

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170278-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und
lic. iur. Stiefel sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 13. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 23. Mai 2017 (GG170006)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 7. Juli 2016 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Es wird festgehalten, dass mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2016 (Geschäfts-Nr. SB160091-O) der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Mai 2014 (A-1/2014/2977) für eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 70.00 (unter Anrechnung von 2 Tagen Untersuchungshaft) unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren gewährte bedingte Strafvollzug bereits rechtskräftig widerrufen und der Vollzug der Geldstrafe angeordnet wurde.
5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. Mai 2016 beschlagnahmten Gegenstände (lagernd bei der Bezirksgerichtskasse Dietikon) werden dem Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und ansonsten nach Ablauf von drei Monaten der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen:
 - biometrischer Reisepass für Flüchtlinge (Schweiz), lautend auf A._____ (A009'068'046);
 - Membercard ..., lautend auf A._____ (A009'068'057);
 - Post Empfangsscheinbuch, lautend auf A._____ (A009'068'079);
 - Umhängetasche Leder, Marke Adidas (A009'068'148);

- diverse Papierware (A009'009'078).
- 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.00 Gebühr für das Vorverfahren.
- 7. Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger aus der Gerichtskasse mit Fr. 7'375.70 (inkl. 8 % MwSt. und Barauslagen) entschädigt.
- 8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
- 9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 60 S. 1)
 - 1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
 - 2. Es sei vom Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Mai 2014 gewährten bedingten Strafvollzugs abzusehen.
 - 3. Die beschlagnahmten Gegenstände seien auf erstes Verlangen herauszugeben.
 - 4. Unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt).

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis:

(Urk. 61, 1.)

1. Der Beschuldigte sei im Sinne des vorinstanzlichen Urteils schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu verurteilen.
3. Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Erstinstanzliches Verfahren

1.1. Mit Anklageschrift vom 7. Juli 2016 erhob die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis nach durchgeführter Untersuchung Anklage gegen den Beschuldigten wegen Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB i.V.m. Art. 24 StGB beim Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen (Urk.15).

1.2. Nach Eingang der Anklage am 11. Juli 2016 kam das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, im Rahmen der Anklageprüfung nach Art. 329 StPO zum Schluss, dass eine Bestrafung des Beschuldigten nach Art. 319 StGB zu unterbleiben habe, da ansonsten die Strafflosigkeit der Selbstbegünstigung unterlaufen würde. Das in der Anklage umschriebene Verfahren erfülle demnach keinen Straftatbestand, womit ein Urteil definitiv nicht ergehen könne. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2016 stellte das Einzelgericht deshalb das Verfahren gestützt auf Art. 329 Abs. 4 StPO ein (Urk. 24, vgl. auch Urk. 16-19).

1.3. Auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin erwog die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, es erscheine nicht als offensichtlich, dass das angeklagte Verhalten keinen Straftatbestand erfülle, obwohl im Ergebnis durchaus beachtliche Argumente für die Rechtsauffassung des Bezirksgerichts sprechen mögen. Mit der Einstellung des Verfahrens habe das Bezirksgericht indes seine Befugnisse überschritten; vielmehr hätte es die Strafbarkeit des Beschuldigten materiell beurteilen und diesen gegebenenfalls freisprechen müssen. Die Beschwerdeinstanz hob deshalb mit Beschluss vom 9. Februar 2017 die erstinstanzliche Einstellungsverfügung auf und wies das Verfahren im Sinne ihrer Erwägungen an das Bezirksgericht Dietikon zurück (Urk. 26).

1.4. Mit Urteil vom 23. Mai 2017 (Urk. 50) sprach das Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, in neuer Besetzung (nachfolgend: die Vorinstanz) den Beschuldigten der Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB i.V.m. Art. 24 StGB schuldig (Dispositivziffer 1) und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten (Dispositivziffer 2 und 3). Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass der (mit Anklageschrift vom 7. Juli 2016 verlangte) Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Mai 2014 gewährten bedingten Strafvollzugs (für eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 70.00) bereits mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2016 (Geschäfts-Nr. SB160091-O) rechtskräftig ausgesprochen wurde (Dispositivziffer 4). Sodann ordnete sie die Herausgabe mehrerer beschlagnahmter persönlicher Gegenstände an den Beschuldigten nach Urteilsrechtskraft an (Dispositivziffer 5) und befand über die Kostenfolgen (Dispositivziffer 6-10).

2. Berufungsverfahren

2.1. Mit Eingabe vom 24. Mai 2017 liess der Beschuldigte durch seinen Verteidiger innert Frist Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil anmelden (Urk. 42).

Nach Erhalt des begründeten erstinstanzlichen Entscheids am 30. Juni 2017 (Urk. 48/2) erfolgte die Berufungserklärung fristgerecht mit Eingabe vom 13. Juli 2017 (Urk. 51).

Laut dieser beschränkt sich die Berufung des Beschuldigten ausdrücklich auf die erstinstanzlichen Dispositivziffern 1, 2, 3 und 8 und verlangt dieser einen vollumfänglichen Freispruch unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsregelung (womit über die vorgenannten Ziffern hinaus sinngemäss auch Dispositivziffer 9 bzw. der darin aufgeführte Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO angefochten wird).

2.2. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf ein Rechtsmittel und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 56).

2.3. Unangefochten geblieben ist das vorinstanzliche Urteil demnach hinsichtlich seiner Dispositivziffern 4 (Feststellung betreffend Widerruf), 5 (Herausgaben) und 6-7 (Kostenfestsetzung). Es ist in entsprechendem Umfang in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist.

Infolge der Rechtskraft von Dispositivziffer 4 (Feststellung betreffend Widerruf, vgl. auch Urk. 50 S. 17 f.) erweist sich der Antrag des Beschuldigten, es sei vom Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Mai 2014 gewährten bedingten Strafvollzugs abzusehen, als gegenstandslos.

II. Schuldpunkt

1. Sachverhalt

1.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. 50 S. 3 Ziff. I.1.), ist der eingeklagte Sachverhalt aufgrund des zu Beginn der Untersuchung abgelegten und seither – so auch vor Berufungsgericht (Prot. II S. 10) – aufrechterhaltenen Geständnisses des Beschuldigten und des damit übereinstimmenden übrigen Untersuchungsergebnisses als anklagegemäss erstellt zu erachten. Dies wird auch seitens der amtlichen Verteidigung nicht bestritten (vgl. Urk. 60 S. 4).

1.2. Für die nachstehende rechtliche Würdigung ist demnach vom folgenden (hier zusammengefassten) Sachverhalt auszugehen:

Am 3. Dezember 2015 sprach der Beschuldigte die Gefängnisaufseherin B._____ (separates Verfahren), zu welcher er in zahlreichen Gesprächen ein enges persönliches Verhältnis aufgebaut hatte, darauf an, ihm bei einer Flucht aus dem Gefängnis behilflich zu sein. Obwohl B._____ diese Bitte des Beschuldigten anfänglich ablehnte, bat der Beschuldigte sie in den folgenden Monaten immer wieder, ihm zur Flucht zu verhelfen, bis er sie schliesslich überzeugt hatte: Aufgrund der konstanten Bitten des Beschuldigten fasste B._____ am Sonntag, 7. Februar 2016, den Entschluss, der Bitte des Beschuldigten nachzukommen und ihn aus dem Gefängnis entweichen zu lassen, um in Freiheit ein gemeinsames Leben führen zu können. Diesen Entschluss setzte B._____ am Montag dem 8. Februar 2016 denn auch in die Tat um. B._____ tat dies, obwohl sie als Aufseherin im Gefängnis C._____ unter anderem für die Sicherheit verantwortlich war und es ihre Pflicht war, sicherzustellen, dass kein Gefangener flüchtet. Obwohl der Beschuldigte von ihrer Stellung als Gefängnisaufseherin und den damit verbundenen Hauptaufgaben (Sicherheit, Fluchtverhinderung) Kenntnis hatte, weckte er in ihr den Entschluss, ihn aus dem Gefängnis entweichen zu lassen, indem er sie hierzu überredete.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. *Tatbestandsmässigkeit*

2.2.1. Vorbemerkung

Die Vorinstanz hat mit einlässlicher und überzeugender Begründung dargetan, dass der Beschuldigte sämtliche objektiven wie subjektiven Voraussetzungen des ihm mit Anklage vom 7. Juli 2016 vorgeworfenen Anstiftungstatbestands zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB erfüllt hat. Dabei hat sie sich auch eingehend mit den Einwänden der Verteidigung – welche von dieser an der Berufungsverhandlung teils erneut vorgebracht worden sind – auseinandergesetzt und diese mit stichhaltiger Argumentation entkräftet. Auf die entsprechenden erstinstanzlichen Ausführungen kann deshalb vorab vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 50 S. 4-8 Ziff. II.1.;

Art. 82 Abs. 4 StPO). In Zusammenfassung und teilweiser Ergänzung derselben ist das Folgende festzuhalten:

2.1.2. Allgemeine Ausführungen

Nach Art. 319 StGB macht sich (u.a.) derjenige Beamte strafbar, der einem Gefangenen zur Flucht behilflich ist oder ihn entweichen lässt. Der Anstiftung zu einem Entweichenlassen eines Gefangenen macht sich demgegenüber gemäss Art. 24 StGB diejenige Person schuldig, die einen Gefängnisbeamten zu einer solchen von diesem verübten Tat vorsätzlich bestimmt hat. Derweil die Tat gemäss Art. 319 StGB ausschliesslich von Beamten begangen werden kann, kann die Anstiftung zu diesem Sonderdelikt grundsätzlich durch jedermann vorgenommen werden.

Zwischen dem motivierenden Verhalten des Anstifters und dem Tatentschluss des Angestifteten muss ein Kausal- bzw. Motivationszusammenhang bestehen. Nicht erforderlich ist, dass beim Anzustiftenden Widerstände zu überwinden wären. Selbst eine zur Tat bereits geneigte Person kann angestiftet werden. Als Anstiftungsmittel kommt jedes motivierende Tun in Frage, alles, was im andern den Handlungsentschluss hervorrufen kann. So ist auch eine blosser Bitte, eine Anregung oder konkludente Aufforderung taugliches Anstiftungsmittel. In subjektiver Hinsicht erfordert die Strafbarkeit wegen Anstiftung Vorsatz, welcher sich zum einen auf die Herbeiführung des Tatentschlusses und zum andern auf die Ausführung der Tat durch den Angestifteten beziehen muss. Der Anstifter muss also zumindest in Kauf nehmen, dass der Angestiftete infolge seines Verhaltens eine Handlung begehen wird, welche die objektiven und subjektiven Merkmale eines bestimmten Straftatbestandes erfüllt. Die Tat, zu welcher angestiftet wird, muss ihrerseits eine Vorsatztat sein (vgl. Bundesgerichtsurteil 6B_17/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.4.2.; BGE 128 IV 15 E. 2.a.; BGE 127 IV 122 E. 2.b.).

2.1.3. Konkrete Prüfung der Tatbestandsmässigkeit

Festgehalten werden kann, dass erwiesenermassen nicht B._____ die Idee hatte, den Beschuldigten freizulassen, und diese seinem Ansinnen zunächst auch nicht

Folge leisten wollte. Erst durch das mehrmalige und konstante Nachfragen des Beschuldigten zwischen dem 3. Dezember 2015 und dem 7. Februar 2016 fasste sie ihren Entschluss am 7. Februar 2016 und setzte sie diesen am 8. Februar 2016 auch in die Tat um. Die Aussage von B._____ anlässlich ihrer Hafteinvernahme, einmal habe sie dann schon gedacht "hey mann, hör jetzt endlich mal auf" (Urk. 3/4 S. 24 Rz. 231), deutet darauf hin, dass der Beschuldigte penetrant bei ihr nachfragte, auch wenn sie ihre Aussagen später zu Gunsten des Beschuldigten relativierte. Damit ist der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem motivierenden Verhalten des Beschuldigten und dem Tatentschluss von B._____ (sowie der von ihr begangenen Tat) gegeben. Dass B._____ auf Grund ihrer familiären und beruflichen Situation allenfalls bereits vor Fassung ihres Tatentschlusses zur Tat geneigt gewesen sein mag, vermag daran nichts zu ändern. In Anbetracht insbesondere der engen persönlichen Beziehung zwischen B._____ und dem Beschuldigten war für diesen voraussehbar und von ihm beabsichtigt, dass B._____ auch auf blosse, zumal mehrfach wiederholte Frage hin tätig werde. Der Beschuldigte wusste selbstverständlich, dass sich B._____ auf jeden Fall strafbar machen würde, wenn sie seinem Wunsch auf Freilassung nachkommen würde; ist doch als allgemein bekannt vorauszusetzen, dass ein Entweichenlassen eines Gefangenen durch einen Gefängnisbeamten nicht straffrei sein kann. Aufgrund dieses Wissens und seines Willens, mit ihrer Mitwirkung die Freiheit zu erlangen, war von ihm zwingend auch mitgewollt, dass sie sich strafbar machen würde, mochte ihm dies selbst unerwünscht sein. Der Beschuldigte handelte somit klar als Anstifter und nicht als Mittäter, verfügte er doch als Gefangener deliktsimmanent weder über Tatherrschaft noch kann von Austauschbarkeit der Rollen gesprochen werden. Gegen die Anstiftung spricht auch nicht, dass der Flucht schliesslich ein gemeinsamer Tatentschluss zu Grunde lag; der Tatentschluss, den Beschuldigten entweichen *zu lassen*, konnte begriffsnotwendigerweise alleine von B._____ getroffen und ausgeführt werden.

2.2. Kein Anwendungsfall der straflosen Selbstbegünstigung

2.2.1. Vorbemerkung

Die Vorinstanz hat ausführlich, sorgfältig und überzeugend dargelegt, dass die vom Beschuldigten begangene Anstiftung zum Entweichenlassen eines Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB *nicht* als straflose Selbstbegünstigung zu qualifizieren ist. Auf ihre Erwägungen kann wiederum vorbehaltlos verwiesen werden (Urk. 50 S. 8-11 Ziff. II.2). Diese sind nachstehend in den wesentlichen Punkten zusammenzufassen und teilweise zu ergänzen.

2.2.2. Allgemeine Ausführungen

Wer jemanden der Strafverfolgung bzw. dem Straf- oder Massnahmenvollzug entzieht, macht sich der Begünstigung nach Art. 305 Abs. 1 StGB strafbar. Straflos bleibt allerdings die blossе Selbstbegünstigung. Nicht strafbar ist deshalb, wer sich selber der Strafverfolgung oder dem Vollzug einer Sanktion entzieht (BGE 115 IV 230 E.1; 124 IV 127 E. 3.b.aa.). Gleiches gilt, wenn der Verfolgte/Verurteilte einen Dritten dazu anstiftet oder diesem dabei Hilfe leistet (BGE 115 IV 230 E.2). Straffrei ist aber lediglich die *reine* Selbstbegünstigung. Dass derjenige, der sich der Strafverfolgung oder dem Vollzug einer Strafe entzieht, nicht nach Art. 305 StGB bestraft wird, bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht, dass er in jedem Fall in den Genuss der Straffreiheit kommt. Denn seine Handlung kann zusätzlich *einen anderen Straftatbestand* erfüllen.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Flucht – vom Flüchtigen beabsichtigt – bewirkt, dass ein Beamter an der Vornahme einer ihm obliegenden Amtshandlung gehindert wird. So macht sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa der Verurteilte nach Art. 286 StGB strafbar, welcher, um dem mit seiner Überführung ins Gefängnis betrauten Polizeibeamten zu entkommen, die Flucht ergreift und jenen derart an der Erfüllung seines Auftrages hindert. Die Gründe, die in einem solchen Fall der Anwendung von Art. 305 StGB entgegenstehen, gelten im Hinblick auf Art. 286 StGB nicht (BGE 124 IV 127 E.3.b.bb.)

Dies deshalb, da zu berücksichtigen ist, dass nach der Systematik des Strafgesetzbuches die beiden Tatbestände der Hinderung einer Amtshandlung und der Begünstigung verschiedene Rechtsgüter schützen, nämlich Art. 286 StGB den Schutz der öffentlichen Gewalt und Art. 305 StGB den Schutz der Strafrechtspflege. Art. 286 StGB stellt daher genauso ein "anderes Delikt" dar wie etwa die Anstiftung einer Drittperson zu falschem Zeugnis, falsche Anschuldigung eines anderen oder Irreführung der Rechtspflege. Das bloße Motiv der Selbstbegünstigung stellt nach allgemeiner Ansicht keinen Rechtfertigungsgrund für solche und weitere Straftaten dar. Kann demnach zwischen Begünstigung und Hinderung einer Amtshandlung echte Idealkonkurrenz angenommen werden, folgt daraus, dass die in Selbstbegünstigungsabsicht verübte Widersetzung nicht straffrei bleiben kann. Denn die Begünstigung deckt den Unrechtsgehalt einer Widersetzung nicht ab (BGE 124 IV 127 E.3.b.dd.). Die Abgrenzung zwischen strafbarer Hinderung einer Amtshandlung und strafloser reiner Selbstbegünstigung richtet sich danach, ob die betreffende Person aktiv in eine bereits hinreichend konkretisierte Amtshandlung eingreift oder aber einer solchen nur zuvorkommt (BGE 133 IV 97 E. 6.2.3).

2.2.3. Konkrete Prüfung hinsichtlich Art. 319 StGB

2.2.3.1. In analoger Anwendung der vorstehend skizzierten Rechtsprechung ist zu prüfen, ob Art. 319 StGB, zu dessen Begehung der Beschuldigte B._____ als Haupttäterin angestiftet hat, in seinem Unrechtsgehalt über Art. 305 StGB hinausgeht beziehungsweise, ob das Entweichenlassen von Gefangenen gegenüber der Begünstigung den Schutz von anderen Rechtsgütern beinhaltet.

2.2.3.2. Art. 305 StGB fällt unter den siebzehnten Titel des Strafgesetzbuches "Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege". Geschütztes Rechtsgut von Art. 305 StGB ist das *Funktionieren der Strafrechtspflege*. Geschützt sind die Interessen der Strafverfolgung, des gerichtlichen Strafverfahrens in allen Instanzen sowie des Straf- und Massnahmenvollzugs. Erfasst ist (lediglich) die *Personenbegünstigung* während Strafverfolgung und -vollzug. Demgegenüber findet sich Art. 319 StGB unter dem achtzehnten Titel "Strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht". Diese Strafnorm schützt das Interesse der Allgemein-

heit am *korrekten Funktionieren des Justizwesens*, was im engeren Sinne auch, aber nicht nur, das korrekte Funktionieren der Strafverfolgung und des Strafvollzuges beinhaltet (BSK StGB II-DELNON/RÜDY, 3. Aufl. 2013, Art. 305 N 5 f. und Art. 319 N 5; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl. 2011, S. 459 u. S. 564). Die unter dem 18. Titel des StGB eingereichten Strafnormen wollen nämlich insbesondere auch das eminente öffentliche Interesse an der *rechtsgetreuen Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse durch deren Träger* schützen. Mit Strafe bedroht werden unter diesem Titel deshalb verschiedene Arten von ungetreuer und missbräuchlicher Führung öffentlicher Ämter (vgl. DONATSCH/WOHLERS, a.a.O., S. 525). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, zeigt demnach die Systematik des Strafgesetzbuches deutlich, dass mit Art. 319 StGB auch – bzw. gar in erster Linie – das Interesse an der getreuen und von Missbrauch freien Führung öffentlicher Ämter geschützt wird. Damit einher geht der Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in die Integrität der mit einer öffentlichen Aufgabe betrauten Personen. Der Schutz dieser Interessen geht über den Schutzzweck der Strafrechtspflege im Sinne von Art. 305 StGB hinaus. Während mit Art. 305 StGB die Strafrechtspflege von äusseren rechtswidrigen Einwirkungen geschützt werden soll, will Art. 319 StGB das Justizwesen vor innerem Machtmissbrauch schützen. Entgegen einem Einwand der Verteidigung (Urk. 60 S. 6) zeigt im Übrigen sehr wohl bereits die grammatikalische Auslegung dieser zwei Strafbestimmungen, dass sie nicht deckungsgleich sind: Gemäss Wortlaut als Täter in Frage kommt bei Art. 305 StGB jedermann, bei Art. 319 StGB indes nur der Beamte.

Die durch Art. 305 StGB und Art. 319 StGB geschützten Rechtsgüter erweisen sich dementsprechend entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 60 S. 9 f.) als nicht deckungsgleich. Das Unrecht, das mit Art. 319 StGB begangen wird, erschöpft sich nicht in der Begünstigung des Gefangenen, dem zur Flucht verholfen wurde, sondern besteht darüber hinaus in einem Amtsmissbrauch (im weiteren Sinne) der mit der Bewachung von Gefangenen betrauten Personen und der damit einhergehenden Erschütterung des besonderen Vertrauens des Staates und der Bevölkerung in die Integrität solcher Beamten. Art. 319 StGB stellt daher genauso ein "anderes Delikt" (als Art. 305 StGB) dar wie etwa Art. 286 StGB, die

Anstiftung einer Drittperson zu falschem Zeugnis, falsche Anschuldigung eines andern oder Irreführung der Rechtspflege. Auch zwischen Art. 305 StGB und *Anstiftung* zu Art. 319 StGB ist echte Idealkonkurrenz gegeben; das Argument der Verteidigung (Urk. 60 S. 11 und 12), zwischen Art. 305 StGB und Art. 319 StGB bestehe unechte Konkurrenz bzw. letztere Norm sei die *lex specialis* zur Ersteren, gilt nur für den Beamten als Täter des Sonderdelikts nach Art. 319 StGB, nicht aber im Falle der Anstiftung hierzu durch einen Extraneus.

Der Strafgrund der Anstiftung liegt in der Mitwirkung an dem vom Haupttäter begangenen Unrecht (vgl. BGE 115 IV 230 E. 2). Nach dem vorstehend Gesagten hat der Beschuldigte, indem er B._____ dazu anstiftete, ihn entweichen zu lassen, nicht nur sich selbst begünstigt. Vielmehr hat er über diese Selbstbegünstigungsabsicht hinaus B._____ bewusst und gewollt zu einem Missbrauch ihrer amtlichen Befugnisse verleitet und damit (vergleichbar zur vorgenannten Rechtsprechung betreffend Art. 286 StGB) in deren konkrete Amtstätigkeit eingegriffen. Der vom Beschuldigten mitgeschaffene Unrechtsgehalt übersteigt denjenigen einer Begünstigung nach Art. 305 StGB und geht damit auch über den Umfang einer straflosen reinen Selbstbegünstigung hinaus. Dass seinem Handeln das Motiv der Selbstbegünstigung zu Grunde lag und eine strafbare Begünstigung objektiv nicht eintrat, stellt unter diesen Umständen keinen Rechtfertigungsgrund für die von ihm begangene Straftat dar (sondern lediglich einen Strafminderungsgrund, vgl. nachstehend Ziff. III).

3. Fazit

Der Beschuldigte ist demnach der Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

III. Sanktion

1. Strafe

1.1. *Keine Zusatzstrafe*

Die Vorinstanz hat unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung (BGE 138 IV 113 E. 3.4.2.f.) zutreffend dargetan, dass eine eigenständige Strafe und nicht eine Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB (zum Urteil des Obergericht des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2016; Urk. 39/1) auszusprechen ist, da sich die vorliegend zu beurteilende Tat *nach* dem – jenem Urteil des Obergerichts vorangehenden – erstinstanzlichen Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. Dezember 2015 ereignete. Auf ihre Ausführungen kann deshalb verwiesen werden (Urk. 50 S. 11-13 Ziff. III.A.4.).

1.2. *Strafrahmen*

1.2.1. Die Strafandrohung für den Anstifter ist grundsätzlich dieselbe wie diejenige für den Haupttäter (Art. 24 Abs. 1 StGB). Für das Entweichenlassen von Gefangenen reicht der Strafrahmen von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (Art. 319 StGB).

1.2.2. Die Vorinstanz hat richtig gesehen, dass vorliegend der Strafmilderungsgrund der Teilnahme am (hier: echten) Sonderdelikt im Sinne von Art. 26 i.V.m. Art. 48a StGB zu berücksichtigen ist.

Entgegen ihren weiteren Ausführungen (Urk. 50 S. 11 Ziff. III.A. 1 f.) führt dies allerdings nicht schon zu einer vorgängigen generellen Minderung bzw. Modifikation des Strafrahmens. Vielmehr ist ein Strafmilderungsgrund gemäss aktueller Bundesgerichtspraxis (BGE 136 IV 55 E. 58), wenn keine aussergewöhnliche Umstände vorliegen – was hier der Fall ist –, im Rahmen der Strafzumessung als (normaler) Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen.

Auch der Umstand, dass das Verhalten des Beschuldigten objektiv nicht zu einer strafwürdigen Begünstigung geführt und der Beschuldigte subjektiv mit dem Motiv

der Selbstbegünstigung gehandelt hat und somit das Art. 319 StGB inhärente Element der Begünstigung diesem nicht vorgehalten werden kann, führt entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 50 S. 11 Ziff. III.A.3 und S. 13 Ziff. III.B.2.1.) nicht zu einer Verkleinerung des Ausgangs-Strafrahmens, sondern ist innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafmindernd zu berücksichtigen.

Diese Korrekturen an den erstinstanzlichen Ausführungen wirken sich im Ergebnis der Strafzumessung allerdings nicht aus, ist es doch letztlich unerheblich, ob die diesen Umständen angemessene Strafminderung vorab oder erst im Rahmen der Würdigung der objektiven und subjektiven Tatkomponente (vgl. nachstehend Ziff. 1.3.1.1.b. und 1.3.1.2.b.) vorgenommen wird.

1.3. *Strafzumessung*

1.3.1. Allgemeines

Die Vorinstanz hat die vom Gesetz und der Rechtsprechung für die Strafzumessung aufgestellten Regeln und Grundsätze richtig wiedergegeben, worauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 13 f. Ziff. III.B.1.).

1.3.2. Tatkomponente

1.3.2.1. a) Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich weder ein allzu raffiniertes Vorgehen noch eine besondere Rücksichtslosigkeit des Beschuldigten feststellen lässt. Der Beschuldigte wendete bei seiner Anstiftung von B. _____ weder Gewalt oder Drohung noch List an.

b) Straf- bzw. verschuldensmindernd ist zu berücksichtigen, dass das Verhalten des Beschuldigten zu keiner strafbaren Begünstigung geführt hat.

Wie eingangs erwähnt, wirkt sich sodann auch verschuldensmindernd aus, dass den Beschuldigten die Sonderpflicht eines Gefängnisaufsehers nicht traf (Art. 26 StGB in Verbindung mit Art. 48a StGB; vgl. auch MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2016, N 114 und 143).

c) Das objektive Tatverschulden kann damit mit der Vorinstanz als insgesamt noch leicht qualifiziert werden.

1.3.2.2. a) Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz, und es liegt keine spontane Handlung vor. Die Gefühle des Beschuldigten für B._____ können zwar relativierend angesehen werden, der Beschuldigte hat sich allerdings seinerseits auch die reziproken Gefühle von B._____ zu Nutze gemacht, wenn auch ohne Ausübung von Druck. Erschwerend ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mit einer gewissen Ausdauer und Hartnäckigkeit agierte, um B._____ zu überzeugen.

b) Erschwerend wirkt sich sodann aus, dass der Beschuldigte der Reputation des Strafvollzuges aus egoistischen Motiv einen erheblichen Schaden zugefügt hat. Dies ist allerdings gleich wieder zu relativieren, aufgrund des Umstandes, dass diese egoistische Motivation des Beschuldigten vorwiegend vom Aspekt der Selbstbegünstigung getragen war.

b) Im Ergebnis kann die vorinstanzliche Einschätzung des subjektiven Tatverschulden als "nicht mehr so leicht" geteilt werden.

d) Gesamthaft betrachtet ist das Verschulden mit der Vorinstanz als nicht mehr allzu leicht einzustufen, und es erscheint dafür eine Einsatzstrafe von 4 Monaten als angemessen.

1.3.3. Täterkomponente

1.3.1.1. Hinsichtlich des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse – hinsichtlich welcher sich gemäss den Ausführungen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung keine wesentlichen Veränderungen ergeben haben (vgl. Prot. II S. 5 ff.) – kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 50 S. 14 f. Ziff. III.B.2.1). Aus dem Lebenslauf des Beschuldigten lassen sich keine für die Strafzumessung relevanten Aspekte erkennen.

1.3.2.2. Der Schweizerische Strafregisterauszug des Beschuldigten weist zum heutigen Zeitpunkt drei Vorstrafen auf (Urk. 39/2). Entgegen der (sinngemässen) Auffassung der Vorinstanz stellt die Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2015 allerdings keine Vorstrafe im eigentlichen Sinne dar, da sie nach der heute zu beurteilenden Tat ausgesprochen wurde. Diesbezüglich ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während laufendem Strafverfahren delinquierte, nachdem am 3. Dezember 2015 das entsprechende erstinstanzliche Urteil ausgefällt worden war und der Beschuldigte dieses am 8. Dezember 2015 anfechten liess (vgl. Urk. 39/1 S. 5). Seine neue Tat fiel sodann in die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Mai 2014 ausgesprochene zweijährige Probezeit (Urk. 39/2). Im Ergebnis kann der Vorinstanz deshalb wieder gefolgt werden, dass die kriminelle Vergangenheit des Beschuldigten mit einer starken Straferhöhung von drei Monaten zu gewichten ist.

1.3.3.3. Mit der Vorinstanz (Urk. 50 S. 15 Ziff. III.B.3.3.) erscheint sodann eine leichte Strafminderung um einen Monat aufgrund des Nachtatverhaltens (Geständnis angesichts ohnehin klarer Beweislage, gewisse Einsicht) angezeigt.

1.3.4. Strafart

Wie im erstinstanzlichen Urteil zutreffend dargetan wurde (Urk. 50 S. 15 f. Ziff. III.B.4), erscheint angesichts der Vorstrafenbelastung des Beschuldigten einzig die Ausfällung einer Freiheitsstrafe als zweckmässig.

1.4. *Fazit*

Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter, vorerwähnter Strafzumessungskriterien ist somit, wie schon durch die erste Instanz, eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten auszufällen.

Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt (Urk. 50 S. 16 Ziff. III.B.6.), dass dem Beschuldigten keine Haft anzurechnen ist; auf ihre Ausführungen kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Vollzug

Dass dem Beschuldigten keine günstige Legalprognose gestellt werden kann und die heute ausgefallte Freiheitsstrafe deshalb zu vollziehen ist, wurde von der Vorinstanz einlässlich und zutreffend begründet. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 50 S. 16 f. Ziff. IV.1).

IV. Kostenfolgen

Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffern 8 und 9) zu bestätigen.

Weiter sind dem Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, die unter Nachforderungsvorbehalt auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 23. Mai 2017 bezüglich Dispositivziffern 4 (Feststellung betreffend Widerruf), 5 (Herausgaben) und 6-7 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Anstiftung zum Entweichenlassen von Gefangenen im Sinne von Art. 319 StGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Ziff. 8 und 9) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'500.– amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstesowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albisund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
8. Rechtsmittel:
Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 13. Oktober 2017

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Höfliger