

ZH_OBERGERICHT SB200335 vom 26. Februar 2021

ZH Obergericht, 2021-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200335

FR: ZH_OBERGERICHT SB200335 du 26 février 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB200335 del 26 febbraio 2021

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht, vom 12. März 2020 meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten mit Eingabe vom 16. März 2020 innert Frist Berufung an (Urk. 21). Das vollständig begründete Urteil (Urk. 23 = Urk. 25) wurde vom Verteidiger am 23. Juli 2020 entgegen genommen (Urk. 24/2). Mit Eingabe vom 3. August 2020 reichte dieser fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 26).

E. 1.1

Der gesetzliche Strafraum von Art. 115 Abs. 1 AuG bzw. (ab dem 1. Januar 2019) von Art. 115 Abs. 1 AIG blieb trotz zahlreicher Gesetzesrevisionen während des gesamten Tatzeitraums unverändert bei Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend vermerkte (Urk. 25 S. 13) sind vorliegend weder Strafschärfungs- noch Strafmilderungsgründe ersichtlich, die zu einer Erweiterung dieses Strafraums führen könnten.

E. 1.2

Jedoch trat am 1. Januar 2018 die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in Kraft, die weder abstrakt noch konkret zu einer milderen Bestrafung des Beschuldigten führt. Somit ist für den Tatzeitraum bis 31. Dezember 2017 die bis dahin in Kraft stehende frühere Gesetzesfassung anzuwenden. Für diesen Zeitraum beträgt der konkrete Strafraum Freiheitsstrafe von einem Tag bis zu einem Jahr oder Geldstrafe von einem bis zu 360 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 aStGB und Art. 40 f. aStGB). Für den Tatzeitraum ab 1. Januar 2018 gilt dagegen gemäss der geltenden Gesetzesfassung ein konkreter Strafraum von drei Tagen bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder von Geldstrafe von einem bis zu 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB und Art. 40 f. StGB).

- 11 -

E. 1.3

Für die konkrete Strafzumessung kann diese Unterscheidung ausser Acht gelassen werden, da – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 2.9 nachstehend) – auch die Anwendung des alten Rechts im Ergebnis zu keiner milderen Bestrafung des Beschuldigten führen würde.

E. 2

Auf die Argumente der Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 138 I 232, E. 5.1, und BGE 133 I 270, E. 3.1, je mit Hinweisen, sowie Urteile des Bundesgerichts

6B_89/2014 vom 1. Mai 2014, E. 2.2, 6B_526/2009 vom 2. September 2009, E. 3.2, und 6B_678/2009 vom

E. 2.1

Die Vorinstanz hat die für die konkrete Strafzumessung massgeblichen Grundsätze zutreffend dargelegt (Urk. 25 S. 13). Darauf kann verwiesen werden.

E. 2.2

In objektiver Hinsicht fällt bei der Strafzumessung ins Gewicht, dass der Beschuldigte seiner Pflicht zum Verlassen der Schweiz während ca. 2 ¾ Jahren nicht nachkam und sich rechtswidrig in der Schweiz aufhielt. Dies stellt innerhalb des anwendbaren Strafrahmens ein keinesfalls leichtes Verschulden dar.

E. 2.3

In subjektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz (in Urk. 25 S. 14) zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht nur in seinem eigenen Interesse, sondern auch im Interesse seiner Ehefrau und ihrer vier gemeinsamen Kinder handelte. Dies vermag das objektive Verschulden leicht zu relativieren.

E. 2.4

Ausgehend von einem gesamthaft nicht mehr leichten Verschulden ist die Einsatzstrafe bei vier Monaten Freiheitsstrafe bzw. 120 Tagessätzen Geldstrafe festzusetzen.

E. 2.5

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 25 S. 14 f.), zumal sich daran im Berufungsverfahren nichts Wesentliches geändert hat (vgl. Urk. 32 und 33/1-8; Prot. II S. 5 ff.). Zu korrigieren ist, dass der Beschuldigte gemäss heutigen Aussagen im Jahr 2000 erstmals in die Schweiz einreiste und nicht – wie von der Vorinstanz ausgeführt – im Jahr 2009. Zu ergänzen ist sodann, dass der Beschuldigte nie die Schule besuchte und weder schreiben noch lesen kann. In der Schweiz hat er mehrfach in der Küche gearbeitet, inzwischen ist es ihm nicht mehr erlaubt, zu arbeiten. Er, seine vier Kinder und seine Ehefrau leben vom Einkommen seiner Ehefrau, welches ca. Fr. 4'600.– netto pro Monat beträgt (Prot. II S. 9 ff.; Urk. 33/1). Der Beschuldigte betreut die Kinder, wenn seine Ehefrau arbeitet, und hat ausser mit seiner Familie

- 12 - mit niemandem Kontakt (Prot. II S. 14 f.). Es ergeben sich daraus im Rahmen der Täterkomponente keine strafzumessungsrelevanten Umstände.

E. 2.6

Der Beschuldigte weist aktuell noch zwei im Strafregister eingetragene Vorstrafen auf. Es handelt sich dabei um die bereits erwähnten Verurteilungen, einerseits vom 8. März 2012 durch das Tribunal correctionnel de Genève, welches den Beschuldigten wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren belegte, wovon ein Jahr vollziehbar, sowie andererseits vom 21. April 2016 durch das Bezirksgericht Zürich, welches den Beschuldigten wiederum wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 28 Monaten bestrafte (Urk. 28). Der Beschuldigte befand sich denn auch vom 1. Mai 2014 bis am 18. Mai 2017 ununterbrochen in Haft bzw. im Strafvollzug (vgl. Urk. 37). Obwohl für das vorliegende

Delikt nicht einschlägig, müssen diese massiven Vor- strafen und die Delinquenz teilweise während zweier laufenden Probezeiten doch zu einer spürbaren Straferhöhung führen, ist doch der Beschuldigte auch nach längerem Strafvollzug offenkundig nicht bereit, sich an die hiesigen Gesetze zu halten.

E. 2.7

Ein positives Nachtatverhalten, welches zu einer Strafminderung führen würde, ist mit der Vorinstanz (Urk. 25 S. 15) beim Beschuldigten nicht ersichtlich. Auch im Berufungsverfahren liess der Beschuldigte keine Absicht erkennen, die Schweiz zu verlassen, weshalb weder von Reue noch von Einsicht die Rede sein kann (Urk. 42 S. 1 i.V.m. Prot. II S. 21 E1; Prot. II S. 12 und S. 16).

E. 2.8

Gesamthaft ergibt sich damit aus der Täterkomponente eine Straferhöhung um zwei Monate, was zu einer Strafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe bzw. 180 Tagessätzen Geldstrafe führen würde.

E. 2.9

Bei der Wahl der Strafart und der Frage des Vollzugs bezog sich die Vor- instanz (ohne nähere Begründung) auf die altrechtlichen Fassungen von Art. 41 und Art. 42 Abs. 2 StGB sowie die dazu ergangene Rechtsprechung (Urk. 25 S. 15 ff.). Das ist so nicht richtig (vgl. E. 1.2 vorstehend). In der Sache selbst führ-

- 13 - te die Vorinstanz jedoch zutreffend aus, dass beim Beschuldigten aufgrund der früher ausgefallten und vollzogenen Freiheitsstrafen und der damit einhergehen- den schlechten Legalprognose einerseits sowie seiner prekären finanziellen Ver- hältnisse andererseits vorliegend einzig eine Bestrafung mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe, nicht aber mit einer Geldstrafe in Betracht kommt (Urk. 25 S. 16 ff.). Auf diese Ausführungen kann sowohl bei Anwendung von Art. 41 und Art. 42 Abs. 2 aStGB als auch bei Anwendung von Art. 41 und Art. 42 Abs. 2 StGB verwiesen werden. Der Beschuldigte wäre somit mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten zu bestrafen.

E. 2.10

Infolge des geltenden Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) bleibt es im Resultat indessen bei der von der Vorinstanz ausgefallten unbeding- ten Freiheitsstrafe von vier Monaten. Daran sind in Anwendung von Art. 51 StGB zwei Tage erstandener Haft anzurechnen (vgl. Urk. 4/1 und 4/6).

E. 3

Die von der Vorinstanz ausgesprochenen Verwarnungen hinsichtlich des mit Urteil des Tribunal correctionnel de Genève vom 8. März 2012 bedingt aufge- schobenen Strafteils von zwei Jahren Freiheitsstrafe (die ursprüngliche Probezeit wurde mit Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 21. April 2016 um 1 ½ Jahre verlängert, vgl. Urk. 7/4 S. 42) sowie der mit Entscheid des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 26. August 2016 gewährten bedingten Entlassung be- züglich eines Strafrests von 120 Tagen Freiheitsstrafe können nicht bestätigt wer- den. Der Beschuldigte delinquierte zwar durch seinen rechtswidrigen Verbleib in der Schweiz teilweise während laufender Probezeit, vorliegend kommen inzwi- schen aber Art. 46 Abs. 5 StGB und Art. 89 Abs. 4 StGB zu Anwendung. Gemäss Art. 46 Abs. 5 StGB kann der Widerruf nicht mehr angeordnet

werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen ist. Die ursprüngliche Probezeit hinsichtlich des mit Urteil des Tribunal correctionnel de Genève vom 8. März 2012 bedingt aufgeschobenen Strafteils von zwei Jahren Freiheitsstrafe wurde mit Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich vom 21. April 2016 um 1 ½ Jahre, d.h. bis am 21. Oktober 2017 verlängert (vgl. Urk. 7/4 S. 42). Seit dem Ablauf der Probezeit waren demnach am 21. Oktober 2020 drei Jahre vergangen. Ein Widerruf und mithin auch eine Verwarnung ist demnach von Gesetzes wegen nicht mehr mög-

- 14 - lich. Sodann kann gemäss Art. 89 Abs. 4 StGB die Rückversetzung nicht mehr angeordnet werden, wenn seit dem Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen sind. Die mit Entscheidung des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 26. August 2016 angesetzte Probezeit von einem Jahr betreffend die bedingte Entlassung bezüglich eines Strafrests von 120 Tagen Freiheitsstrafe (vgl. Urk. 28), welche am 20. Mai 2016 erfolgte, lief am 20. Mai 2017 ab. Seit dem Ablauf dieser Probezeit waren am 20. Mai 2020 drei Jahre vergangen, weshalb ein Widerruf und entsprechend auch eine Verwarnung nicht mehr erfolgen kann.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziff. 8) ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vollumfänglich zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO; vgl. auch Urk. 25 S. 19 f.). Infolge Uneinbringlichkeit sind auch die Kosten der amtlichen Verteidigung in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Abgesehen von gewissen Korrekturen beim Schuldspruch (Deliktszeitraum) unterliegt der Beschuldigte mit seiner Berufung im Wesentlichen vollständig. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten daher, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuerlegen, infolge Uneinbringlichkeit aber abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren im Betrag von rund Fr. 4'400.- (Urk. 40; inkl. Mehrwertsteuer, pauschalisiert) sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 15 - Es wird beschlossen:

E. 3.1

Der Beschuldigte beruft sich jedoch auf "etwelche Rechtfertigungsgründe", namentlich rechtfertigenden, eventualiter entschuldbaren Notstand im Sinne von Art. 17 bzw. Art. 18 Abs. 2 StGB. Er macht insbesondere geltend, es sei ihm nicht zuzumuten, seine Existenz und sein Familienleben mit seiner Ehefrau und den vier gemeinsamen Kindern in der Schweiz preiszugeben, um seiner Ausreisepflicht nachzukommen. Zudem stelle sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Anwesenheit sich ein illegal anwesender Mensch darauf berufen könne, sich den rechtmässigen Aufenthalt quasi "ersessen" zu haben, lebe der Beschuldigte doch nun bereits seit mehr als 20 Jahren in der Schweiz. Der Beschuldigte sucht mit diesen Vorbringen auch, gegenüber dem Migrationsamt "ein Zeichen zu setzen" (Urk. 18; Prot. I S. 10; Urk. 26 S. 2; Urk. 42 S. 1, 2, 4, 5 und 7). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte zusätzlich zu den erwähnten Vorbringen geltend machen, die Bemessung des Verschuldens und der damit verbundenen Strafen in den Urteilen vom 8. März 2012 und 21. April 2016 sei unverhältnismässig und der Beschuldigte von damals und derjenige von heute, das seien zwei verschiedene Welten (Urk. 42 S. 2 f.; Prot. II S. 32 E6).

E. 3.2

Hinsichtlich der Vorbringen des Beschuldigten ist vorab (mit der Vorinstanz in Urk. 25 S. 6 f.) klarzustellen, dass das vorliegende Strafverfahren nicht dazu dienen kann, den rechtskräftigen ausländerrechtlichen Wegweisungsentscheid in

- 8 - Frage zu stellen, welcher in umfassender Würdigung der diesbezüglich relevanten Gesichtspunkte erging und letztinstanzlich vom Bundesgericht bestätigt wurde. Auch die seitherigen Gesuche des Beschuldigten um eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz bzw. um Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung wurden jeweils von den dafür zuständigen Migrationsbehörden behandelt, jedoch (mit ausführlicher Begründung) abgelehnt. Darauf ist im vorliegenden Strafverfahren nicht zurückzukommen. Ebenso wenig ist auf die Strafurteile vom 8. März 2012 und 21. April 2016 zurückzukommen, sind diese doch längst rechtskräftig. Die von der Verteidigung in den Raum gestellte Möglichkeit der "Ersitzung" einer ausländerrechtlichen Bewilligung durch blosser, ununterbrochene Anwesenheit in der Schweiz von genügender Dauer ist sodann in der einschlägigen Gesetzgebung nicht vorgesehen und ergibt sich – entgegen der Verteidigung – auch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Namentlich fehlt es einem illegal anwesenden Ausländer an dem für eine Ersitzung allgemein notwendigen guten Glauben (vgl. etwa Art. 728 Abs. 1 ZGB) bezüglich der Rechtmässigkeit seines Aufenthalts. Nicht weiter hilft dem Beschuldigten auch seine Berufung auf einen "Notstand", womit gemeint ist, dass der Beschuldigte zur Wahrung seiner Interessen bzw. der Interessen seiner Familie berechtigt sei, entgegen dem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid in der Schweiz zu bleiben. Auch damit verlangt der Beschuldigte letztlich nichts anderes, als eine unzulässige Neuurteilung oder gar Missachtung der rechtskräftigen ausländerrechtlichen Entscheidung durch das Strafgericht. Im Übrigen ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 25 S. 8 ff.). Es liegt kein Notstand im Sinne von Art. 17 bzw. von Art. 18 Abs. 2 StGB vor und es sind auch keine anderen Rechtfertigungs- oder Schuldabschlussgründe für das Verhalten des Beschuldigten ersichtlich.

E. 3.3

Wie die Vorinstanz jedoch zutreffend ausführte, darf der Beschuldigte nicht wegen rechtswidrigem Aufenthalt bestraft werden, soweit ihm die gebotene Ausreise aus der Schweiz aus objektiven Gründen unmöglich war, wie namentlich während der Dauer erstandener Untersuchungshaft oder des Strafvollzugs. Diesbezüglich berücksichtigte die Vorinstanz in ihrem Urteil bereits zu Recht den Zeit-

- 9 - raum vom 15. Januar 2015 bis 20. Mai 2016, in dem sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug befand (Urk. 25 S. 11 f.). Die weiteren Strafvollzugsdaten blieben aufgrund der vorliegenden Akten der Staatsanwaltschaft bzw. der Vorinstanz hingegen teilweise unklar. Gemäss Auskunft des Justizvollzugs Kanton Zürich vom 9. Februar 2021 hat der Beschuldigte die Strafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. April 2016 (28 Monate Freiheitsstrafe) durch Untersuchungshaft bzw. vorzeitigen Strafvollzug erstanden. Er wurde vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch das Sachgericht per 20. Mai 2016 entlassen. Die im Strafregister vermerkte bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wurde vom Amt für Justizvollzug am 26. August 2016 nachträglich verfügt (vgl. auch Urk. 28 S. 2). Betreffend den unbedingten Teil der Freiheitsstrafe (1 Jahr, abzüglich 15 Tage Untersuchungshaft) gemäss Urteil des Genfer Strafgerichts vom 8. März 2012 sei kein Vollzug durch den Kanton Zürich ersichtlich. Generell seien im Kanton Zürich seit Mai 2016 keine weiteren Strafvollzüge des Beschuldigten mehr ersichtlich (vgl. zum Ganzen Urk. 36). Aktenkundig

ist, dass sich der Beschuldigte im Anschluss an seine Haftentlassung im letzten Strafverfahren am 20. Mai 2016 vom 21. Mai 2016 bis 20. Juni 2016 im Kanton Zürich in Ausschaffungshaft befand. Anschliessend wurde er dem Justizvollzug des Kantons Genf "zwecks Vollzugs einer Reststrafe" (mutmasslich gemäss Urteil vom 8. März 2012) überstellt (vgl. Urk. 2/5 S. 2, Urk. 2/8 S. 2 sowie auch Urk. 2/14 S. 4 f.). Gemäss Auskunft des SAPEM (Service de l'application des peines et mesures) Genf vom 9. Februar 2021 befand sich der Beschuldigte vom 20. Juni 2016 bis am 18. Mai 2017 im Vollzug der Reststrafe gemäss Urteil des Genfer Tribunal correctionnel vom 8. März 2012. Ab dem 28. Juni 2016 wurde die Strafe dabei im Flughafengefängnis Zürich vollzogen. Am 18. Mai 2017 wurde der Beschuldigte aus dem Strafvollzug entlassen (vgl. zum Ganzen Urk. 37). Der Beschuldigte ist damit ferner bezüglich des Zeitraums vom 20. Juni 2016 bis 18. Mai 2017, in welchem er sich nachweislich im Strafvollzug befand und deshalb seiner Ausreisepflicht von vornherein nicht nachkommen konnte, vom Ankla-

- 10 - gevorwurf freizusprechen. Dasselbe gilt – mit der Vorinstanz – für den Zeitraum seiner vorläufigen Festnahme zu Beginn des vorliegenden Strafverfahrens vom 1.-2. Februar 2019, hingegen nicht für die Dauer der Ausschaffungshaft, während der dem Beschuldigten die freiwillige Ausreise jederzeit offen gestanden wäre.

E. 3.4

Der Beschuldigte ist somit im Ergebnis für die Tatzeiträume vom 21. Mai 2016 bis 19. Juni 2016, vom 19. Mai 2017 bis 31. Januar 2019 sowie vom

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