Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 125/2018

Urteil vom 14. Juni 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiberin Bianchi.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Schützengasse 1, 9001 St. Gallen,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Rechtswidriger Aufenthalt
(kurze unbedingte Freiheitsstrafe),

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 30. November 2017 (ST.2017.136-SK3).

Sachverhalt:

A.
A._____ ist 2009 illegal in die Schweiz eingereist. Nach rechtskräftiger Abweisung ihres Asylgesuchs wurde ihr Frist bis am 15. Mai 2012 angesetzt, um die Schweiz zu verlassen. A._____ verblieb jedoch in der Schweiz.
A._____ wurde seither zweimal rechtskräftig wegen rechtswidrigen Aufenthaltes gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt.

B.
Das Kreisgericht See-Gaster verurteilte A._____ am 24. Juli 2017 erneut wegen rechtswidrigen Aufenthaltes und bestrafte sie mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten. Das Kantonsgericht St. Gallen bestätigte das Urteil am 30. November 2017.

C.
A._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und sie sei mit einer angemessenen Geldstrafe von maximal 90 Tagessätzen zu Fr. 10.-- zu bestrafen. Eventualiter beantragt sie, die Sache sei zum neuen Entscheid über die Sanktion sowie die Kostenverlegung an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 90 Tagen verletze Art. 41 Abs. 1 StGB sowie die Begründungspflicht als Teilgehalt ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO).

1.1. Gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB in der bis am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung kann das

Gericht auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe (Art. 42) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.
Art. 41 sowie 42 StGB wurden im Rahmen der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung des Sanktionenrechts revidiert. Die revidierten Bestimmungen sind für den Täter nicht milder, weswegen das alte Recht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB; Urteil 6B 658/2017 vom 30. Januar 2018 E. 1.1; 6B 341/2017 vom 23. Januar 2018 E. 1.1).

1.2.

1.2.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer negativen Legalprognose ausgegangen.

1.2.2. Im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 StGB genügt für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Der bedingte Strafaufschub setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang (BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 97 E. 7.3 S. 117; Urteil 6B 118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2; je mit Hinweisen).
Das Gericht hat eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung zwar als erheblich ungünstiges Element zu gewichten, sie schliessen den bedingten Vollzug allerdings nicht notwendigerweise aus (Urteile 6B 118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2; 6B 358/2014 vom 26. Juni 2014 E. 2.3; je mit Hinweisen).
Bei der Prüfung über das zukünftige Verhalten steht dem Sachgericht ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid auf, wenn die Vorinstanz nicht von rechtlich massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder diese in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens unrichtig gewichtet hat (BGE 134 IV 140 E. 4.2 S. 143; 133 IV 201 E. 2.3 S. 204; Urteil 6B 42/2018 vom 17. Mai 2018 E. 1.2).

1.2.3. Die Vorinstanz erwägt, die Beschwerdeführerin sei einschlägig vorbestraft. Sie sei bereits zweimal wegen rechtswidrigen Aufenthaltes schuldig gesprochen worden und habe deswegen insbesondere eine unbedingte Freiheitsstrafe von einem Monat verbüsst. Dennoch habe sie im erst- und vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass sie die Schweiz nicht verlassen werde. Selbst die bereits verbüsste Freiheitsstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthaltes habe keinen nachhaltigen Eindruck hinterlassen. Daher sei von einer negativen Legalprognose auszugehen.

1.2.4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass sie sich mit ihrem in der Schweiz als Flüchtling anerkannten Partner in einem Ehevorbereitungsverfahren befinde und sich aufgrund der Eheschliessung zukünftig legal in der Schweiz aufhalten werde. Ferner habe die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt, indem sie nicht auf das vorgebrachte Eheschliessungsverfahren eingegangen sei.

1.2.5. Die Beschwerdeführerin vermag keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung durch die Vorinstanz aufzuzeigen. Das nach ihren eigenen Angaben im April 2017 beim Zivilstandesamt Rapperswil-Jona eingereichte Ehevorbereitungsgesuch war zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils und damit acht Monate nach Einreichung immer noch hängig. Inwiefern die beabsichtigte Eheschliessung tatsächlich zur Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung führen könnte, scheint angesichts der offenbar bestehenden Hindernisse offen. Die Beschwerdeführerin hält sich indes seit dem Jahre 2012 ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz auf und bekräftigte im vorinstanzlichen Verfahren, dass sie die Schweiz nicht verlassen werde. Hinsichtlich ihrer Vorstrafen zeigte sie keine Einsicht oder Reue. Vor dem Hintergrund ihres offenkundig renitenten Verhaltens konnte die Vorinstanz ohne rechtsfehlerhafte Ermessensausübung von einer ungünstigen Prognose ausgehen. Die Verweigerung des Strafaufschubs bei offenkundiger Renitenz verletzt kein Bundesrecht (Urteil 6B

846/2010 vom 9. März 2011 E. 2.3).

1.2.6. Sofern die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Eheschliessungsverfahren eine Verletzung der Begründungspflicht rügt, verkennt sie, dass sich die Vorinstanz nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen und diese widerlegen muss (vgl. zur gerichtlichen Begründungspflicht BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat die Vorstrafen und offenkundige Renitenz der Beschwerdeführerin als massgebende Gesichtspunkte dargelegt. Vor diesem Hintergrund konnte sie davon absehen, ausdrücklich auf das Eheschliessungsverfahren einzugehen. Inwiefern es der Beschwerdeführerin nicht ohne weiteres möglich gewesen sein soll, sich über die Tragweite des Urteils Rechenschaft zu geben und es in voller Kenntnis der Sache weiterzuziehen, erschliesst sich nicht.

1.3.

1.3.1. Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer negativen Vollstreckungsprognose im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB ausgegangen.

1.3.2. Auf eine kurze Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn der Vollzug der Geldstrafe voraussichtlich nicht möglich ist (Art. 41 Abs. 1 StGB). Art. 41 Abs. 1 StGB verankert für Strafen unter sechs Monaten eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen. Die Möglichkeit, ausnahmsweise eine unbedingte Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten zu verhängen, ist in den Fällen gerechtfertigt, in denen gewährleistet werden muss, dass der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann (BGE 137 IV 312 E. 2.4 S. 313; Urteil 6B 118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.2.1; je mit Hinweisen).
Um eine Vollstreckungsprognose stellen zu können, muss vorab die voraussichtliche Geldstrafe in den Grundzügen feststehen. Die Anzahl und die Höhe der Tagessätze sind nach den Grundsätzen von Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB festzusetzen. Erst aufgrund der so festgelegten Geldstrafe kann eine konkrete Vollstreckungsprognose gestellt werden. Wenn sie ungünstig ausfällt, muss auf eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe erkannt werden (BGE 134 IV 60 E. 8.2 S. 78 f.). Bei der Abschätzung der Vollzugschancen ist nebst den Vollzugsmodalitäten (vgl. Art. 35 und 36 StGB) auch die Aufenthaltsberechtigung des Betroffenen in die Prognose zu integrieren. Eine im Urteilszeitpunkt rechtskräftige Wegweisung kann den Vollzug einer Geldstrafe fraglich erscheinen lassen. Allerdings darf selbst von einer sicher bevorstehenden Ausschaffung nicht unbesehen auf die Unvollziehbarkeit der Geldstrafe geschlossen werden. Wenn die Geldstrafe sofort bzw. bis zum Ablauf der Ausreisefrist vollständig vollzogen werden kann, ist eine Gefährdung des Geldstrafenvollzugs ausgeschlossen. Das Gericht hat daher zu prüfen, ob der Verurteilte die Geldstrafe innert dieser Zeitspanne - mit seinem Einkommen oder allenfalls unter Rückgriff auf das Vermögen - bezahlen oder dafür entsprechende Sicherheiten leisten kann (BGE 134 IV 60 E. 8.3 S. 79 f.).
Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100, 82 E. 4.1 S. 85; Urteil 6B 210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.2). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; Urteil 6B 210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.2).

1.3.3. Die Vorinstanz erwägt, infolge des abgelehnten Asylgesuchs sei der Beschwerdeführerin Frist angesetzt worden, die Schweiz bis am 15. Mai 2012 zu verlassen. Daher sei zu prüfen, ob sie die Geldstrafe sofort bezahlen könne. Sie verfüge über kein Vermögen und erhalte lediglich ein tägliches Einkommen der Nothilfe in der Höhe von Fr. 8.--. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, die Geldstrafe nur in Raten bezahlen zu können. Die sofortige Bezahlung der Geldstrafe sei damit nicht gewährleistet. Ferner hält die Vorinstanz fest, dass sich eine Freiheitsstrafe mit Blick auf die uneinsichtige Haltung der Beschwerdeführerin sowie ihre Vorstrafen auch aus Gründen der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit aufdränge.

1.3.4. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die Wegweisung könne der Vollstreckung der Geldstrafe nur dann im Wege stehen, wenn der Vollzug der Wegweisung auch tatsächlich bevorstehe. Der Vollzug der Wegweisung nach Äthiopien sei jedoch ohne ihre Mitwirkung faktisch nicht möglich, da Äthiopien eigene Staatsangehörige nur zurücknehme, wenn diese erklären, freiwillig zurückzukehren. Freiwillig werde sie die Schweiz jedoch nicht verlassen. Insofern sei es geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz annehme, der Vollzug der Wegweisung stehe der Vollstreckbarkeit

der Geldstrafe im Wege. Bei Anordnung einer Ratenzahlung und langer Zahlungsfrist könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Geldstrafe nicht vollzogen werden könne. Zudem widerspreche sich die Vorinstanz, wenn sie einerseits bei der Legalprognose davon ausgehe, dass sie sich weiterhin rechtswidrig in der Schweiz aufhalten werde und andererseits zum Schluss komme, dass der Vollzug der Wegweisung dem Vollzug der Geldstrafe im Wege stehe. Ferner kritisiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe keine konkrete Vollstreckungsprognose gestellt.

1.3.5. Bei fehlender präventiver Effizienz der Geldstrafe kann die Vorinstanz ungeachtet der Vollzugsprognose eine Freiheitsstrafe aussprechen (Urteile 6B 341/2017 vom 23. Januar 2018 E. 1.5; 6B 372/2017 vom 15. November 2017 E. 1.3). Die Beschwerdeführerin beschränkt ihre Kritik indes auf die von der Vorinstanz gestellte Vollzugsprognose und lässt damit ausser Acht, dass die Vorinstanz aufgrund der Vorstrafen und offenkundigen Renitenz die Verurteilung der Beschwerdeführerin zu einer Freiheitsstrafe aus Gründen der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit als erforderlich erachtete (vgl. E. 1.3.3). Dass die Vorinstanz dabei ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist auch nicht offensichtlich. Insofern genügt die Kritik der Beschwerdeführerin an der Vollzugsprognose nicht, um eine rechtsfehlerhafte Anordnung der Freiheitsstrafe darzulegen.

1.3.6. Angesichts der konkreten Umstände, insbesondere der fehlenden Mitwirkung der Beschwerdeführerin bei ihrer Ausreise, ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwiefern die ausgesprochene Freiheitsstrafe gegen die EU-Rückführungsrichtlinie verstossen könnte (vgl. BGE 143 IV 249 E.1.4 f.; Urteil 6B 106/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 1.2). Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nichts Gegenteiliges geltend.

1.4. Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde ebenso abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihrer finanziellen Lage ist mit einer reduzierten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Juni 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Bianchi