

ZH_OBERGERICHT SB200032 vom 29. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200032

FR: ZH_OBERGERICHT SB200032 du 29 septembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB200032 del 29 settembre 2020

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 26. November 2019 wurde das Verfahren gegen den Beschuldigten in Bezug auf die Anklage- vorwürfe der rechtswidrigen Einreise i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG und des rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG eingestellt. Dagegen sprach die Vorinstanz den Beschuldigten der Widerhandlung gegen das Auslän- der- und Integrationsgesetz i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 150.–. Ferner regelte sie die Kosten- und Entschädi- gungsfolgen des Verfahrens (Urk. 45 S. 17 f.).

E. 1.1

Der Beschuldigte anerkannte anlässlich seiner polizeilichen Einver- nahme vom 7. Dezember 2018, sich während seines Aufenthalts in der Schweiz nie um die Beschaffung von Reisepapieren gekümmert zu haben ("Ich kann nichts unternehmen wegen der Papierbeschaffung. Ich kann nicht kooperieren, weil ich nicht zurück in den Iran kann.", D2 Urk. 2 S. 2; F: "Haben Sie sich seit Sie hier in der Schweiz sind schon einmal aktiv um die Beschaffung von Ausweisen bemüht?" – A: "Nein. Weil ich nicht kann. Wenn ich dies tue, kaufe ich meinen Tod.", D2 Urk. 2 S. 3). Im weiteren Verfahren machte er von seinem Aussagever- weigerungsrecht Gebrauch (vgl. Urk. 5/2 und Prot. I S. 11 ff.), wobei er vor Vor- instanz von seiner Verteidigung nicht in Abrede stellen liess, sich nicht um die Be- schaffung von Reisepapieren bemüht zu haben (vgl. Urk. 35 S. 7).

E. 1.2

Gleiches gilt auch für das Berufungsverfahren, im Rahmen dessen der Beschuldigte geltend machen lässt, dass seine fehlende Mitwirkung bei der Be- schaffung von Reisepapieren nicht strafbar sei bzw. die EU-Rückführungsrichtlinie der Bestrafung seines Verhaltens entgegenstehe (Urk. 57 S. 1 ff.).

E. 1.3

Die Anerkennung des Anklagesachverhaltes durch den Beschuldigten stimmt denn auch mit dem übrigen Untersuchungsergebnis überein. Dass der Be- schuldigte sich seiner Mitwirkungspflicht wissentlich und willentlich versperrte, ergibt sich daraus, dass er mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-4156/2017 vom 1. September 2017 ausdrücklich auf diese Pflicht aufmerksam gemacht wur- de (Urk. 13/2/2 S. 54), sich in der Folge aber dennoch nicht um die Beschaffung von Ausweispapieren kümmerte. Der Anklagesachverhalt erweist sich damit als erstellt. Auf die Vorbringen des Beschuldigten ist nachfolgend im Rahmen der rechtlichen Würdigung einzugehen. 2. Rechtliche Würdigung

E. 2

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 27. November 2019 Berufung an (Urk. 40) und reichte mit Eingabe vom 29. Januar 2020 fristgerecht seine Berufungserklärung ein (Urk. 44 und Urk. 48). Mit Präsidialverfügung vom 31. Januar 2020 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zugestellt und dieser Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder einen Nichteintretensantrag zu stellen (Urk. 49 S. 2). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 51).

E. 2.1

Am 1. Januar 2019 ist das neue Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) in Kraft getreten. Der Deliktszeitraum der Verletzung von Mit-

- 7 - wirkungspflichten bei der Beschaffung von Ausweispapieren wird in der Anklage nicht datumsgenau umschrieben, kann aber einzig den Zeitraum seit dem Ergehen des (rechtskräftigen) Wegweisungsentscheids am 1. September 2017 bis zur ersten polizeilichen Einvernahme am 7. Dezember 2018 betreffen. Der Beschuldigte hat das ihm zur Last gelegte Verhalten damit noch vor Inkrafttreten des AIG begangen. Da es sich bei den Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG bzw. AuG um exakt dieselbe Bestimmung handelt, das AIG in dessen Art. 120 Abs. 1 lit. e als auch das im Zeitpunkt der Tat in Kraft stehende AuG im gleichnamigen Artikel mithin die Bestrafung mit Busse vorsehen, erweist sich das neue Recht nicht als das Mildere. Zur Anwendung gelangt deshalb das AuG (Art. 126 Abs. 4 AIG).

E. 2.2

Gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapierere i.S.v. Art. 90 lit. c AuG nicht nachkommt.

E. 2.2.1

Die Vorinstanz sah aufgrund des anklagegegenständlichen Verhaltens des Beschuldigten den Tatbestand der Verletzung der Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG als erfüllt an. So habe der Beschuldigte anerkannt, sich während seines Aufenthalts in der Schweiz nicht um die Beschaffung von Ausweispapieren bemüht zu haben, da er nicht in sein Heimatland zurückkehren wolle. Daraus erhelle, dass er sich seiner Pflicht zur Beschaffung von Ausweispapieren bewusst gewesen sei, zumal er mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. September 2017 ausdrücklich auf diese Pflicht aufmerksam gemacht worden sei. Er habe damit direktvorsätzlich gehandelt. Rechtfertigungs- oder Schuldabschlussgründe seien keine ersichtlich (Urk. 45 S. 10 f.).

E. 2.2.2

Demgegenüber vertritt die Verteidigung die Ansicht, dass der Beschuldigte vom Anklagevorwurf der Verletzung der Mitwirkungspflichten freizusprechen bzw. das Strafverfahren einzustellen sei.

E. 2.2.2.1

Zur Begründung führt sie an, dass eine Bestrafung des Beschuldigten nach Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG i.V.m. Art. 90 lit. c AIG nicht möglich sei. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AIG gelte das Ausländergesetz für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der

- 8 - Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen würden. Die Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von Reisepapieren sei sowohl in Art. 90 lit. c AIG als auch in Art. 8 Abs. 4 AsylG geregelt. Auf rechtskräftig weg- gewiesene Asylsuchende, wie den Beschuldigten, komme folglich nicht Art. 90 lit. c AuG, sondern die lex specialis von Art. 8 Abs. 4 AsylG zur Anwendung. Für die Strafbarkeit gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG werde jedoch explizit die Verletzung von Art. 90 lit. c AIG verlangt. Ein Verweis auf Art. 8 Abs. 4 AsylG sei in Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG nicht enthalten, was darauf schliessen lasse, dass der Gesetzgeber die Verletzung der Mitwirkungspflicht bei der Papierbeschaffung in Bezug auf rechtskräftig weggewiesene Asylsuchende nicht unter Strafe habe stellen wollen. Der klare Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG stehe der Strafbarkeit einer Verletzung der Mitwirkungspflicht nach Art. 8 Abs. 4 AsylG entgegen. Dem- entsprechend sei der Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG freizusprechen (Urk. 57 S. 2 f.).

E. 2.2.2.2

Weiter würden nach der Rechtsprechung des EuGH strafrechtliche Sanktionen im Bereich der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Auf- enthalts der EU-Rückführungsrichtlinie entgegenstehen, soweit deren Vollzug die Rückführung verzögern würden. Darunter falle auch die Verletzung der Mitwir- kungspflicht bei der Papierbeschaffung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG, da es sich dabei um ein Delikt im Bereich des rechtswidrigen Aufenthalts handle. Ein sachli- cher Grund, die EU-Rückführungsrichtlinie zwar beim Straftatbestand des rechts- widrigen Aufenthalts, nicht aber bei demjenigen der Mitwirkungspflicht bei der Pa- pierbeschaffung zu berücksichtigen, sei nicht ersichtlich (Urk. 57 S. 2).

E. 2.3

Gemäss Art. 2 Abs. 1 AuG gilt das Ausländergesetz für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen. Da es sich beim Beschuldigten um einen Asylsuchenden handelt, ist neben dem AuG grundsätzlich auch das AsylG zu beachten (Art. 2 Abs. 1 AsylG und Art. 14 Abs. 1 AsylG). Gemäss Art. 1 AsylG regelt dieses Gesetz die Asylgewährung und die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie den vorübergehenden Schutz von schutzbedürftigen Personen. Das Gesetz umfasst das gesamte Asylverfahren in-

- 9 - klusive der Rechtsstellung von Asylsuchenden (OFK Migrationsrecht-HRUSCHKA,

E. 2.4

Da sich der Beschuldigte anerkanntermassen nie um die Beschaffung von Reisepapieren gekümmert hat, obwohl er wusste, dass ihm eine solche Mit- wirkungspflicht oblag (vorstehend, Erw. 1), erfüllte er den Tatbestand der Wider- handlung gegen das Ausländergesetz i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG i.V.m. Art. 90 lit. c AuG. Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe sind keine er- sichtlich.

E. 2.5

Entgegen der Ansicht der Verteidigung steht einer Verurteilung des Beschuldigten im vorgenannten Sinne auch die EU-Rückführungsrichtlinie nicht entgegen. Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungs- richtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens

bereits mehrfach befasst. Auf diese grundlegenden Er-

- 10 - wägungen kann verwiesen werden (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.6). Die erwähnte Rechtsprechung betrifft die Bestrafung von Ausländern wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, nicht aber der in Art. 120 AuG genannten Übertretungstatbestände. Die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Busse von maximal Fr. 150.– (nachstehend, Erw. III.1.) würde, selbst im Falle deren Nichtbezahlens und einem daraus resultierenden Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe von eineinhalb Tagen ohnehin zu keiner spürbaren Verzögerung oder Behinderung des Rückführungsverfahrens und damit zu einer Vereitelung der von der Rückführungsrichtlinie verfolgten Wirkung führen. Dies gilt umso mehr, als dass die auszusprechende Busse durch die daran anzurechnende erstandene Haft "getilgt" wird (nachfolgend, Erw. III.3.), die Gefahr des Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe mithin gar nicht besteht.

E. 2.6

Vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen ist der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG i.V.m. Art. 90 lit. c AuG schuldig zu sprechen. IV. Sanktionspunkt 1. Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG sieht die Bestrafung mit Busse vor, wobei die Bussenhöhe bis zu Fr. 10'000.– betragen kann (Art. 106 Abs. 1 StGB). Nachdem einzig der Beschuldigte Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben hat, stehen aufgrund des Verschlechterungsverbotes lediglich die Bestätigung oder Reduktion der von der Vorinstanz verhängten Strafe zur Diskussion (Art. 391 Abs. 2 StPO). Die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungskriterien festgelegte Busse von Fr. 150.– (Urk. 45 S. 13 f.) erweist sich dem insgesamt als leicht zu qualifizierenden Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten als angemessen. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse ist damit zu bestätigen. 2. Für den Fall des Nichtbezahlens der Busse ist die Ersatzfreiheitsstrafe auf 1,5 Tage festzusetzen (Art. 106 Abs. 3 StGB).

- 11 - V. Genugtuung 1. Der Beschuldigte liess für die von ihm erlittene Haft von 3 Tagen die Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 600.– beantragen, zuzüglich 5% Zins auf den Betrag von Fr. 200.– ab dem 15. Mai 2018 sowie von 5% Zins auf den Betrag von Fr. 400.– seit dem 18. Dezember 2018 [recte: 8. Dezember 2018] (Urk. 57 S. 4). 2. Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, hat sie gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Die Festlegung der Genugtuungssumme beruht auf richterlichem Ermessen, wobei bei der Ausübung dieses Ermessens den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zukommt. Sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung rechtfertigen, erachtet das Bundesgericht bei kürzeren Freiheitsentzügen Fr. 200.– pro Tag als angemessene Genugtuung (Urteil des Bundesgerichts 6B_491/2020 vom 13. Juli 2020 E. 2.3.2 mit Hinweisen; zur Publ. vorges.). 3. Der Beschuldigte befand sich vom 14. Mai 2018 (15.30 Uhr) bis zum 15. Mai 2018 (10.15 Uhr) sowie vom 7. Dezember 2018 (9.35 Uhr) bis zum 8. Dezember 2018 (14.45 Uhr) in Haft (Urk. 7/6 und Urk. 7/7/7). Die 3 erstandenen Hafttage sind auf die auszufällende Busse anzurechnen (BGE 135 IV 126, E. 1.3.9; BSK StGB-METTLER/SPICHTIN, 4. Auflage 2019, N 44 zu Art. 51 StGB). Vor dem Hintergrund, dass es sich beim Beschuldigten um einen rechtskräftig weggewiesenen, in einer Notunterkunft wohnenden Asylsuchenden handelt, seine kurzzeitige Inhaftierung mithin nicht die gleich einschneidenden Auswirkungen und

Nachteile zeitigt wie bei einer in der Schweiz in gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht voll eingebundenen Person, liegen aussergewöhnliche Umstände vor und erweist sich die Anrechnung der erstandenen Haft an die Busse mit einem Betrag von Fr. 50.– pro Hafttag als angemessen (BSK StPO- WEHREN- BERG/FRANK, 2. Auflage 2014, N 28 zu Art. 429 StPO). Zuzufolge der vollen Anrechnung der erstandenen Haft an die auszusprechende Busse, entfällt die von der

- 12 - Verteidigung beantragte Ausrichtung einer Genugtuung an den Beschuldigten (Urk. 57 S. 3 f.). VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 3

Mit Einverständnis der Parteien wurde mit Präsidialverfügung vom 27. Februar 2020 die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um seine Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 53 und Urk. 54). Mit Eingabe vom 27. April 2020 reichte der Beschuldigte innert erstreckter Frist seine Berufungsbegründung samt Beilagen ein (Urk. 56, Urk. 57 und Urk. 58/1-3). Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2020 wurde der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz die Berufungsbegründung des Beschuldigten zugestellt und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um schriftlich im Doppel die Berufungsantwort einzureichen. Gleichzeitig wurde der Vorinstanz die Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 59). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 61) und die

- 5 - Staatsanwaltschaft auf die Erstattung einer Berufungsantwort (Urk. 62). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. Prozessuales 1. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird im Umfang der Anfechtung gehemmt (Art. 402 StPO i.V.m. Art. 437 StPO). Der Beschuldigte beantragt mit seiner Berufung im Hauptantrag die Einstellung des Strafverfahrens hinsichtlich des Anklagevorwurfs der Widerhandlung gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG. Eventualiter sei er von diesem Anklagevorwurf freizusprechen. Weiter sei ihm eine Genugtuung im Gesamtbetrag von Fr. 600.– (zzgl. 5% Zins seit dem 15. Mai 2018 auf den Betrag von Fr. 200.– bzw. seit dem 18. Dezember 2018 auf den Betrag von Fr. 400.–) aus der Staatskasse auszurichten (Urk. 48 S. 2 und Urk. 57 S. 3 f.). Damit ist das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 26. November 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Verfahrenseinstellung betr. rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt), 2 (Absehen von einem Widerruf) und 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen. 2. Vorliegend bildet ausschliesslich die Beurteilung einer Übertretung Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die Bestimmung betreffend die eingeschränkte Kognition im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO gelangt aber dennoch nicht zur Anwendung, da vor Vorinstanz neben der Übertretung auch noch Vergehen zu beurteilen waren (vgl. Urk. 35; BSK StPO-EUGSTER, 2. Auflage 2014, N 3 zu Art. 398 StPO). Damit sind in diesem Verfahren weder hinsichtlich der Beurteilung des Sachverhalts noch bezüglich der Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils auf Rechtsverletzungen Einschränkungen der Überprüfungsbefugnis zu beachten.

- 6 - III. Schuldpunkt 1. Sachverhalt

E. 5

Auflage 2019, N 1 zu Art. 1 AsylG). Das den Beschuldigten betreffende Asylverfahren hat mit dem Ergehen des (rechtskräftigen) Wegweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. September 2019 als abgeschlossen zu gelten. Der

Vollzug der Wegweisung eines abgewiesenen Asylsuchenden ist sodann Regelungsgegenstand des AuG (vgl. Art. 64 ff. AuG [Entfernungs- und Fernhaltmassnahmen], Art. 69 ff. AuG [Ausschaffung und internationale Rückführungssätze] und 73 ff. AuG [Zwangsmassnahmen]) und nicht des Asylgesetzes. Letzteres regelt einzig die behördlichen Zuständigkeiten für den Erlass einer Wegweisungsverfügung und den Vollzug der Wegweisung sowie den notwendigen Inhalt einer Wegweisungsverfügung, und verweist im Übrigen für die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung auf das AuG (vgl. Art. 44 AsylG). Vor diesem Hintergrund ist das AuG, mithin auch die in dessen Art. 90 lit. c geregelte Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von Ausweispapieren, auf den Beschuldigten anwendbar (Art. 2 AuG), zumal auch nicht ersichtlich ist, inwiefern ein sich rechtskräftig weggewiesener, sich illegal in der Schweiz aufhaltender Asylsuchender anders zu behandeln ist als ein Ausländer ohne gültigen Aufenthaltstitel. Schliesslich hat auch das Bundesgericht die Bestrafung eines rechtskräftig weggewiesenen Asylsuchenden nach Art. 120 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 90 lit. c AuG in seinem Urteil 6B_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 1 nicht beanstandet.

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