

# ZH\_OBERGERICHT SB230443 vom 9. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230443](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230443)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230443 du 9 janvier 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230443 del 9 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksge- richtes Horgen, Einzelgericht, vom 13. Juni 2023, das dem Beschuldigten und sei- ner amtlichen Verteidigerin mündlich eröffnet und übergeben (Prot. I S. 13) sowie der Staatsanwaltschaft schriftlich mitgeteilt wurde (Urk. 43 und Urk. 44/1), liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 45; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 21. respektive am 22. August 2023 zugestellt (Urk. 47 und Urk. 48/1-2), woraufhin der Beschuldigte am 4. September 2023 fristgerecht die Berufungserklärung samt Beilage einreichen liess (Urk. 51 und Urk. 52; Art. 399 Abs. 3 StPO).

### E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 6. September 2023 wurde die Berufungserklä- rung der Staatsanwaltschaft zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Erklärung der Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags angesetzt (Urk. 53). Die Staatsanwaltschaft erklärte den Verzicht auf Anschlussberufung innert Frist (Urk. 54/2 und Urk. 55).

#### E. 2.1

Stark zusammengefasst rügt die amtliche Verteidigerin im Berufungsver- fahren, der Beschuldigte sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG freizusprechen, weil einerseits die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rück- führung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (nachfolgend: EU-Rückführungs- richtlinie) und andererseits Art. 5 Abs. 2, Art. 7, Art. 10 Abs. 3, Art. 12 und Art. 14 BV sowie Art. 3 und Art. 8 EMRK einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheits- oder Geldstrafe entgegenstehen würden (Urk. 51 S. 1 f.; Urk. 59 S. 2 ff.).

#### E. 2.2

Wie bereits das Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, in sei- nem Entscheid vom 16. Februar 2023 namentlich mit Verweis auf seinen Ent- scheid vom 21. Dezember 2021 (UE210003 E. 5 = ZR 121/2022 Nr. 55, S. 210 ff.) festgehalten hat, hat das Gericht nach Anklageerhebung zu prüfen, ob und inwie- fern der eingeklagte Sachverhalt erstellt ist und einen Straftatbestand erfüllt. Fehlt es an einem Straftatbestand, muss das Gericht die beschuldigte Person freispre- chen. Ist ein Straftatbestand gegeben und sind die weiteren Voraussetzungen für einen Schuldspruch erfüllt, hat es sie schuldig zu sprechen (Urk. 35 S. 11). 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 kein Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung zu ergehen, bloss

weil unter den vorliegenden Umständen eine Bestrafung allenfalls nicht möglich ist (was es zu prüfen gilt – vgl. nachstehend E. IV.3. f.). 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).

- 7 -

### **E. 3**

Sachverhalt Der Beschuldigte bestritt den anklagegegenständlichen Sachverhalt weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. So gab er an, über seine Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz bis 15. März 2019 Bescheid zu wissen. Er sei jedoch nicht bereit, die Schweiz zu verlassen, und habe dies im eingeklagten Zeitraum auch nicht getan (Urk. 2 F/A 9-12; Urk. 4/5/13 S. 2; Urk. 5 F/A 16 und F/A 23; Prot. II S. 10; vgl. auch Urk. 59 S. 1). Aus den Migrationsakten ergibt sich ferner, dass das Asylgesuch des Beschuldigten mit Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. September 2018 rechtskräftig abgewiesen und er mit Schreiben des Staatssekretariats für Migration vom 20. September 2018 erneut auf seine Ausreisepflicht bis 15. März 2019 aufmerksam gemacht wurde (Urk. 3/2-4). Der Sachverhalt gemäss Anklage vom 26. August 2021 ist damit als erstellt zu betrachten. Im Übrigen kann auf die diesbezüglichen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 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 eine Mittellosigkeit 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).

### **E. 3.2**

Wie bereits mehrfach erwogen, steht im vorliegenden Fall 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. 35 S. 6 f. mit Verweis auf BGE 143 IV 249 E. 1.9 und Urteil des Bundesgerichts 6B\_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.3.2; dazu auch Urk. 49 S. 7 f.). Dies blieb auch im Berufungsverfahren unbestritten (Prot. II. S. 10 f.; Urk. 59 S. 1 ff.).

### **E. 3.3**

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausfällung einer Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen (vgl. nachstehend E. IV.4) eine Abschiebung des Beschuldigten erschweren sollte, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst die mögliche Umwandlung einer Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe die Ausfällung einer Geldstrafe nicht hindert, sofern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe die Rückführung nicht massgebend erschwert (BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 f.). Das wird bei einer relativ geringen Anzahl an eventuell zu verbüssenden Tagen – wie in casu, sollte es denn dazu kommen – nicht der Fall sein. 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 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. Urteile des Bundesgerichts 6B\_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.5; 6B\_689/2010 und 6B\_690/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 6.4; HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019, N 452). Daran ändert auch das von der Verteidigung vorgebrachte Urteil des Bun-

- 11 - desgerichts 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 (E. 5.3 des vorgenannten Urteils). Weil vorliegend keine Gründe ersichtlich sind, welche der Bestrafung des Beschuldigten entgegenstehen, ist dieser für sein strafbares Verhalten mit der Vorinstanz mit einer Geldstrafe zu bestrafen.

### **E. 4**

Strafzumessung und Vollzug

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz qualifizierte das Tatverschulden des Beschuldigten als noch leicht, insbesondere indem es sein über mehrere Jahre andauerndes renitentes Verhalten, die Schweiz trotz Kenntnis der rechtskräftigen Wegweisung nicht zu verlassen, in Erwägung zog. Dafür verhängte sie eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen. Den Umstand, dass er als abgewiesener Asylbewerber lediglich Nothilfe bezieht, berücksichtigte die Vorinstanz, indem sie die Tagessatzhöhe in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 StGB und zu Recht auf Fr. 10.– reduzierte. Den unbedingten Vollzug der Strafe erachtete sie sodann als nicht notwendig, um den Beschuldigten vor weiteren Delikten abzuhalten. Zwar sei der Beschuldigte nach wie vor nicht ausgereist, dennoch sei positiv zu berücksichtigen, dass die früheren Straftaten einige Zeit zurückliegen würden und der Beschuldigte als ein möglicher Härtefall anerkannt werden könne. Er sei bemüht, seinen Aufenthalt zu legalisieren (Urk. 49 S. 12 ff.).

#### **E. 4.2**

Die Berufungsinstanz darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (vgl. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO; Verschlechterungsverbot). Da vorliegend lediglich der Beschuldigte die Berufung erklärte und damit das vorinstanzliche Urteil nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden darf, ist dieses unter Verweis auf die darin enthaltene Strafzumessung (Urk. 49 S. 12 ff.) zu bestäti-

- 12 - gen. Festzuhalten ist, dass die Berufungsinstanz den Beschuldigten unter Berücksichtigung seines noch leichten Tatverschuldens und insbesondere mit Blick auf sein gegenüber den Migrationsbehörden über mehrere Jahre hinweg renitentes und gleichgültiges Verhalten eher mit 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestraft hätte. Ferner wäre ihm auch keine positive Legalprognose zu stellen gewesen, da er sich – wie die Verteidigung zu Recht festhält (Urk. 51 S. 2) – seither und weiterhin ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhält und keine Anstalten trifft, diese zu verlassen. Folgerichtig wäre die Geldstrafe aus Sicht der Berufungsinstanz zu vollziehen gewesen. Im Ergebnis ist der Beschuldigte jedoch mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten (Urk. 8/1 und Urk. 8/7). Der Vollzug der Geldstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf 5 Jahre festzusetzen. 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 Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien 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 wurden (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 6 zu Art. 428 StPO). 2. Da der Beschuldigte vorliegend mit seinen Anträgen vollumfänglich unterliegt, rechtfertigt es sich, ihm die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Aufgrund der misslichen finanziellen Situation des Beschuldigten, die sich in absehbarer Zeit nicht verbessern dürfte, sind ihm die Kosten jedoch ausnahmsweise zu erlassen und daher abzuschreiben (Art. 425 StPO). 3. Der seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand von Fr. 2'633.15 für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren ist ausgewiesen und er-

- 13 - scheint angemessen (Urk. 60). Es rechtfertigt sich daher, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 2'633.15 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen (§ 2 lit. b und § 17 Abs. 1 lit. b A in Verbindung mit § 18 Abs. 1 AnwGebV OG). Die entsprechenden Kosten sind unter Berücksichtigung von Art. 425 StPO 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.