid über die Landesverweisung nicht von Bedeutung ist, wie sich der Aufenthaltsstatus des Beschuldigten gestützt auf das Ausländergesetz gestaltet, respektive dass der Beschuldigte bereits rechtskräftig weggewiesen wurde. Die Wegweisung gestützt auf das Ausländergesetz und die strafrechtliche Landesverweisung verfolgen einen unterschiedlichen Zweck und sind voneinander unabhängig. Sodann erscheint der Vollzug der Landesverweisung zum jetzigen Zeitpunkt auch nicht geradezu ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist auch ergänzend zu erwähnen, dass der Beschuldigte selber immer wieder erklärte, freiwillig in den ... [Staat] zurückzukehren. So sagte er anlässlich der Befragung vom 2. März 2018 aus, er sei gewillt, in sein Heimatland zurückzukehren (Urk. 2/5 S. 1 F/A 10). Es gebe keine zwingenden Gründe, die gegen eine Rückführung in sein Heimatland sprechen würden. Er brauche nur einen Pass (Urk. 2/5 S. 2 F/A 11). Am 18. Mai 2018 sagte er bei der Staatsanwaltschaft, er müsse versuchen, die Schweiz zu verlassen (Urk. 2/7 S. 5 F/A 31). Am 18. September 2018 sagte er zwar, er könne nicht in den ... [Staat] gehen. Seine ganze Familie, sein Leben sei alles hier in der Schweiz (Urk. 2/11 S. 3 F/A 5). Anlässlich der Hafteinvernahme vom 19. September 2018 gab er aber bereits wieder zu Protokoll, es wäre ihm am Liebsten, in den ... [Staat] zu gehen (Urk. 2/12 S. 6 F/A 47). Vor diesem Hinter-

- 29 - grund ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte nun auch seiner Mitwirkungspflicht nachkommen und das Nötige zur Papierbesorgung beitragen wird.

E. 3.5

Der Beschuldigte ist somit in Anwendung von Art. 66abis StGB für die Dauer von fünf Jahren des Landes zu verweisen. VII. Kosten- und Entschädigung 1. Untersuchungs- und erstinstanzliche Verfahrenskosten Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenverlegung (Dispositiv-Ziffern 8 und 9) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). 2. Berufungsverfahren

E. 4

Konkrete Strafzumessung

E. 4.1

Mehrfache Missachtung der Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 AuG

E. 4.1.1

Bezüglich der Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich gleich mehrfach – konkret siebenmal – im Kanton Zürich aufgehalten hat, obwohl mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 9. Januar 2017 gegenüber dem Beschuldigten eine Ausgrenzung für den ganzen Kanton Zürich ausgesprochen worden war (Urk. 5). Dabei handelte es sich – soweit ersichtlich – aber nur um relativ kurze Aufenthalte. Der

Beschuldigte verblieb nicht etwa mehrere Tage im Kanton Zürich. Wenn die Verteidigung aber geltend macht, es habe

- 14 - sich nur um gelegentliche Ausflüge in den Kanton Zürich gehandelt, weil er das eine Mal Bekannte haben treffen wollen und das andere Mal auf Durchreise gewesen sei und sich eine Pizza habe holen wollen (Urk. 35 S. 4; Urk. 55 S. 4), so kann dies dem Beschuldigten nicht zum Vorteil gereichen. Vielmehr zeugt es von einer beträchtlichen Gleichgültigkeit gegenüber behördlichen Anordnungen, wenn der Beschuldigte gegen die ihm gegenüber ausgesprochene Ausgrenzung verstösst, nur um sich eine "spezielle" Pizza zu besorgen (vgl. Urk. 2/6 S. 1 F/A 4), oder statt seine Freunde zu sich zu bitten oder sein Anliegen am Telefon zu bereinigen – was ohne Weiteres möglich gewesen wäre –, sich dazu entschliesst, diese an einem ihm untersagten Ort aufzusuchen. Der Beschuldigte versties dabei vorsätzlich und aus egoistischen Beweggründen gegen die Ausgrenzung.

E. 4.1.2

Wenn die Vorinstanz das Verschulden als "recht erheblich" qualifiziert und eine hypothetische Einsatzstrafe von 5 Monaten festsetzt, erweist sich dies als widersprüchlich, ist aber, was die Höhe der hypothetischen Einsatzstrafe angeht, zu bestätigen. Bei einem als "erheblich" bezeichneten Verschulden ist die Strafe nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar noch nicht zwingend im mittleren oder oberen Bereich des vorgegebenen Strafrahmens festzusetzen (Urteil 6B_156/2011 des Bundesgerichts vom 17. Oktober 2011, E. 2.4). Dennoch müsste eine Qualifikation des Verschuldens als "recht erheblich" dazu führen, dass die Einsatzstrafe zumindest im unteren Bereich des mittleren Drittels des ordentlichen Strafrahmens zu liegen kommt, was eine Einsatzstrafe von ca. 12 Monaten indizieren würde. Ungeachtet dieses Widerspruchs ist es aber mit der Vorinstanz angemessen, die hypothetische Einsatzstrafe auf 150 Strafeinheiten festzulegen. Dass diese Strafhöhe angemessen ist, zeigt sich im Übrigen auch bei einem Vergleich mit den Strafmasseempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Strafmasseempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 13. Mai 2019, S. 8).

E. 4.2

Straferhöhung wegen der Fälschung von Ausweisen

E. 4.2.1

Zur objektiven Tatschwere ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte kein besonders raffiniertes oder geplantes Vorgehen bei seiner Tat zeigte. Er übergab

- 15 - der Grenzwaache lediglich den nicht auf ihn lautenden Ausweis, ohne sonst ein täuschendes Verhalten an den Tag zu legen. Sodann ist dem Beschuldigten die Täuschung über seine Identität nicht gelungen, sondern wurde sein Handeln durch die Grenzwaache aufgedeckt. Auch wenn bei einem Vergleich mit allen denkbaren Varianten einer Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB noch wesentlich schwerere Fälle denkbar sind, bewegt sich der konkrete Fall nicht mehr im alleruntersten Bereich. Immerhin ging es um die beabsichtigte Täuschung von Grenzwachern. Zur subjektiven Tatschwere ist zu bemerken, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte, weshalb das Verschulden dadurch nicht relativiert wird. Der Beschuldigte wollte verschleiern, dass er sich illegal in der Schweiz aufhält und sich einer Festnahme durch die Grenzwaache entziehen. Dieses Motiv ist – aus Sicht des Beschuldigten – nachvollziehbar, vermag sein Verschulden aber nicht zu

relativieren.

E. 4.2.2

Wenn die Vorinstanz die hypothetische Einsatzstrafe für die zusätzlich begangene Fälschung von Ausweisen in der Tatvariante des Missbrauchs echter Schriften zur Täuschung unter Anwendung des Asperationsprinzips aber um drei Monate erhöht, ist dies zu streng. Angemessen erscheint eine Erhöhung um einen Monat.

E. 4.3

Straferhöhung wegen des unrechtmässigen Aufenthalts

E. 4.3.1

Der Beschuldigte hielt sich gemäss erstelltem Sachverhalt vom 23. September 2017 bis zum 17. September 2018 und damit während rund eines Jahres unrechtmässig in der Schweiz auf. Die Schweiz verlassen müsste der Beschuldigte schon seit seiner rechtskräftigen Wegweisung im Jahre 2014. Auch wenn sich die Besorgung der notwendigen Reisepapiere offenbar nicht als ganz einfach gestaltet (vgl. Urk. 35 S. 3; Prot. I S. 9 f.; Urk. 55 S. 5), sind aus den Akten von Seiten des Beschuldigten auch keine ernsthaften Anstrengungen erkennbar, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken. Er handelte auch bei dieser Tat vorsätzlich. Er wusste nicht zuletzt aufgrund seiner diversen Verurteilungen, dass er sich nicht mehr in der Schweiz aufhalten dürfte.

- 16 -

E. 4.3.2

Eine Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe um nur zwei Monate erscheint zu mild, zumal der Beschuldigte die Schweiz schon seit geraumer Zeit verlassen müsste, was der Beschuldigte auch weiss. Vor diesem Hintergrund ist die hypothetische Einsatzstrafe um vier Monate zu erhöhen.

E. 4.4

Betreffend die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 43 S. 13 f.). Da der Beschuldigte unentschuldigt nicht zur Berufungsverhandlung erschienen ist (Prot. II S. 4), konnte er nicht zu seinen aktuellen persönlichen Verhältnissen befragt werden. Nur der Vollständigkeit halber gilt es zu erwähnen, dass sich (auch) die Aussagen des Beschuldigten zu seinen persönlichen Verhältnissen als widersprüchlich erweisen. So sagte er neben diversen anderen Unstimmigkeiten beispielsweise vor Vorinstanz wahrheitswidrig aus, er sei seit 15 Jahren in der Schweiz verheiratet (Prot. I S. 6). Auch zur Dauer des Betriebs seines Restaurants an der E.____-strasse ... in Zürich (Urk. 2/1 S. 3: 2008-2012; Urk. 2/9 S. 4 F/A 25: 2007-2011; Urk. 2/11 S. 3 F/A 7: 2006-2011) oder zur Dauer seiner Schulbildung (Urk. 2/1 S. 3: 6 Jahre; Urk. 2/10 S. 2:

E. 4.5

Stark strafe erhöhend wirken sich hingegen die zahlreichen, teils einschlägigen Vorstrafen im In- und Ausland (Urk. 45; Urk. 12/8) sowie die Delinquenz während laufender Untersuchung aus. Der Beschuldigte hat bis zum heutigen Verfahren innert knapp zehn Jahren bereits nicht weniger als zehn Verurteilungen in der Schweiz und eine in Frankreich erwirkt. Sodann ist hervorzuheben, dass der Beschuldigte nur gerade ein paar Tage nach seiner polizeilichen Einvernahme vom 29. Januar 2018 betreffend Missachtung der

Ausgrenzung (Urk. 2/4) erneut mehrfach gegen seine Ausgrenzung verstossen hat, obwohl er damals erneut auf

- 17 - die Ausgrenzung hingewiesen wurde. Dies alles zeugt von einer exemplarischen Unbelehrbarkeit des Beschuldigten.

E. 4.6

Gemäss vorherrschender Rechtsprechung wirken das Geständnis eines Täters, dessen kooperatives Verhalten bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue zwar durchaus strafmindernd. Im BGE 121 IV 202 E. 2d/cc erachtete das Bundesgericht diesbezüglich aber lediglich eine Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis einem Drittel als angemessen, obwohl es dort um einen Täter ging, der ein "besonderes" Geständnis abgelegt hatte: Er hatte seine Straftaten von sich aus gestanden, ohne grösseren Vorhalten ausgesetzt gewesen zu sein, Straftaten offengelegt, die ihm und anderen Delinquenten nicht hätten nachgewiesen werden können und war trotz massiven Drohungen gegen sich und seine Familie bei seinen Aussagen geblieben. Sodann hatte er deutlich Einsicht und Reue gezeigt und den Eindruck eines Menschen gemacht, der eine klare Kehrtwende vollzogen habe (a.a.O. E. 2d/cc a.E.). Aufgrund des Gesagten ist in diesem Zusammenhang – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 55 S. 5) – vorliegend keine Strafreduktion angezeigt. Der Beschuldigte gab keine Straftaten zu, welche ihm nicht ohnehin hätten nachgewiesen werden können. Mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 15) ist auch keine echte Reue oder Einsicht ins Unrecht seiner Taten erkennbar. Zwar erklärte er anlässlich der Einvernahme vom 18. Mai 2018, einen Fehler gemacht zu haben. Er entschuldige sich für die Umstände (Urk. 2/7 S. 8 F/A 58 f.). Vor dem Hintergrund seiner zahlreichen Vorstrafen sowie aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte auch während laufender Untersuchung delinquierte, sind diese Aussagen des Beschuldigten aber als reine Lippenbekenntnisse zu qualifizieren.

E. 4.7

Die Verteidigung machte vor Vorinstanz und auch heute geltend, der Beschuldigte sei seit dem Jahre 2009 mit einer Schweizerin verheiratet und lebe mit ihr zusammen. Seine Frau sei gesundheitlich seit längerem schwer angeschlagen, sie kämpfe mit einer Leberzirrhose und einer Krebserkrankung. Der Beschuldigte müsse für sie sorgen, ihre alltäglichen Besorgungen erledigen und sie jeweils zu den Visiten beim Arzt oder ins Spital fahren. Der Beschuldigte habe sich zudem um seinen Sohn zu kümmern (Urk. 35 S. 3; Urk. 55 S. 4).

- 18 - Die Verteidigung machte mit ihren Vorbringen eine besondere Strafempfindlichkeit des Beschuldigten geltend. Es ist unbestritten, dass gewisse Täter vom Strafvollzug besonders hart betroffen sein können, weshalb eine solche besondere Strafempfindlichkeit im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Das Bundesgericht (BGE 6S.703/1995 vom 26. März 1996) hat ausgeführt, die Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit fielen als strafmindernde Strafzumessungsfaktoren aber nur in Betracht, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten seien, wie etwa bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, unter Haftpsychosen Leidenden oder Gehörlosen. Es gehe darum, Gleichheit in dem Sinne herzustellen, dass gleiches Verschulden mit einem gleichen Mass an Übelzuführung geahndet werde. Die Schwere dieses Übels könne auch von der persönlichen Situation des Betroffenen abhängen. Das Bundesgericht hatte sich auch schon mit der Frage der Relevanz der familiären Situation zu befassen. Im bereits zitierten Entscheid vom 26. März 1996

verneinte es eine zu einer Strafreduktion führende Strafempfindlichkeit infolge Verheiratung (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 154). Grundsätzlich ist bei der Annahme einer Strafempfindlichkeit grosse Zurückhaltung geboten (OFK/StGB-HEIMGARTNER, Art. 47 N 15a). Vorliegend ist eine besondere Strafempfindlichkeit aus verschiedenen Gründen zu verneinen. Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte weder seine Frau noch seinen Sohn finanziell unterstützt, sondern vielmehr der Beschuldigte selber durch seine im Ausland lebende Familie finanziell unterstützt werden muss. Ein allfälliger Strafvollzug würde keine finanziell nachteiligen Folgen für seine Angehörigen nach sich ziehen. Sodann vermag auch das Vorbringen nicht zu überzeugen, er müsse sich um seine Frau und seinen Sohn kümmern. Wie der Beschuldigte – wiederum nicht widerspruchsfrei (vgl. Urk. 2/2 S. 3 F/A 16; Urk. 2/6 S. 3 F/A 20; Urk. 2/11 S. 3 F/A 10) – ausführte, lebt sein Sohn F._____ bei der Kindsmutter in Frankreich und wird durch das französische Sozialamt unterstützt (Urk. 2/3 S. 4 F/A 18; Urk. 2/4 S. 2 F/A 16; Urk. 2/7 S. 7 F/A 50 f.). Ein Strafvollzug hätte damit also nicht zur Folge, dass der Sohn des Beschuldigten beispielsweise fremdplatziert werden müsste. Wie sich sodann aus seiner Einvernahme vom 18. September 2018 ergibt, ist die Frau des Beschuldigten durchaus noch in der Lage, selber ein Auto zu lenken und ihre Be-

- 19 - sorgungen wahrzunehmen (Urk. 2/11 S. 4 f. F/A 19). Zudem scheint die Beziehung zu seiner Ehefrau und seinem Sohn auch nicht besonders intensiv zu sein, wusste der Beschuldigte doch nicht einmal, in welchem Jahr er seine Ehefrau geheiratet hat (Urk. 2/1 S. 2: tt. März 2007; Urk. 2/2 S. 3 F/A 18: tt. März 2008; gemäss Verteidigung seit 2009, Urk. 35 S. 3 und Urk. 55 S. 4) bzw. wann sein Sohn geboren wurde (Urk. 2/1 S. 2: tt.mm.2015; Urk. 2/7 S. 4 f. F/A 24 ff.: tt.mm.2015). Kommt noch hinzu, dass der Beschuldigte regelmässig – auch sexuellen – Kontakt zu anderen Frauen pflegt, wovon auch der im Jahre 2015 ausserehelich geborene Sohn F._____ zeugt (vgl. Urk. 2/7 S. 4 F/A 19). Mit G._____ führte er gar eine zweijährige Beziehung (Urk. 2/3 S. 1 F/A 5).

E. 4.8

Zwischenfazit Aufgrund der stark strafehöhenden Wirkung der Vorstrafen und dem Fehlen von strafmindernden Kriterien erweist sich eine Erhöhung um weitere zwei Monate sicherlich als angemessen. Gegenteils wäre eine deutlichere Erhöhung vor dem Hintergrund seiner persistierenden Delinquenz durchaus angezeigt gewesen. Aufgrund des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) hat es aber bei den von der Vorinstanz festgesetzten 360 Strafeinheiten sein Bewenden.

E. 4.9

Sanktionsart

E. 4.9.1

Wie bereits erwähnt, verurteilte die Vorinstanz den Beschuldigten zu einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 12 Monaten. Vor dem Hintergrund, dass dem Beschuldigten in anderen Strafverfahren – so die Vorinstanz – bereits mehrfach eine Geldstrafe auferlegt worden sei und er dennoch immer wieder delinquent habe, rechtfertigt es sich, eine Freiheitsstrafe der weniger eingriffsintensiven Geldstrafe vorzuziehen (Urk. 43 S. 13).

E. 4.9.2

Grundsätzlich stehen verschiedene Sanktionsarten zur Verfügung. Bei der Wahl der Strafmass 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; BGE 134 IV 82, E. 4.1). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alter-

- 20 - nativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift. Im Zweifelsfall gebührt der Geldstrafe Vorrang. Die Freiheitsstrafe ist stets ultima ratio (BGE 134 IV 97, E. 4.2.1 f.; BGE 134 IV 82, E. 4.1).

E. 4.9.3

Der Beschuldigte wurde bereits diverse Male mit Geldstrafen belegt, welche teilweise auch vollzogen wurden. Dennoch wurde der Beschuldigte immer wieder in regelmässigen Abständen straffällig. Offenbar vermochten es die ausgesprochenen Geldstrafen nicht, den Beschuldigten nachhaltig zu beeindrucken und so vor weiterer Delinquenz abzuhalten. Mit der Vorinstanz ist deshalb eine Freiheitsstrafe auszusprechen und somit auf eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu erkennen.

E. 4.10

Bestrafung wegen der Verletzung der Verkehrsregeln

E. 4.10.1

Eine Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 37 Abs. 3 SVG und Art. 22 Abs. 1 und 2 VRV kann mit Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft werden (vgl. Art. 106 Abs. 1 StGB).

E. 4.10.2

Die Bussenhöhe ist gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB so zu bemessen, dass der Täter sie je nach seinen finanziellen Verhältnissen in einer Intensität spürt, die seinem Verschulden entspricht. Das Gericht hat die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verurteilten zu würdigen, damit jeder Täter für dasselbe Verschulden dieselbe Einschränkung in seinen Lebensgewohnheiten erfährt (BSK StGB I-HEIMGARTNER, Art. 106 N 21). Für die Verhältnisse relevant sind namentlich sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit (BGE 129 IV 6, E. 6.1).

E. 4.10.3

Der Beschuldigte unterliess es, das Auto vorschriftsgemäss mittels Handbremse gegen ein Wegrollen zu sichern. Beim Wegrollen des Fahrzeugs kollidierte dieses leicht mit einem auf der anderen Strassenseite parkierten Personewagen, wobei an diesem anderen Fahrzeug eine leichter Sachschaden entstand (D6 Urk. 1). Dass es dabei geblieben ist, ist aber nur glücklichen Umständen zu

- 21 - verdanken. Wie aus den Fotografien (D6 Urk. 2) ersichtlich wird, rollte das Auto rückwärts durch eine Lücke zwischen zwei anderen parkierten Fahrzeugen, wobei der rückwärtsrollende Volvo des Beschuldigten das eine Fahrzeug nur leicht touchierte. Ebenso nur glücklichen Umständen zu verdanken ist es, dass der Volvo in der Folge in einen Baum prallte und deswegen nicht weiterrollte. Wäre der Volvo weitergerollt, wäre nicht auszuschliessen gewesen, dass das Auto in die sich weiter unten befindlichen Häuser prallt und weiteren Sachschaden verursacht hätte oder es gar zu einer Gefährdung von Personen gekommen wäre. Dass Personen aber durch das Wegrollen konkret an Leib und

Leben gefährdet wurden, ist nicht ersichtlich. Wenn die Vorinstanz für die Verletzung der Verkehrsregeln eine Busse von Fr. 500.– in Anschlag bringt, ist diese aufgrund des Gesagten trotz der schlechten finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten nicht zu hoch ausgefallen und kann übernommen werden.

E. 4.11

Fazit Der Beschuldigte ist somit in Bestätigung der Vorinstanz mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 500.– zu belegen.

E. 4.12

Ersatzfreiheitsstrafe Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. Bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Praxisgemäss ist die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung dieser Busse mit der Vorinstanz auf 5 Tage festzusetzen. V. Vollzug 1. Nach Art. 42 Abs. 1 aStGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren aufschieben, wenn

- 22 - eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. 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 aStGB). 2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Januar 2018 wurde der Beschuldigte zu einer unbedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 10.– (sowie einer Busse von Fr. 200.–) verurteilt (Urk. 45). Es müssten also besonders günstige Umstände vorliegen, damit der Aufschub des Strafvollzuges zulässig wäre. Solche sind klarerweise zu verneinen. Vielmehr zeugt sein langes Vorstrafenregister diverser, teilweise einschlägiger Vorstrafen davon, dass sich der Beschuldigte durch seine bisherigen Verurteilungen offensichtlich nicht in genügender Weise beeindrucken liess. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen. 3. Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Einer Anrechnung der vom Beschuldigten bereits erstandenen Haft im Umfang von sieben Tagen an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen. VI. Landesverweisung 1. Ausgangslage

E. 8

Jahre) machte er immer wieder unterschiedliche Angaben. Weiter erklärte er, seit 2011 in D._____ zu wohnen (Urk. 2/2 S. 3 F/A 17), obwohl er sich in diesem Zeitraum noch in Frankreich im Strafvollzug befunden hat. Schliesslich behauptete der Beschuldigte bei der Polizei am 18. September 2018 gar wahrheitswidrig, er sei in der Schweiz nicht vorbestraft (Urk. 2/11 S. 5 F/A 22). Dessen einmal ungeachtet wirken sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten – soweit diese bekannt sind – mit der Vorinstanz strafzumessungsneutral aus.

E. 12

Monaten (sowie einer Busse von Fr. 500.–) belegt. Damit bewegt sich die Strafe noch im unteren Bereich des möglichen Strafrahmens. Sodann sind dem aktuellen

Strafregisterauszug auch keine Verurteilungen wegen Gewaltdelikten oder anderweitig schwerer wiegender Delikte zu entnehmen. Allerdings zeigen seine diversen Vorstrafen eine erhebliche Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung, weshalb es sich rechtfertigt, den Beschuldigten für die Dauer von fünf Jahren des Landes zu verweisen.

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