

ZH_OBERGERICHT SB220325 vom 4. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220325

FR: ZH_OBERGERICHT SB220325 du 4 novembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB220325 del 4 novembre 2022

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 entgegengenommen (Urk. 24/2). Mit Eingabe vom 3. August 2020 reichte dieser fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 26).

E. 1.1

Der gesetzliche Strafrahmen von Art. 115 Abs. 1 AuG bzw. (ab dem 1. Januar 2019) von Art. 115 Abs. 1 AIG blieb trotz zahlreicher Gesetzesrevisio-

- 12 - nen 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 Strafrahmens 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 mildereren 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 Strafrahmen 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 Strafrahmen von drei Tagen bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe von einem bis zu 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB und Art. 40 f. StGB).

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 mildereren Bestrafung des Beschuldigten führen würde.

E. 2

Mit Urteil vom 26. Februar 2021 sprach die hiesige Kammer des Obergerichts den Beschuldigten in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bzw. AIG (Tatzeiträume vom 21. Mai 2016 bis 19. Juni 2016, vom 19. Mai 2017 bis 31. Januar 2019 sowie vom 3. Februar 2019 bis 13. Januar 2020). Im Übrigen (Tatzeiträume vom 20. Juni 2016 bis 18. Mai 2017 sowie vom 1./2. Februar 2019) wurde der Beschuldigte

freigesprochen. Zu den Einzelheiten des Verfahrensganges bis zur Urteilsfällung im ersten Berufungsverfahren kann ferner auf die entsprechenden Ausführungen im schriftlich begründeten Urteil vom 26. Februar 2021 verwiesen werden (Urk. 47 S. 4).

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.

- 13 -

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 Urk. 33/1-8; Urk. 46 S. 5 ff.). Zu korrigieren ist, dass der Beschuldigte gemäss seinen Aussagen anlässlich der Berufungsverhandlung vom 26. Februar 2021 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 (Urk. 46 S. 7 ff.; Urk. 33/1). Der Beschuldigte betreut die Kinder, wenn seine Ehefrau arbeitet, und hat ausser mit seiner Familie mit niemandem Kontakt (Urk. 46 S. 11 und S. 14 f.). An diesen Verhältnissen hat sich bis heute nichts Wesentliches geändert (Prot. II S. 4 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

Betäubungsmittelge- setz 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

- 14 - 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. Urk. 46 S. 21 E1; Urk. 46 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- te die Vorinstanz aus, dass aufgrund der früher ausgefallten und vollzogenen Freiheitsstrafen und der damit einhergehenden schlechten Legalprognose einer- seits sowie seiner prekären finanziellen Verhältnisse andererseits vorliegend einzig eine Bestrafung mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe, nicht aber mit einer Geld- strafe 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.

E. 3

Der Beschuldigte erhob gegen das Urteil vom 26. Februar 2021 Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht (Urk. 53/2). Mit Urteil vom

- 5 - 12. Mai 2022 hiess die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Be- schwerde des Beschuldigten teilweise gut, hob das Urteil der hiesigen Kammer vom 26. Februar 2021 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die er- kennende Kammer zurück (Urk. 57).

E. 3.1

Bei dieser Wahl der Sanktionsart unterliess es die Vorinstanz, die Möglich- keit einer Sanktionierung mit einer Freiheitsstrafe unter dem Gesichtspunkt der Rechtsprechung zur Richtlinie 2008/115/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie) zu überprüfen.

- 15 -

E. 3.2

Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (sog. Rückführungsrichtlinie ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.) kommt in der Schweiz zur Anwendung (BGE 143 IV 249 E. 1.2 S. 251 mit Verweis auf den Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie [AS 5925 2010]). Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 249 E. 1.9 festgehalten, dass eine Rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (SR 142.20) verlange, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden (BGE 143 IV 249 = Pra 107 (2018) Nr. 28 E. 1.9). Auch die illegale Einreise fällt gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/15 (Urteil des Bundesgerichts 6B_701/2019 vom 17. Dezember 2020 E. 1.4.2). Weiter hielt das Bundesgericht in BGE 143 IV 249 fest, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar sei, vorausgesetzt sie erschwere das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion könne unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9 S. 260 f.; so auch der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts 6B_701/2019 vom 17. Dezember 2019 E. 1.4.1). Die Schengener Rückführungsrichtlinie steht somit einer Bestrafung gestützt auf Art. 115 AuG nicht grundsätzlich entgegen. Die ausgesprochene Strafe darf jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung des Rückführungsverfahrens führen.

E. 3.3

In casu ist den Migrationsakten des Kantons Zürich (Urk. 2/22 e.c.) und ebenso der Stellungnahme des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2022 (Urk. 67) zu entnehmen, dass der Beschuldigte trotz rechtskräftiger Wegweisung im Jahr 2016 nach wie vor über keinerlei Ausreisepapiere (Laissez-passer) verfügt. Nachdem am 20. Juni 2016 eine am 20. Mai 2016 angetretene Ausschaffungshaft zugunsten der Verbüssung einer teilbedingten Frei-

- 16 - heitstrafe aufgehoben worden war (Urk. 2/5 S. 2; Urk. 2/8 S. 2; Urk. 2/14 S. 4 f.), erging bis heute kein neuerlicher Entscheid hinsichtlich einer Anordnung von Ausschaffungshaft. Auch eine Eingrenzung erfolgte bis dato noch nicht. Die Möglichkeiten zur Durchsetzung der Rückführung wären somit grundsätzlich zumindest auf theoretischer Ebene noch nicht ausgeschöpft. Indessen erklärte das Migrationsamt des Kantons Zürich in seiner Mitteilung vom 25. Oktober 2022, dass gemäss Mitteilung des Staatssekretariates für Migration vom 19. Oktober 2022 für eine unfreiwillige Ausreise nach Guinea derzeit keine Reisedokumente erhältlich gemacht werden können. Eine zeitnahe Änderung dieser Praxis sei von den Behörden in Guinea gegenüber dem Staatssekretariat für Migration im September 2022 in Aussicht gestellt worden. Im vorliegenden Fall habe die Botschaft von Guinea trotz mehrfacher Intervention seitens des Staatssekretariates für Migration und des EDA eine Ausstellung eines Reisedokumentes für den Beschuldigten negativ beantwortet (Urk. 67 S. 1 f.). Da demzufolge derzeit für unkooperative Personen keine Laissez-passer ausgestellt werden und der Beschuldigte die Schweiz freiwillig nicht verlassen will, sind von Seiten des Migrationsamtes des Kantons Zürich gemäss seinem Bericht vom 25.

Oktober 2022 bis auf Weiteres alle ziel- führenden Massnahmen für eine Ausschaffung des Beschuldigten ausgeschöpft worden (Urk. 67 S. 2).

E. 3.4

Vorliegend hat die zuständige Behörde an sich sämtliche zielführenden und damit sämtliche erforderlichen Massnahmen zur Rückführung des Beschuldigten erfolglos ausgeschöpft. Daran ändert auch der Umstand, dass auf theoretischer Ebene noch weitere (Zwangs-) Massnahmen zur Verfügung stünden, nichts, würde doch eine Rückführung selbst bei Ergreifung dieser Massnahmen zumindest im jetzigen Zeitpunkt an der Unmöglichkeit der Erhältlichmachung von Ausreisepapieren scheitern. Zu berücksichtigen ist indes, dass das Staatssekretariat für Migration eine Praxisänderung der guineischen Behörden angekündigt hat. Namentlich stellte es die Aufnahme der Ausstellung der Laissez-passer auch für unfreiwillige Rückführungen durch die Behörden von Guinea in absehbarer Zeit in Aussicht. Im Lichte der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung ist vor diesem Hintergrund festzustellen, dass die Sanktionierung des Beschuldigten mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe dessen Wegweisung respektive Rückführung in

- 17 - sein Heimatland erschweren würde, so dass vorliegend einzig eine Bestrafung mit einer Geldstrafe in Betracht kommt. 4. Der Beschuldigte ist damit – in Nachachtung des Verschlechterungsgebotes (Art. 391 Abs. 2 StPO) – mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu bestrafen. Die erstandene Haft von zwei Tagen ist dem Beschuldigten im Sinne von Art. 51 StGB an die Geldstrafe anzurechnen (vgl. Urk. 4/1 und Urk. 4/6). Aufgrund der prekären finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist die Tagessatzhöhe auf minimale Fr. 10.– festzusetzen.

E. 4

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2022 wurde das Migrationsamt des Kantons Zürich betreffend Stand der ergriffenen Massnahmen hinsichtlich einer Wegweisung des Beschuldigten angefragt (Urk. 66). Der Bericht des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2022 ging am 26. Oktober 2022 hierorts ein und wurde dem amtlichen Verteidiger des Beschuldigten in der Folge zur Kenntnis weitergeleitet (Urk. 67 und Urk. 67-A).

E. 5

Sodann ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass beim Beschuldigten aufgrund der früher ausgefallten und vollzogenen Freiheitsstrafen und der damit einhergehenden schlechten Legalprognose ein Aufschub der Strafe nicht in Betracht kommt. Der Beschuldigte ist somit mit einer unbedingten Geldstrafe zu bestrafen. Allerdings ist an dieser Stelle in Bezug auf die Anmerkung der Verteidigung, wonach es dem Beschuldigten zusammen mit seiner Ehefrau möglich sei, einen Geldbetrag von Fr. 1'200.– zu bezahlen (Urk. 70 S. 1), darauf hinzuweisen, dass es nicht Sinn der Sache ist, dass die Ehefrau des Beschuldigten dessen Strafe (mit-)bezahlt.

E. 6

Die von der Vorinstanz ausgesprochenen Verwarnungen hinsichtlich des mit Urteil des Tribunal correctionnel de Genève vom 8. März 2012 bedingt aufgeschobenen 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 Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 26. August

2016 gewährten bedingten Entlassung bezüglich eines Strafrests von 120 Tagen Freiheitsstrafe können nicht bestätigt werden. Der Beschuldigte delinquierte zwar durch seinen rechtswidrigen Verbleib in der Schweiz teilweise während laufender Probezeit, vorliegend kommen inzwischen 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 möglich. 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 Amtes 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 ersten Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten daher, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuerlegen, infolge Uneinbringlichkeit aber abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das erste Berufungsverfahren im Betrag von rund Fr. 4'400.– (Urk. 40; inkl. Mehrwertsteuer, pauschalisiert) sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 19 - 3. Der Beschuldigte hat nicht zu vertreten, dass infolge des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts ein zweites Berufungsverfahren nötig wurde. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren hat somit ausser Ansatz zu fallen. Die weiteren Kosten dieses Verfahrens, d.h. diejenigen der amtlichen Verteidigung im Betrag von rund Fr. 1'300.– (inkl. Mehrwertsteuer) sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

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