

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110308-O/U/jv

Mitwirkend: Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
L. Chitvanni und Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Grieder

Urteil vom 5. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. A. Eckert,

Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Vergehen gegen das Ausländergesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht,
vom 10. Februar 2011 (GG110010)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 17. Dezember 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 46).

Urteil der Vorinstanz:

"Es wird verfügt:

1. Der Einwand der Verteidigung betreffend Gültigkeit der Anklage wird abgewiesen.
2. Mitteilung

Sodann wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Der Antrag der Verteidigung auf Entfernung der Daten des Beschuldigten aus den Datenbanken der Untersuchungsbehörden wird abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 1'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. Kosten der Kantonspolizei
 - Fr. Kanzleikosten Untersuchung
 - Fr. Auslagen Untersuchung
 - Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung werden, mit Ausnahme der Dolmetscherkosten, der beschuldigten Person auferlegt. Die Dolmetscherkosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mitteilungen
8. Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(schriftlich; Urk. 69 S. 1)

1. "Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Februar 2011 sei gänzlich aufzuheben;
2. der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
3. es sei ihm für insgesamt 5 Tage unrechtmässige Haft (Ende April 2010 2 Tage und Mitte Januar 2011 3 Tage) eine Entschädigung von CHF 500.-- zuzusprechen;
4. die Strafverfolgungsbehörden, insb. auch die Stadtpolizei und die Kantonspolizei seien anzuweisen, den Beschuldigten in ihren Informationssystemen von der Liste der zur Verhaftung ausgeschriebenen Personen zu streichen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich; Urk. 63)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales / Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 10. Februar 2011 sprach die 10. Abteilung - Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Beschuldigten des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und bestrafte ihn – unter Anrechnung von 2 Tagen erstandener Haft – mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten (Urk. 56 S. 11 Dispositiv-Ziff. 1. - 3., zum Verfahrensgang im Einzelnen, insbesondere zur ursprünglich erfolgten Rückweisung, vgl. Urk. 56 S. 3).
2. Nachdem der angefochtene erstinstanzliche Entscheid am 10. Februar 2011 erging, sind für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung anwendbar (Art. 448 und Art. 454 Abs. 1 StPO).
3. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte an der Hauptverhandlung Berufung anmelden (vgl. Prot. I S. 10). Die Berufungserklärung, mit welcher das "Urteil vollumfänglich angefochten" wurde, erstattete die Verteidigung mit Eingabe vom 27. April 2011 (vgl. Urk. 57). Zur Begründung verwies sie auf "frühere Eingaben am Obergericht, die selbe Sache betreffend (vgl. Geschäfts-Nr. SB090547)".
4. Die Staatsanwaltschaft ihrerseits beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides und verzichtete auf das Stellen von Beweisanträgen (Urk. 63).
5. Damit stehen alle Dispositiv-Ziffern des erstinstanzlichen Entscheides ausser derjenigen betreffend die Gültigkeit der Anklage (vgl. Prot. II S. 4) zur Disposition.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Sachverhalt

1.1. Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte sich nach seiner Haftentlassung am 29. März 2008 weiterhin in der Schweiz aufhielt, obwohl er angewiesen wurde, diese selbständig zu verlassen (vgl. u.a. Urk. 49 S. 6 ff.).

1.2. Ebenso unbestritten ist, dass er über keine Aufenthaltsbewilligung und kein gesetzliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt. So wurde sein Asylgesuch bereits im Jahre 2002 abgewiesen und seine Wegweisung aus der Schweiz verfügt (vgl. Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 30. Oktober 2002 in den beigezogenen unakturierten Kopien der Akten des Migrationsamtes). Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde im Jahre 2003 abgewiesen (vgl. Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 18. Februar 2003 in den beigezogenen unakturierten Kopien der Akten des Migrationsamtes), worauf der Beschuldigte wiederholt zum Verlassen der Schweiz aufgefordert wurde. Die in diesem Verfahren massgebende (erneute) Ausreiseaufforderung erfolgte am 28. März 2008 anlässlich seiner Haftentlassung (vgl. Schreiben der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Migrationsamt, vom 28. März 2008 in den beigezogenen unakturierten Kopien der Akten des Migrationsamtes). Dieser Aufforderung kam er – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (vgl. Urk. 56 S. 6) – nicht nach. Ebenso wenig unternahm er im eingeklagten Zeitraum (anfangs April 2008 bis 6. Dezember 2010, vgl. Urk. 46) – wie er selber ausführte (vgl. Urk. 49 S. 7) – irgendwelche Bemühungen zur Papierbeschaffung. Schliesslich konzedierte er, von seiner Pflicht, die Schweiz zu verlassen gewusst zu haben (vgl. Urk. 49 S. 6).

1.3. Damit ist aber erstellt, dass sich der Angeklagte im anklagerelevanten Zeitraum wissen- und willentlich ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhielt (vgl. auch Vorinstanz, Urk. 56 S. 6).

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält.

2.1.1. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf Zünd (in Kommentar Migrationsrecht, Spescha/Thür/Zünd/Bolzli) festhielt, hält sich rechtswidrig in der Schweiz auf, wer über keine Aufenthaltsbewilligung und über kein gesetzliches Anwesenheitsrecht verfügt und die Schweiz wissentlich und willentlich nicht verlässt, obwohl ihm die Ausreise möglich wäre (vgl. Urk. 56 S. 5 mit Literaturhinweis).

2.1.2. Weiter hat die Vorinstanz unter Angabe der entsprechenden Literaturstellen darauf hingewiesen, dass das Nichtverlassen des Landes nach Ablauf des bewilligten Aufenthalts bei objektiver Unmöglichkeit der Ausreise strafrechtlich nicht vorwerfbar ist, weil das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetzt, anders handeln zu können. An dieser Tatmacht fehle es insbesondere dann, wenn im Hinblick auf Art. 83 Abs. 2 AuG der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich sei, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden könne. Dabei gehe es um faktische Ausreisehindernisse wie fehlende Reisepapiere, mangelnde Transportmöglichkeiten, geschlossene Grenzen und dergleichen (vgl. Vorinstanz in Urk. 56 S. 5 mit Literaturhinweis). Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist jedoch gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist, was der Fall ist, wenn eine legale Ausreise nicht an äusseren Umständen scheitert, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten, rechtskräftig weggewiesenen Person und der zuständigen Behörden liegen, sondern eine solche nur deshalb nicht zustande kommt, weil die betroffene ausländische Person die Schweiz nicht verlassen will und die rechtmässige Rückkehr in das Heimatland bzw. eine legale Ausreise aus der Schweiz vereitelt (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.3).

2.2. Die Verteidigung macht geltend, eine Ausreise sei dem Beschuldigten nicht möglich gewesen, weil er einerseits nicht über die notwendigen Mittel und Möglichkeiten verfügt habe, um sich Reisepapiere zu beschaffen und er andererseits von B._____ keine Reisepapiere beschaffen könne, da er von der b._____ischen Delegation fälschlicherweise nicht als B._____ner anerkannt worden sei (Prot. I S. 6 ff., Urk. 27, Urk. 69 S. 7 f.).

2.2.1. Was der Einwand der Verteidigung betrifft, der Beschuldigte habe nicht über die notwendigen Mittel und Möglichkeiten verfügt, um sich Reisepapiere zu beschaffen, so steht aufgrund der Aussagen des Beschuldigten fest, dass er im Hinblick auf das Erlangen von Papieren einen einzigen Brief, und dies im Jahr 2004 oder 2005, an seine Tante sandte (vgl. Urk. 49 S. 7). Der Beschuldigte stand nach eigenen Angaben mit seiner Frau im telefonischen Kontakt, als diese noch in B._____ lebte, was bis Ende 2008 der Fall war (vgl. Urk. 2/4, Urk. 3 S. 4 und Urk. 49 S. 7 f.), wobei er in der Berufungsverhandlung erklärte, erst ab diesem Zeitpunkt wieder mit seiner Frau Kontakt gehabt zu haben (Urk. 68 S. 4). Dass er sie um Mithilfe bei der Papierbeschaffung auch nur fragte, behauptete er nicht, verwies jedoch in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit, die b._____ischen Behörden kennen zu müssen, wenn man einen Pass wolle (Urk. 68 S. 4). Ob der Beschuldigte sich zu wenig um das Beschaffen seiner Ausweispapiere bemüht hat, kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen, die ohnehin zu einem Freispruch führen, offen bleiben.

2.2.2. Hinsichtlich des Arguments, die Unmöglichkeit der Ausreise ergebe sich aus dem Umstand, dass der Beschuldigte nicht nach B._____ ausreisen, geschweige denn von diesem Staat Reisepapiere beschaffen könne, weil er von der b._____ischen Delegation fälschlicherweise nicht als B._____ner anerkannt worden sei (vgl. Prot. I S. 7 f., Urk. 69 S. 3), ist der Verteidigung dagegen zuzustimmen. Der Beschuldigte selber erklärte zwar anlässlich der Hauptverhandlung, die Personen der b._____ischen Delegation hätten von ihm verlangt, dass er mit ihnen ausreise (vgl. Urk. 49 S. 8 f.), was eigentlich grundsätzlich deren Einverständnis zu seiner Aus- und Heimreise einschliesst. Dies soll jedoch daran gescheitert sein, dass er keinen Pass hatte (vgl. Urk. 49 S. 9).

Wie nun die Vorinstanz richtig festhielt, konnte die Identität des Beschuldigten bis anhin nicht mittels eines Ausweispapiers festgestellt werden. So konnte insbesondere seine Behauptung, B._____ner zu sein, im Rahmen seiner zweimaligen Befragung in den Jahren 2006 und 2008 von einer b._____ischen Delegation nicht bestätigt werden (vgl. Ergebnis der Befragungen vom 27. Januar 2006 und 9. Juli 2008 in den Schreiben vom 30. Januar 2006 bzw. 14. Juli 2008 des Bun-

desamtes für Migration an das Migrationsamt des Kantons Zürich in den Kopien der Migrationsakten). Angesichts des negativen Resultates dieser Befragungen schloss die Vorinstanz, an der b.____ischen Herkunft des Beschuldigten bestünden ganz erhebliche Zweifel (vgl. Urk. 56 S. 8). Es ist jedoch zu beachten, dass aus den Akten des Migrationsamtes nicht hervorgeht, aus welchen Gründen die Delegation zum Schluss kam, den Beschuldigten nicht als b.____ischen Staatsangehörigen anzuerkennen und dieser weiterhin daran festhält, b.____-ischer Staatsangehöriger zu sein (Urk. 68 S. 3). Weiter liegt eine Kopie der Geburtsurkunde des Beschuldigten – ausgestellt durch den b.____ischen Staat – bei den Akten (vgl. Kopie in den unakturierten Akten des Migrationsamtes). Auch diesbezüglich ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Delegation aus dieser Geburtsurkunde nicht auf eine b.____ische Staatsangehörigkeit geschlossen hat.

2.3. Auch wenn es durchaus im Rahmen des Möglichen liegt, dass der Beschuldigte die hiesigen Behörden über seine wahre Herkunft täuscht, kann ihm dies nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Dem Beschuldigten war eine Ausreise aus der Schweiz mangels Anerkennung durch die b.____ische Delegation demnach aus objektiven Gründen nicht möglich gewesen. Der Beschuldigte ist deshalb freizusprechen.

III. Antrag auf Entfernung der Daten des Beschuldigten aus den Datenbanken

Die Verteidigung beantragte die Entfernung der Daten des Beschuldigten aus den Datenbanken der Untersuchungsbehörden und der Polizei (vgl. Prot. I. S. 6, Urk. 69 S. 1). Nachdem nicht ersichtlich ist, was die Verteidigung auch nicht dar- tut, inwiefern die Berufungsinstanz diesbezüglich zuständig sein sollte, ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten Vorinstanz

1.1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (vgl. Art. 428 Abs. 3 StPO).

1.2. Die Kostenfestsetzung der Vorinstanz, die von der Verteidigung im Rechtsmittelverfahren nicht beanstandet wurde, steht mit der hier massgeblichen Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (vgl. §§ 14 ff. GebV OG) im Einklang und ist daher zu bestätigen.

1.3. Angesichts des erfolgten Freispruchs sind die vorinstanzlichen Kosten, inklusive der Übersetzungskosten wie auch der Kosten für die amtliche Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 423 StPO).

2. Kosten des Berufungsverfahrens

2.1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO).

2.2. Der Beschuldigte obsiegt im Berufungsverfahren - abgesehen vom Antrag auf Streichung des Beschuldigten aus den Listen der zur Verhaftung ausgeschriebenen Personen der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden, welcher jedoch kaum ins Gewicht fällt und sich deshalb nicht auf die Kostenverteilung auswirkt. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive der Übersetzungskosten wie auch der Kosten für die amtliche Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 StPO).

3. Genugtuung

Nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO hat die beschuldigte Person Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Dem Beschuldigten ist deshalb für die im

Zusammenhang mit diesem Verfahren erfolgte zweitägige Haft (vgl. Urk. 8/1) eine Genugtuung im Betrag von Fr. 200.-- zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht vom 10. Februar 2011 betreffend Gültigkeit der Anklageschrift in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird freigesprochen vom Vorwurf des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Auf den Antrag der Verteidigung, es seien die Strafverfolgungsbehörden, insbesondere auch die Stadtpolizei und die Kantonspolizei anzuweisen, den Beschuldigten in ihren Informationssystemen von der Liste der zur Verhaftung ausgeschriebenen Personen zu streichen, wird nicht eingetreten.
3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziff. 5) wird bestätigt.
4. Die Kosten der Untersuchung und beider gerichtlicher Verfahren, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung und der Übersetzung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird eine Genugtuung von Fr. 200.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Angeklagten(übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Bundesamt für Migration

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 34a POG)

7. 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
I. Strafkammer

Zürich, 5. September 2011

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Grieder