

# ZH\_OBERGERICHT SB190188 vom 24. September 2019

ZH Obergericht, 2019-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190188](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190188)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190188 du 24 septembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190188 del 24 settembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der Verlauf des Verfahrens bis zum vorinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem Urteil vom 31. Januar 2019 (Urk. 31).

#### E. 1.1

Auf das Ausländerstrafrecht sind die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar (Art. 333 StGB). Das gilt namentlich auch für das Sanktionensystem, nach welchem Geldstrafen im Tagessatzsystem (Art. 34 StGB) ausgesprochen werden, die bedingte Bestrafung auch für Geldstrafen möglich ist (Art. 42 StGB), Freiheitsstrafen unter sechs Monaten nur ausnahmsweise zulässig sind (Art. 40 StGB), jedenfalls nicht, wenn eine bedingte Verurteilung möglich ist (OF-StGB-Kommentar, Art. 41) und eine bedingte Verurteilung zu Freiheitsstrafe oder Geldstrafe mit unbedingter Geldstrafe oder Busse verbunden werden kann (Art. 42 Abs. 4 StGB).

- 20 -

#### E. 1.2

Die Vorinstanz hat den Strafraumen und die Strafzumessungskriterien grundsätzlich korrekt aufgezeichnet, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO). Festzuhalten ist, dass die Vorinstanz von einer relevanten Delinquenz in der Zeit vom 22. März 2018 bis 23. August 2018 ausgegangen ist und mit dem am 5. Juli 2018 ergangenen Strafbefehl (vor jenem Hintergrund zu Recht) eine Konstellation einer retrospektive Konkurrenz erkannt hatte. Allerdings hat sie die aktuelle Sanktion als Freiheitsstrafe ausgestaltet und als teilweise Zusatzstrafe zur Geldstrafe gemäss Strafbefehl vom 5. Juli 2018 ausgesprochen. Diese Verknüpfung ist mangels Gleichartigkeit der Sanktionen nicht zulässig (vgl. BGE 142 IV 265). Weiter hat sie die Freiheitsstrafe zwar asperiert, aber keine (hypothetische) Einsatzstrafe festgelegt, so dass unklar bleibt, wie das Verschulden vor und nach dem Strafbefehl gewichtet wurde (vgl. Urk. 31 S. 12 ff.). Die Strafe ist heute aber ohnehin als eigenständige Sanktion auszufällen für die Zeit ab 6. Juli 2018, mithin entfällt die Thematik einer Zusatzstrafe.

#### E. 1.3

Wie bereits gesagt, handelt es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein Dauerdelikt, bei dem eine frühere Verurteilung eine Zäsur bewirkt (BGE 135 IV 6 E. 3.2 S. 9). Fehlt es an einem vom früheren losgelösten, neuen Tatentschluss und beruht die nach dem vorangegangenen Schuldspruch andauernde Verwirklichung des Dauertatbestandes mithin auf einem fortwirkenden, schon vor der ersten Verurteilung gefassten einheitlichen Tatentschluss, muss das Gericht im neuen Urteil bei der Zumessung der Strafe für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf achten, dass die

Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (vgl. OGer ZH SB140074 vom 14. Juli 2017).

#### **E. 1.4**

Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sieht für den rechtswidrigen Aufenthalt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

#### **E. 1.5**

Die Beschuldigte wurde bereits mit Strafbefehlen vom 8. Juni 2016 und 5. Juli 2018 wegen rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gesprochen und mit insgesamt 300 Tagessätzen Geldstrafe sanktioniert (Urk. 32). Da sie effektiv seit ih-

- 21 - rer Einreise am 10. August 2012 (Urk. 3/2 S. 1) die Schweiz nicht mehr verlassen wollte, fasste sie nach ihrer ersten und auch zweiten Verurteilung keinen neuen Tatentschluss. Gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung könnte die Beschuldigte daher heute mit maximal mit 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 60 Tagen Freiheitsstrafe bestraft werden (wie im Übrigen von der Staatsanwaltschaft beantragt [Urk. 8 S. 1 i.V.m. Urk. 11]). Allerdings wurde die Beschuldigte von der Vorinstanz mit 30 Tagen Freiheitsstrafe als – wie gesagt unzulässige – teilweise Zusatzstrafe belegt. Im Sinne des Verbots der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO kann diese Strafe heute nicht erhöht werden. 2. Konkrete Strafzumessung

#### **E. 2**

Mit dem genannten Urteil wurde die Beschuldigte schuldig gesprochen des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 5. Juli 2018 bestraft, wobei ihr 1 Tag als durch Haft erstanden angerechnet wurde. In Bezug auf die am 8. Juni 2016 von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 10.– wurde die Beschuldigte verwarnet. Schliesslich regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 31 S. 21 ff.).

#### **E. 2.1**

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

#### **E. 2.2**

Die Beschuldigte scheidet im Schuld- und im Strafpunkt mit ihrem Hauptantrag, kommt aber mit ihrem Eventualantrag mehrheitlich durch (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft hatte nur die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 36). Bei diesem Verfahrensausgang wären die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, im Ergebnis zu drei Vierteln der Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten sowie unter Berücksichtigung der zusätzlichen Belastung durch die bevorstehende Abzahlung der heute auszufällenden unbedingten Geldstrafe erweist es sich als gerechtfertigt, die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich und definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes

Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 31. Januar 2019 bezüglich Dispositivziffern 4 (Verwarnung), 6 (Kostenaufgabe) und 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. 2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.00, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.

- 27 - 3. Die Geldstrafe wird vollzogen. 4. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 5) wird bestätigt. 5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.00. Die weiteren Kosten betragen Fr. 3'400.00 (inkl. MwSt) für die amtliche Verteidigung. 6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

### **E. 2.3**

Die Beschuldigte weist zwei einschlägige Vorstrafen in der Schweiz auf. So wurde sie am 8. Juni 2016 und am 5. Juli 2018 wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt (Urk. 32). Diese Vorstrafen sind – mit der nachfolgenden Relativierung aufgrund der Dauerdelinquenz ohne neuen Tatentschluss – strafferhöhend zu berücksichtigen.

### **E. 2.4**

Die Beschuldigte hat den Anklagevorwurf in sachverhältnismässiger Hinsicht zwar anerkannt, sie wurde aber überführt und zeigte sich weder einsichtig noch reuig.

### **E. 2.5**

Bei den Täterkomponenten überwiegen damit die strafferhöhenden Aspekte. Allerdings liegt für die heute zu beurteilende Delinquenz kein neuer Tatentschluss vor, weshalb mit Blick auf das Gesamtverschulden keine Erhöhung der Strafe angezeigt, sondern diese bei 40 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 40 Tagen Freiheitsstrafe zu belassen wäre. Damit wäre auch die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen (340 Tagessätze Geldstrafe bzw. 340 Tage Freiheitsstrafe) und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschritten (vgl. BGE 135 IV 6). Allerdings steht einer solchen Sanktion das Verschlechterungsverbot entgegen, so dass es bei 30 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 30 Tagen Freiheitsstrafe sein Bewenden hat.

### **E. 2.6**

Ein Tag erstandene Untersuchungshaft ist der Beschuldigten anzurechnen (Art. 51 StGB).

- 23 - 3. Art der Strafe

### **E. 3**

Gegen dieses am 31. Januar 2019 mündlich eröffnete Urteil meldete die Verteidigung mit Eingabe vom 11. Februar 2019 rechtzeitig Berufung an (Urk. 27).

### **E. 3.1**

Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB). Diese Geldstrafe ist im Bereich leichter Kriminalität die Regelsanktion und geht bei Strafen bis zu sechs Monaten freiheitsentziehenden Sanktionen vor. Daran hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung festgehalten

(Urteil 6B\_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.6 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen). Die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivste Sanktion ist nach der gesetzlichen Konzeption ultima ratio und kann nur verhängt werden, wenn keine andere, mildere Strafe in Betracht kommt (BBl 1999 2043 f.; BGE 138 IV 120 E. 5.2; Urteil 6B\_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.3.3 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

### **E. 3.2**

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 mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 mit Hinweis). Das Gericht hat im Urteil die Wahl der Sanktionsart zu begründen (Art. 50 StGB; Urteile 6B\_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1 und 6B\_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.2 mit Hinweis).

### **E. 3.3**

Eine Sanktion von 30 Tagessätzen wäre nach der dargelegten Praxis als Geldstrafe zu verhängen. Die Vorinstanz erachtete vorliegend mit Verweis auf die zwei einschlägigen Vorstrafen eine solche als nicht zweckmässig, da diese nicht geeignet gewesen seien, die Beschuldigte davon abzuhalten, weiterhin der Schweiz zu verbleiben (Urk. 31 S. 16). Die Argumentation der Vorinstanz kann nicht ganz von der Hand gewiesen werden. Allerdings spielt gemäss genannter Rechtsprechung auch hier eine Rolle, dass beim gegebenen Dauerdelikt kein neuer Tatentschluss gefällt wurde, was sich bereits bei der schuldadäquaten Hö-

- 24 - he im Sinne einer Gesamtbetrachtung auswirkte. Vor diesem Hintergrund – d.h. in Ermangelung eines neuen Tatentschlusses – erscheint eine Geldstrafe in casu nicht von vorneherein ausgeschlossen. Für die Frage, ob sie ihre Wirkung gebührend zeitigen kann, ist nachfolgend noch eine Vollstreckungsprognose zu stellen.

### **E. 3.4**

Nach Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB können im Bereich von Geldstrafen auch Freiheitsstrafen ausgefällt werden, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass eine Geldstrafe vollzogen werden kann. Die Vollstreckungsprognose ist nicht nur für die Straftat von Bedeutung, sondern auch für die Frage der Vereinbarkeit einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie, da sie – wie gesagt – das Verfahren der Entfernung nicht erschweren darf (BGE 145 IV 197, E. 1.4.3.). Die Beschuldigte ist Nothilfe-Bezügerin (vgl. oben). Die amtliche Verteidigung wies bereits vor Vorinstanz darauf hin, dass die Beschuldigte ihre bestehende Geldstrafe korrekt mit monatlichen Raten von Fr. 80.– abbezahle (Urk. 23 S. 6). Dies wurde mit einem Schreiben der Zentralen Inkassostelle der Gerichte (wenn auch nur mit der 1. Seite) belegt (Urk. 24). Dass die Beschuldigte sich nach wie vor um die Abzahlung der Geldstrafe bemüht, bestätigte sie auch heute vor der Berufungskammer (Prot. II S. 9 f.). Demnach ist zu konstatieren, dass die Beschuldigte ihre Strafe im Rahmen des Möglichen leistet, was auch für das vorliegende Verfahren auf eine günstige Vollstreckungsprognose schliessen lässt, sofern man den finanziellen Verhältnissen der Beschuldigten auch angemessen Rechnung trägt (vgl. nachfolgend). In der Gesamtbetrachtung erweist sich die Verhängung einer Geldstrafe damit gerade noch als legitim. 3.5.1. Der Tagessatz beträgt in

der Regel mindestens 30 und höchstens Fr. 3'000.–. Ausnahmsweise, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten, kann der Tagessatz bis auf Fr. 10.– gesenkt werden (Art. 34 Abs. 2 StGB). 3.5.2. Die Situation einer einkommens- und vermögenslosen Nothilfebezüglerin, wie es die Beschuldigte ist, stellt eine entsprechende Ausnahme dar. Der Tagessatz ist demnach auf Fr. 10.– festzulegen.

- 25 - 3.5.3. Bei dieser Ausgangslage liegen somit auch keine Gründe vor, welche die Annahme einer unzulässigen Verzögerung des Verfahrens der Wegweisung im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie durch die ausgesprochene Geldstrafe rechtfertigen würden (BGE 145 IV 197, E. 1.4.3.).

### **E. 3.6**

Was den heute von der Verteidigung vorgebrachten Antrag anbelangt, die Beschuldigte mit gemeinnütziger Arbeit zu bestrafen (Urk. 42 S. 1 und 10), so ist darauf hinzuweisen, dass diese seit dem 1. Januar 2018 keine Sanktionsart, sondern eine Vollzugsform (vgl. Art. 79a StGB) darstellt, weshalb sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.

### **E. 3.7**

Die Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu belegen.  
4. Vollzug

### **E. 4**

Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 29. März 2019 (Urk. 30/1) und von der Verteidigung am 1. April 2019 (Urk. 30/2) in Empfang genommen. Die vorinstanzlichen Akten gingen am 8. April 2019 am Obergericht ein (Urk. 31). Am 10. April 2019 wurde über die Beschuldigte ein neuer Strafregisterauszug eingeholt (Urk. 32). Mit Eingabe vom 18. April 2019 (Poststempel; hier eingegangen am 23. April 2019) reichte die Verteidigung fristgerecht ihre Berufungserklärung ein (Urk. 33).

### **E. 4.1**

Art. 42 StGB ("bedingte Strafen") regelt die Gewährung des bedingten Strafvollzuges: Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

### **E. 4.2**

Die Beschuldigte hat mit ihrem bisherigen Gebaren und ihren Aussagen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie ungeachtet von notwendigen Bewilligungen nicht gewillt ist, die Schweiz zu verlassen. Das lässt – trotz gegebener Vollstreckungsprognose – keine günstige Legalprognose vermuten. Die Geldstrafe ist daher zu vollziehen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Nachdem die Verteidigung die erstinstanzliche Kostenfestsetzung nicht substantiiert beanstandet und sie sich ohnehin als gerechtfertigt erweist, ist diese zu bestätigen.

- 26 -

### **E. 5**

Mit Präsidialverfügung vom 24. April 2019 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 34). Der Beschuldigten wurde dieselbe Frist an- gesetzt, um das Datenerfassungsblatt und mehrere spezifisch bezeichnete Ur-

- 5 - kunden zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 34). Mit Eingabe vom 30. April 2019 stellte die Staatsanwaltschaft ihre Anträge im Berufungsver- fahren (Urk. 36). Am 22. Mai 2019 reichte die Verteidigung das Datenerfassungs- blatt ein (Urk. 38/1-2).

#### **E. 6**

Am 24. Mai 2019 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 39).

#### **E. 7**

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (vorab per E-Mail) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis – das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälli- ger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

#### **E. 8**

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

- 28 - Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang der vollständigen, be- gründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichts- gesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 24. September 2019 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. Wenker lic. iur. Karabayir

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