

ZH_OBERGERICHT SB230366 vom 23. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230366

FR: ZH_OBERGERICHT SB230366 du 23 janvier 2024

IT: ZH_OBERGERICHT SB230366 del 23 gennaio 2024

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 18. April 2023, das dem Beschuldigten und seinem amtlichen Verteidiger mündlich eröffnet und übergeben (Prot. I S. 14) sowie der Staatsanwaltschaft schriftlich mitgeteilt wurde (Urk. 25), liess der

- 4 - Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Prot. I S. 15; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 15. respektive am 20. Juni 2023 zugestellt (Urk. 26 und Urk. 27), woraufhin der Beschuldigte am 11. Juli 2023 fristgerecht die Berufungserklärung einreichen liess (Urk. 30; Art. 399 Abs. 3 StPO).

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 11. Juli 2023 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Erklärung der Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags angesetzt (Urk. 31). Die Staatsanwaltschaft erklärte den Verzicht auf Anschlussberufung innert Frist (Urk. 32/1 und Urk. 33).

E. 2.1

Stark zusammengefasst rügt die amtliche Verteidigung im Hauptbegehren, auf das Strafverfahren sei nicht einzutreten, weil 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 (nachfolgend: EU-Rückführungsrichtlinie) als Verfahrenshindernis einer Bestrafung des Beschuldigten entgegenstehe. Werde die EU-Rückführungsrichtlinie nicht als Verfahrenshindernis erkannt, sei der Beschuldigte (eventualiter) freizusprechen (Urk. 23 S. 5 f.; Urk. 30 S. 2; Prot. II S. 3; Urk. 1 ff.).

E. 2.2

Das Gericht hat nach Anklageerhebung zu prüfen, ob und inwiefern der eingeklagte Sachverhalt erstellt und ein Straftatbestand erfüllt ist. Fehlt es an einem Straftatbestand, muss das Gericht die beschuldigte Person freisprechen. Ist

- 6 - ein Straftatbestand gegeben und sind die weiteren Voraussetzungen für einen Schuldspruch erfüllt, hat es sie schuldig zu sprechen (BGE 139 IV 220 E. 3.4.5; Urteil des Bundesgerichts 6B_791/2023 vom 23. August 2023 E. 1.2 m.H.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 21. Dezember 2021, in: ZR 121/2022 Nr. 55, S. 211 ff. m.H.). Die Frage der Strafbarkeit des Beschuldigten ist losgelöst und insbesondere erst im Nachgang zur Frage der Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens zu prüfen. Mit anderen Worten hat weder ein Nichteintretensentscheid noch eine

Verfahrenseinstellung oder ein Freispruch zu ergehen, bloss weil unter Berücksichtigung der EU-Rückführungsrichtlinie eine Bestrafung allenfalls nicht möglich ist (was es zu prüfen gilt – vgl. nachstehend E. IV.3.). Ein Schuldspruch kann auch dann ergehen, wenn im Fortgang von einer Bestrafung abgesehen wird (vgl. Art. 115 Abs. 5 AIG, Art. 52 ff. StGB; vgl. auch BGE 139 IV 220 E. 3.4). Insofern ist in der EU-Rückführungsrichtlinie kein Verfahrenshindernis zu erkennen. Damit gilt es zunächst, die Tatbestandsmässigkeit des dem Beschuldigten zur Last gelegten Verhaltens zu prüfen.

E. 3

Sachverhalt Der Beschuldigte bestritt den anklagegegenständlichen Sachverhalt weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. So gab er zu, am 30. September 2011 in die Schweiz eingereist zu sein. Nachdem er zur Ausreise bis 20. Januar 2012 verpflichtet worden sei, habe er die Schweiz verlassen. Zwischenzeitlich sei er dennoch wieder eingereist und halte sich nunmehr seit rund acht bis neun Jahren ununterbrochen in der Schweiz auf (Urk. 2 F/A 4 ff.; Prot. I S. 9). Die amtliche Verteidigung erachtet den Anklagesachverhalt sodann als unstrittig (Urk. 23 S. 2; Urk. 40 S. 1). Aus den Migrationsakten ergibt sich übereinstimmend, dass das Asylgesuch des Beschuldigten mit Entscheidung des (damals noch so genannten) Bundesamts für Migration vom 29. November 2011 abgewiesen und am 20. Januar 2012 rechtskräftig wurde. Mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2012 wurde er aufgefordert, die Schweiz unverzüglich zu verlassen (Urk. 4; Urk. 12/3-5). Der für den Tatbestand im zur Anklage gebrachten Zeitraum vom 9. Dezember 2019 bis 22. März 2022 relevante Sachverhalt ist

- 7 - damit als erstellt zu betrachten. Im Übrigen kann auf die diesbezüglichen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 28 S. 4 f.).

E. 3.1

Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat bei erfülltem Tatbestand eine Verurteilung zu erfolgen, und sofern die EU-Rückführungsrichtlinie der Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe entgegensteht, ist die Ausfällung einer Geldstrafe zu prüfen. So hält das Bundesgericht in einem neueren (vom Verteidiger mehrmals eingebrachten) Urteil unter Verweis seiner bisherigen Rechtsprechung fest: "Soweit ein Freiheitsentzug nach der europäischen Rechtslage grundsätzlich ausgeschlossen ist, wird damit nicht schon jede Sanktionierung einer beharrlichen Renitenz ausgeschlossen und der durch nicht kooperierendes Verhalten fortgesetzte illegale Aufenthalt mittelbar begünstigt. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG/AIG droht neben Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr alternativ Geldstrafe an. Die Verhängung einer Geldstrafe ist mit der Richtlinie nicht unvereinbar, soweit sie die Abschiebung nicht verzögert" (Urteil des Bundesgerichts 6B_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3 mit Verweis auf BGE 143 IV 249 E. 1.9; BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; und Urteile 6B_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5; 6B_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4). Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9; BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4, 6B_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5 und 6B_388/2022 vom 27. April 2023 E. 2.3). Der Bestrafung der beschuldigten Person mit einer Geldstrafe steht damit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts weder die EU-Rückführungsrichtlinie noch Verfassungs- oder Konventionsrecht a priori entgegen. Auch die Mittellosigkeit

- 9 - schliesst die Ausfällung einer Geldstrafe nicht aus. So kann gemäss Bundesgericht auch bei abgewiesenen Asylbewerbern, die Nothilfe beziehen, eine Geldstrafe verhängt werden – dies also auch im Geltungsbereich der EU-Rückführungsrichtlinie (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.3 ff., insbesondere E. 1.5; 6B_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 2.7; 6B_689/2010 und 6B_690/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 6.4; Urteil des Obergerichts Zürich, II. Strafkammer, vom 25. Januar 2022 [SB210358-O] E. 6.3).

E. 3.2

Im vorliegenden Fall steht die EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe entgegen, weil die Migrationsbehörden noch nicht sämtliche erforderlichen Entfernungsmassnahmen zur Durchsetzung der rechtskräftigen Rückkehrentscheidung ergriffen haben (Urk. 8 S. 3 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 6B_713/2012 vom 19. April 2013 E. 1.3 und 1.4; dazu auch Urk. 28 S. 9 und 16). Dies blieb auch im Berufungsverfahren unbestritten (Urk. 40 S. 1 ff.).

E. 3.3

Weil die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe ausgeschlossen ist, gilt dies gemäss aufgeführter bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mutatis mutandis für die Geldstrafe. Ferner ist nicht wegen des Umstands allein, dass der Beschuldigte lediglich von Nothilfe lebt, davon auszugehen, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann. Grundsätzlich sind Zahlungserleichterungen wie Ratenzahlung oder eine längere Zahlungsfrist möglich (Art. 35 Abs. 1 StGB), was einer allfälligen Rückführung des Beschuldigten nicht per se entgegensteht. Obschon das Kernproblem des vorliegenden Streitgegenstands im Grunde keines des Strafrechts ist, hat sich der Beschuldigte durch sein Verhalten nach geltender Gesetzgebung und bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG strafbar gemacht und muss sich deswegen verantworten. Deshalb muss er sich grundsätzlich wie andere, die unter dem Existenzminimum leben, in seinen grundlegendsten Bedürfnissen zusätzlich einschränken. Entsprechend hat der Gesetzgeber die Geldstrafe auch für eine mittellose Täterschaft gewollt so vorgesehen (so nach wie vor die gängige Haltung des Bundesgerichts; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.5; HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019,

- 10 - N 452). Daran ändert auch das von der Verteidigung vorgebrachte Urteil des Bundesgerichts 6B_908/2021 vom 29. November 2022 nichts: Weil die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich waren und der entsprechende Punkt, wonach mangels finanzieller Möglichkeiten von einer Geldstrafe abgesehen wurde, vor Bundesgericht unangefochten blieb, äusserte es sich nicht dazu (E. 6.5 des vorgenannten Urteils). Bestätigt hat es jedoch seine bisherige Haltung, dass eine beharrliche Renitenz grundsätzlich zu sanktionieren und der durch nicht kooperierendes Verhalten fortgesetzte illegale Aufenthalt nicht mittelbar zu begünstigen sei. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG siehe daher alternativ zur Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr die Verhängung einer Geldstrafe vor (E. 5.3 des vorgenannten Urteils).

E. 3.4

Mit der Verteidigung ist im vorliegenden Fall jedoch entscheidend, dass eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe (unter Anrechnung von 2 Hafttagen) in Höhe von 118 Tagen die Gefahr birgt, eine allfällige Rückführung zu verzögern. Dies gilt es bereits im Strafurteil

und nicht erst im Vollzug zu berücksichtigen. Im Ergebnis steht die EU-Rückführungsrichtlinie nicht nur der Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe entgegen, sondern auch der Verhängung einer seinem Verschulden angemessenen Geldstrafe. Folgerichtig ist von einer Bestrafung des Beschuldigten Umgang zu nehmen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenver- ordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Par- teien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre gestellten Anträge gutgeheissen wur- den (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 6 zu Art. 428 StPO).

- 11 - 2. Da der Beschuldigte vorliegend mit seinen Anträgen teilweise obsiegt, sind ihm ausgangsgemäss die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu einem Drittel aufzuerlegen. Aufgrund der misslichen finanziellen Situation des Beschul- digten, die sich in absehbarer Zeit nicht verbessern dürfte, sind ihm die Kosten je- doch ausnahmsweise zu erlassen und daher abzuschreiben (Art. 425 StPO). 3. Für den seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren rechtfertigt sich, Rechtsanwalt lic. iur. X._____ pauschal und gesamthaft mit Fr. 3'000.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen. Die entsprechenden Kosten sind unter Berücksichtigung von Art. 425 StPO definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

E. 4

f.).

- 8 - 2. Vorbemerkungen Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, unter Anrechnung zwei erstandener Hafttage (Urk. 28 S. 24). Sie hat die Regeln der Festlegung des Strafrahmens und der Strafzumessung zutreffend dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 28 S. 10 f.). Im Sinne einer Wiederholung ist nochmals festzuhalten, dass die Strafnorm des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG als Sanktion Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsieht. 3. Antizipierte Wahl der Sanktionsart

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