

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110379-O/U/eh

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Marti, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur.
E. Leuenberger und Ersatzoberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
der Gerichtsschreiber lic. iur. P. Rietmann

Urteil vom 24. April 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger
verteidigt durch Fürsprecher X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin Dr. iur. U. Frauenfelder Nohl,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom
18. März 2011 (GB110003)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. November 2010 (Urk. 10) sowie die gleichentags erlassene Verfügung dieser Behörde betreffend Verlängerung der Probezeit (Urk. 9) sind diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 24 und 26 S. 15 ff.)

"Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Angeklagte ist schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 60 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Polizeiverhaft bereits erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Mai 2007 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– angesetzte Probezeit von 2 Jahren wird um 1 Jahr ab Eröffnung dieses Urteils verlängert.
5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. Kanzleikosten
Fr. Auslagen Untersuchung / einschliesslich Strafbefehl
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer werden dem Angeklagten auferlegt.
7. Die Kosten der erbetenen Verteidigung im Umfang von Fr. 1'200.– (inkl. MwSt) werden dem Verteidiger aus der Gerichtskasse ausgerichtet. In diesem Umfang geht der Anspruch des Verteidigers auf die Gerichtskasse über.
8. (Mitteilungen.)
9. (Rechtsmittel.)"

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Beschuldigten (Urk. 41 S. 2; Urk. 82 S. 3):

1. Herr A._____ sei frei zu sprechen von der angeblichen Widerhandlung gegen das Ausländerrecht durch vorsätzliches Verweilen;
2. Herr A._____ sei eine Entschädigung im Betrag von Fr. 200.– sowie den angemessenen Kosten der anwaltlichen Vertretung erster Instanz zu bezahlen.
3. Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz seien auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Für das Berufungsverfahren sei Herrn A._____ eine Entschädigung für die Anwaltskosten von Fr. 800.– zuzüglich Auslagen von 24.– und MWST von Fr. 65.90 zu bezahlen.

b) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft (Urk. 32, sinngemäss, schriftlich):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Mit Strafbefehl vom 5. November 2010 erkannte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl den Beschuldigten des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 60 Tagen (Urk. 10). Gleichzeitig verlängerte sie mit separater Verfügung die mit Strafbefehl vom 28. Mai 2007 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen angesetzte Probezeit von zwei Jahren um ein Jahr (Urk. 9). Dagegen erhob der Beschuldigte mit Eingabe vom 26. November 2010 innert Frist Einsprache mit dem Antrag, es sei der Strafbefehl vom 5. November 2010

aufzuheben und die Strafuntersuchung einzustellen (Urk. 11). Mit Verfügung vom 10. Januar 2011 hielt die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl in der Folge am erlassenen Strafbefehl fest und überwies die Akten dem Einzelgericht des Bezirks Zürich zur Durchführung des Hauptverfahrens (Urk. 13).

2.1 Nach durchgeführter Hauptverhandlung verurteilte die Einzelrichterin den Beschuldigten mit Urteil vom 18. März 2011 wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b des Gesetzes und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 60 Tagen. Ausserdem verlängerte sie die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Mai 2007 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.00 angesetzte Probezeit von zwei Jahren um ein Jahr. Weitere Einzelheiten des Entscheides können dem Ingress dieses Urteils entnommen werden.

2.2 Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 12) meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 28. März 2011 fristgerecht Berufung an, wobei er festhalten liess, dass diese aktuell nicht beschränkt werde (Urk. 21). Am 23. bzw. 24. Mai 2011 stellte die Vorderrichterin den Parteien das begründete Urteil zu (Urk. 25/1 und Urk. 25/2) und übermittelte in der Folge die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht.

3.1 Unter dem 14. Juni 2011 reichte der Beschuldigte der erkennenden Kammer seine "Beanstandungen" mit dem Antrag auf Freispruch ein; Beweisanträge stellte er keine (Urk. 28). Mit Präsidialverfügung vom 21. Juni 2011 wurden der Anklägerin diese in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO zugestellt unter Ansetzung einer Frist zur Erklärung der Anschlussberufung. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, das ihm zugestellte Datenerfassungsblatt auszufüllen und verschiedene Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse einzureichen (Urk. 30).

3.2 Am 8. Juni 2011 erteilte der Beschuldigte Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse (Urk. 36).

3.3 Mit Eingabe vom 28. Juni 2011 verzichtete die Anklägerin darauf, Anschlussberufung zu erklären (Urk. 32).

4.1 Die Berufungsverhandlung fand am 8. September 2011 statt (Prot. II S. 4ff.).

4.2 Am 4. Oktober 2011 beschloss die Kammer, ein ärztliches Gutachten über die Reisefähigkeit des Beschuldigten aufgrund seines körperlichen und geistigen Zustandes in der Zeit vom 28. Mai 2007 bis 26. Oktober 2010 einzuholen und das Bundesamt für Migration sowie das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich um sachdienliche Auskünfte zu ersuchen. Hintergrund dieser Anordnungen war die von der Verteidigung vorgebrachte Behauptung, der Beschuldigte sei im Deliktszeitraum aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes nicht reisefähig gewesen bzw. es sei dem Beschuldigten aufgrund der Weigerung der ... Behörden [des Staates C.____], ihm Reisepapiere auszustellen, objektiv unmöglich gewesen auszureisen. Als Gutachterin für das ärztliche Gutachten wurde unter Vorbehalt begründeter Einwendungen der Parteien Dr. med. B.____ bestellt, und es wurde den Parteien der vorgesehene Fragenkatalog zur Stellungnahme zugestellt (Prot. II S. 12; Urk. 45/1-2). Mit Eingabe vom 10. Oktober 2011 teilte die Staatsanwaltschaft in der Folge mit, dass sie keine Einwände gegen die Person der Gutachterin habe und auf Ergänzungsfragen verzichte (Urk. 47). Die Verteidigung verzichtete innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 21. November 2011 ebenfalls auf Einwendungen gegen die vorgeschlagene Gutachterin. Ergänzend stellte sie jedoch den Antrag, einen Neurologen als Zweitgutachter zu bestellen und ersuchte weiter darum, der Gutachterin bzw. den Gutachtern in Ergänzung des Fragenkatalogs (vgl. Urk. 45/2) auch die Frage der subjektiven Reisefähigkeit zu unterbreiten (Urk. 53). Mit Beschluss vom 28. November 2011 wurden diese Anträge der Verteidigung abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Gutachterin darum ersucht, der Kammer Mitteilung zu machen, falls sie den Beizug eines Zweitgutachters für erforderlich erachte (Prot. II S. 14; Urk. 57). Gleichentags wurde der schriftliche Gutachtensauftrag zuhanden von Dr. med. B.____ formuliert (Urk. 58). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2011 stellte die Verteidigung schliesslich ein Gesuch um Wiedererwägung des Entscheides der Kammer, die Frage der subjektiven Reise-

fähigkeit nicht zum Gegenstand der Begutachtung zu machen (Urk. 64). Dieses wurde mit Beschluss vom 18. Januar 2012 abgewiesen (Prot. II S. 16).

4.3 Am 2. November 2011 teilte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich unter Hinweis auf den Beschluss vom 4. Oktober 2011 mit, dass der ausländische Führerausweis bei der Anmeldung zur Kontrollfahrt zur Erlangung des schweizerischen Führerausweises grundsätzlich eingereicht werden müsse. Ob dies auch im Fall des Beschuldigten so gewesen sei und was nach der Kontrollfahrt mit einem allfälligen ... Führerausweis [des Staates C._____] passiert sei, könne jedoch aufgrund fehlender Unterlagen (Aktenvernichtung zufolge Zeitablaufs) nicht mehr festgestellt werden (Urk. 50). Das Bundesamt für Migration reagierte mit Amtsbericht vom 1. Dezember 2011 (Urk. 60) und teilte mit, dass die ... Botschaft [des Staates C._____] nur dann Reisedokumente ausstelle, wenn die antragstellende Person freiwillig in den C._____ zurückkehren möchte. Die Person müsse persönlich auf der ... Botschaft [des Staates C._____] versprechen und über eine ... Identitätskarte [des Staates C._____] oder die Geburtsurkunde verfügen. In den Akten des Bundesamtes würden eine Original der Geburtsurkunde, ausgestellt in ..., ein Original der Residenzkarte mit Hinweis auf die ... Nationalität [des Staates C._____] , ausgestellt in ..., sowie eine Kopie einer ... Geburtsurkunde [des Staates C._____] liegen. Das Original der Geburtsurkunde müsse sich - wenn der Beschuldigte dieses abgegeben habe - bei den Akten des Migrationsamtes befinden, welche im Strafverfahren beigezogen worden seien (Urk. 60). Das Gutachten von Dr. med. B._____ datiert schliesslich vom 27. Februar 2012. Die Gutachterin kommt darin zusammengefasst zum Schluss, dass die Reisefähigkeit des Beschuldigten aufgrund der neurologischen Symptomatik im Deliktszeitraum nicht eingeschränkt gewesen sei. Angaben zum Verlauf der psychischen Situation können nicht gemacht werden, weshalb die Frage der Reisefähigkeit für den Deliktszeitraum nicht definitiv beantwortet werden könne. Die heute bestehenden neurologischen Befunde und die aktuelle psychopathologische Situation schränke die Reisefähigkeit für einen mehrstündigen Flug nicht ein. Bei einer möglichen Verschlechterung der psychischen Situation sei aber eine Begleitung durch einen Psychiater empfehlenswert (Urk. 69 S. 20).

4.4 Mit Verfügung vom 27. April 2012 ordnete der Vorsitzende der Kammer mit dem Einverständnis der Parteien (Urk. 75 und Urk. 76) die schriftliche Fortsetzung des Berufungsverfahrens an und setzte dem Beschuldigten eine Frist, um zu den Berichten des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zürich und des Bundesamtes für Migration sowie zum Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin Stellung zu nehmen sowie die Berufungsanträge abschliessend zu stellen und zu begründen (Prot. II S. 17). Die entsprechende Eingabe datiert vom 8. Juni 2012. Darin äusserte sich der Verteidiger des Beschuldigten u.a. zu den Auskünften des Bundesamtes für Migration und des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zürich sowie zum Gutachten von Dr. med. B._____ und hielt abschliessend an seinen materiellen und prozessualen Anträgen vollumfänglich fest (Urk. 82). Insbesondere hielt er dafür, dass vor dem Hintergrund der Auskünfte des Bundesamtes für Migration davon ausgegangen werden müsse, dass die ... Botschaft [des Staates C._____] dem Beschuldigten den Erhalt eines Reisedokuments verunmögliche. Die Begutachtung sei sodann unvollständig, weil kein Neurologe bzw. Psychiater beigezogen worden und die Frage der subjektiven Reisefähigkeit nicht behandelt worden sei. Im Übrigen lasse die Gutachterin die Frage der Reisefähigkeit im Deliktszeitraum ausdrücklich offen, weshalb zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen sei, dass im Rahmen der Kombination schwerster neurologischer Erkrankung / psychopathologische Schwierigkeiten in der gesamten Periode eine Reiseunfähigkeit bestanden habe. Weiter enthielt die Eingabe kritische Äusserungen zur Unabhängigkeit der I. Strafkammer.

Mit Verfügung vom 11. Juni 2012 wurde der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz die Eingabe des Verteidigers des Beschuldigten vom 8. Juni 2012 zugestellt und der Staatsanwaltschaft Frist zur Stellungnahme zu den eingegangenen Berichten, dem Gutachten und der Eingabe der Verteidigung sowie dazu angesetzt, die Berufungsanträge abschliessend zu stellen und zu begründen (Prot. II S. 18). Weiter wurde der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmung gegeben und der Verteidigung Frist angesetzt, um mitzuteilen, ob die kritischen Äusserungen zur Unabhängigkeit der I. Strafkammer in der Eingabe vom 8. Juni 2012 als Ausstandsgesuch zu verstehen seien und gegebenenfalls noch bestimmte Auskünfte zu erteilen (Prot. II S. 18; Urk. 84).

Am 13. Juni 2012 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 86). Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft datiert vom 28. Juni 2012 (Urk. 90). Mit Eingabe vom 1. Juli 2012 stellte der Verteidiger des Beschuldigten schliesslich klar, dass die Eingabe vom 8. Juni 2012 (auch) als Ausstandsgesuch gegen die Kammer zu verstehen sei (Urk. 91), weshalb diese nach Einholung von Stellungnahmen der Mitglieder des Spruchkörpers (Urk. 93/1-4) mit Verfügung vom 12. Juli 2012 der II. Strafkammer zum Entscheid überwiesen wurde (Prot. II S. 20; Urk. 94).

4.5 Mit Beschluss vom 26. November 2012 wies die II. Strafkammer das Ausstandsbegehren des Beschuldigten ab (Urk. 96). Ein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid wurde nicht erhoben (Urk. 97).

4.6 Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.1 Der Beschuldigte stammt aus dem C._____. Er reiste im Sommer 2000 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Dieses wurde am 24. Mai 2004 vom Bundesamt für Flüchtlinge abgelehnt, und es wurde die Wegweisung des Beschuldigten unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis am 23. Juli 2004 verfügt. Eine vom Beschuldigten gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde blieb erfolglos. Die Schweizerische Asylrekurskommission wies diese mit Urteil vom 19. Mai 2006 mit der Begründung ab, dass der Beschuldigte keine Gründe nach Art. 3 AsylG habe nachweisen oder glaubhaft machen können. Ausserdem hielt es dafür, dass der Vollzug der Wegweisung in völker- und landesrechtlicher Hinsicht zulässig und im Übrigen auch unter Berücksichtigung der allgemeinen politischen Lage im C._____ und der individuellen Umstände des Beschuldigten (Krankheit) zumutbar sei. Damit wurde die am 24. Mai 2004 verfügte Wegweisung rechtskräftig und das Bundesamt für Migration setzte dem Beschuldigten eine neue Frist bis am 21. Juli 2006 an, um die Schweiz zu verlassen. Bei dieser Gelegenheit wurde der Beschuldigte darauf aufmerksam gemacht, dass er bei der Beschaffung von gültigen Reisepapieren mitzuwirken habe. Einer Vorladung des

Migrationsamtes des Kantons Zürich zwecks Organisation der Rückreise leistete der Beschuldigte Folge, äusserte aber Bedenken, bezüglich einer freiwilligen Rückkehr und verweigerte dem Amt die Mitwirkung bei der Papierbeschaffung (vgl. dazu die Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [Urk. 23]).

1.2 Am 28. Mai 2007 wurde der Beschuldigte erstmals mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen rechtswidrigen Verweilens im Land verurteilt, nachdem er tags zuvor anlässlich einer Polizeikontrolle verhaftet worden war (vgl. Vorakten [Urk. 22]).

1.3 Mit Eingaben vom 6. Juli und 30. Oktober 2007 ersuchte der Beschuldigte in der Folge unter Hinweis auf seine chronische Nervenerkrankung bzw. die schwierige politische Lage und Menschenrechtssituation im C._____ erfolglos um Wieder-erwägung des ablehnenden Asylentscheides bzw. der Anordnung des Wegweisungsvollzuges. Was die Reisefähigkeit betrifft, wurde dabei festgehalten, dass diese im Zeitpunkt der effektiven Ausreise des Beschuldigten durch die kantonale Vollzugsbehörde zu beurteilen sei (vgl. dazu die Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich; Urk. 6/1ff.).

1.4 Am 16. Oktober 2009 stellte der Beschuldigte schliesslich ein Gesuch betreffend Erteilung einer Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG. Die für die nähere Beurteilung dieses Begehrens notwendigen Auskünfte und Unterlagen liess er den zuständigen Behörde jedoch nicht zukommen (vgl. dazu die Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [Urk. 23]; Urk. 5; Urk. 6/6).

2.1 Am 26. Oktober 2010 wurde der Beschuldigte erneut verhaftet. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wirft ihm vor, weiterhin ununterbrochen im Land geblieben zu sein, obwohl er keine Aufenthaltsberechtigung mehr gehabt und um die rechtskräftige Wegweisungsverfügung des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 28. Mai 2004 (Rechtskraft: 24. Mai 2006) gewusst habe.

2.2 Dass er sich seit seiner letzten Verurteilung am 28. Mai 2007 weiterhin ununterbrochen und ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten hat, stellte der Beschuldigte weder gegenüber der Staatsanwaltschaft und

der Vorderrichterin noch im Berufungsverfahren in Abrede (Urk. 3 S. 1; Urk. 4 S. 2; Prot. I S. 6; Urk. 39 S. 10). Vor Vorinstanz machte er aber geltend und wiederholte dies im Berufungsverfahren, dass er sich nicht illegal fühle. Er bekomme Hilfe und Termine im Spital und alle würden wissen, wo er wohne. Er bekomme immer noch Hilfe, eine Wohnung und Geld (Prot. I S. 7, 9; Urk. 39 S. 12f., 16). Ausserdem habe er das Land nicht verlassen, weil er in ärztlicher Behandlung sei, nicht lange sitzen und stehen und nicht in einer Gruppe leben könne (Prot. I S. 6; Urk. 39 S. 9f., 12, 16f., 20). Schliesslich habe ihm die ... Botschaft [des Staates C._____] keine Papiere gegeben (Prot. I S. 6; Urk. 39 S. 10f.). Die Verteidigung hält vor diesem Hintergrund dafür, dass der Beschuldigte nicht um seinen genauen Status gewusst habe und angesichts seiner Erkrankung auch nicht mit einer unbedingten Ausreisepflicht habe rechnen müssen. Entsprechend sei der subjektive Tatbestand zu verneinen (Urk. 28 S. 1; vgl. auch Urk. 17 S. 3). Im Übrigen sei es dem Beschuldigten nicht möglich gewesen, hinreichende Reisepapiere zu beschaffen. Trotz Bemühungen habe er von der zuständigen Vertretung der Republik C._____ keine entsprechenden Dokumente erhalten. Alleine mit dem schweizerischen Führerausweis seien ihm keine Dokumente ausgestellt worden. Auch sei der Beschuldigte während der gesamten in Frage stehenden Periode aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes nicht reisefähig gewesen und ein Rückreise in den C._____ sei ihm nicht zumutbar (Urk. 28 S. 1; vgl. auch Urk. 17 S. 4; Urk. 41 S. 1ff.).

3. Gemäss dem auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbaren Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG macht sich u.a. strafbar, wer sich vorsätzlich rechtswidrig in der Schweiz aufhält (vgl. auch Urk. 26 Erw. 4.1 und 4.2; Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.1 Rechtswidrig hält sich in der Schweiz namentlich auf, wer sich nach Ablauf des bewilligten Aufenthaltes weiter in der Schweiz aufhält, es sei denn, eine legale Ausreise sei objektiv unmöglich. Denn bei objektiver Unmöglichkeit der legalen Ausreise ist es einem Beschuldigten strafrechtlich nicht vorwerfbar, dass er die Schweiz nicht verlassen hat. Das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können (vgl. BGE 6B_85/2007 Erw. 2.2.). Vor diesem Hintergrund wirft die Verteidigung grundsätzlich zu Recht die Frage auf,

ob der Beschuldigte sich Reisepapiere hätten beschaffen können bzw. in der relevanten Zeit objektiv reisefähig war. Festzuhalten ist immerhin, dass die Strafbarkeit des Verweilens in der Schweiz gegeben wäre, wenn zwar nicht die zwangsweise Ausschaffung, wohl aber die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat möglich gewesen wäre (BGE 6B_85/2007 Erw. 2.2 mit Verweis). Keinen Einfluss auf die Frage der Strafbarkeit des Verweilens in der Schweiz hat nach dem Erwogenen dagegen die Frage der subjektiven Zumutbarkeit einer Ausreise; diese ist allein im migrationsrechtlichen Verfahren zu entscheiden.

4.2 Gemäss dem Amtsbericht des Bundesamts für Migration vom 1. Dezember 2011 (Urk. 60) stellen die ... Botschaft [des Staates C._____] nur dann Reisedokumente aus, wenn die antragstellende Person freiwillig in den C._____ zurückkehren möchte. Die Person müsse persönlich auf der ... Botschaft [des Staates C._____] vorsprechen und über eine ... Identitätskarte [des Staates C._____] oder die Geburtsurkunde verfügen. Daraus ist zu schliessen, dass dem Beschuldigten grundsätzlich eine freiwillige Rückkehr in den C._____ möglich gewesen wäre. Die Voraussetzungen an den Identitätsnachweis freiwilliger Rückkehrer hätte der Beschuldigte, wenn der entsprechende Wille vorhanden gewesen wäre, erfüllen können. Das Original einer ... Geburtsurkunde [des Staates C._____] liegt zwar nicht bei den Akten. Die Kopie einer ... Geburtsurkunde [des Staates C._____] liegt aber vor, was indiziert, dass eine Originalurkunde existiert. Der Beschuldigte verfügte sodann gemäss seinen Angaben in der Befragung durch das Bundesamt für Flüchtlinge über einen bis ins Jahr 2009 gültigen ... Pass [des Staates C._____] und über eine unbeschränkt gültige Identitätskarte. Diese Papiere befanden sich im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz gemäss seinen Angaben bei seiner Familie, mit der eine Kontaktaufnahme möglich war und von den Behörden zwecks Beschaffung der Papiere auch gefordert wurde (Akten Migrationsamt, Befragungsprotokoll Empfangsstelle D._____ vom 7. Juli 2000, S.3f.). Bereits bei dieser ersten Befragung gab der Beschuldigte zu bedenken, wie heikel ein Postversand der Papiere sein würde (a.a.O., S. 4f.). In der Folge legte der Beschuldigte den Behörden eine Kopie seiner ID-Karte vor. Diese war gemäss seinen Angaben nach der Erstbefragung auf Betreiben seiner Mutter von einem Mittelsmann in die Schweiz gebracht worden. Das Original der Ausweise sei beim

Versuch eines Postversandes vom Geheimdienst abgefangen und sein Bruder in Haft genommen worden (Akten Migrationsamt, Frageschema für die direkte Bundesanhörung von Asylbewerbern in den Empfangsstellen, Protokoll vom 24. Juli 2000; S. 2ff). Dass die Angaben über den Verlust der Originaldokumente unglaubhaft waren, wurde dem Beschuldigten bereits damals mit richtiger Begründung vorgehalten (a.a.O., S. 4) und später in schriftlichen Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 28. Juli 2000 noch einmal zutreffend erwogen (Akten Migrationsamt, Entscheid BFF vom 28. Juli 2000, S. 4). Der Wille, diese Dokumente erhältlich bzw. den ... Behörden [des Staates C._____] zwecks Identitätsnachweis zugänglich zu machen, bestand beim Beschuldigten aber nie. Wie sich aus den Aussagen des Beschuldigten vom 26. Oktober 2010 gegenüber der Polizei mit aller Deutlichkeit ergibt, weigert sich dieser, überhaupt zur ... Botschaft [des Staates C._____] zu gehen (Urk. 3 S. 2). Entsprechend verweilte er gemäss seinen Aussagen denn auch nicht weiter in der Schweiz, weil die ... Behörden [des Staates C._____] ihm effektiv keine Reisedokumente ausstellen, sondern weil er die Schweiz gerne habe und hierher gekommen sei, um hier zu bleiben und nicht um die Schweiz zu verlassen (Urk. 3 S. 1). Diese Aussagen entsprechen seinem Verhalten im Asylverfahren und seiner, in einer Notiz vom 16. Juni 2006 festgehaltenen Äusserung gegenüber dem zuständigen Sachbearbeiter des Migrationsamts des Kantons Zürich, gemäss welcher er sich strikt geweigert haben soll, mit den schweizerischen Behörden betreffend die Papierbeschaffung zusammen zu arbeiten (Akten Migrationsamt).

4.3 Was den Einwand betrifft, der Beschuldigte sei während der gesamten relevanten Dauer des Verweilens aufgrund seiner Erkrankung nicht reisefähig gewesen, ging die Vorderrichterin gestützt auf die bei den Akten liegenden ärztlichen Atteste zugunsten des Beschuldigten davon aus, dass er vom 31. Mai 2007 bis Juni 2007 und vom 24. Februar 2009 bis am 26. Oktober 2010 nicht in der Lage gewesen sei, die Schweiz zu verlassen. Weitere Atteste erachtete sie für nicht sachdienlich, weil sie sich nicht auf den angeklagten Zeitraum beziehen bzw. sich nicht zur Reise- und Transportfähigkeit des Beschuldigten äussern würden (vgl. Urk. 26 S. 8). Das im Rahmen des Berufungsverfahrens eingeholte Gutachten zur Reisefähigkeit ergab, dass der Beschuldigte aufgrund der bei ihm

bestehenden neurologischen Symptomatik im Zeitraum von Mai 2007 bis Oktober 2010 in seiner Reisefähigkeit nicht eingeschränkt war (Urk. 69 S. 20). Zum Verlauf der psychischen Situation könnten jedoch keine Angaben gemacht werden, weswegen die Frage nach der Reisefähigkeit für die fragliche Periode nicht definitiv beantwortet werden könne (Urk. 69 S. 20). Vorliegend deutet einiges darauf hin, dass der Beschuldigte im vom Strafbefehl erfassten Zeitraum - zumindest während gewissen Zeitabschnitten - reisefähig gewesen sein könnte, zumal der inkriminierte Zeitraum von langer Dauer ist, während welcher die Krankengeschichte des Beschuldigten deutlichen Schwankungen unterworfen war. Des Weiteren machte der Beschuldigte anlässlich seiner Einvernahmen selbst nie explizit geltend, dass ihn psychische Probleme an der Ausreise gehindert hätten und vermochte diese Probleme auch nicht zu umschreiben (Urk. 3 S. 1; Urk. 4 S. 2; Prot. I S. 6f.; Urk. 39 S. 3, S. 9f., S. 12 und S. 17). Auch das betreffend die Reisefähigkeit des Beschuldigten erstellte Gutachten schliesst im Übrigen nicht aus, dass dieser in gewissen Zeiträumen vollständig reisefähig gewesen sein könnte. Die Akten zeigen aber auch auf, dass wiederholt psychiatrische Interventionen und Hospitalisierungen notwendig geworden sind (vgl. Urk 15/2; Urk. 16/1; Urk. 40/1). Vor diesem Hintergrund vermochte der Verteidiger des Beschuldigten durch seine Ausführungen glaubhaft zu machen, dass beim Beschuldigten wesentliche psychische Probleme bestanden, wobei diese in zeitlicher Hinsicht nicht genau umgrenzt werden können. Aus der in Art. 10 Abs. 1 StPO umschriebenen Unschuldsvermutung geht hervor, dass den staatlichen Behörden, mithin dem Gericht, die Beweisführungslast betreffend die Schuld des Beschuldigten obliegt (Basler Kommentar zur StPO, Basel 2011, N 19 zu Art. 10 StPO, m.w.H.). Da der Nachweis der Schuld des Beschuldigten vorliegend nicht erbracht werden kann, zumal seine psychischen Probleme zeitlich nicht hinreichend eingegrenzt werden können, ist zu dessen Gunsten davon auszugehen, dass er im gesamten durch den Strafbefehl erfassten Zeitraum nicht reisefähig war.

4.4 Bei dieser Ausgangslage ist der Beschuldigte unter Berücksichtigung des unter Ziff. 4.1 Erwogenen vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz freizusprechen.

5. Der Vollständigkeit halber und um allfällige Missverständnisse für die Zukunft zu vermeiden, ist abschliessend immerhin festzuhalten, dass **der heutige Freispruch nichts darüber aussagt, ob sich der Beschuldigte nach dem 26. Oktober 2010 bis heute legal oder illegal in der Schweiz aufhielt. Insbesondere kann der Beschuldigte daraus aber nicht schliessen, dass er in Zukunft in der Schweiz verweilen darf.** Der Beschuldigte verfügt nach wie vor über keine Aufenthaltsberechtigung für die Schweiz. Er könnte nach Überzeugung des Gerichts die für eine Rückkehr in den C._____ nötigen Reisepapiere beschaffen, wenn er wollte. Ausserdem bescheinigte ihm das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 27. Februar 2012 sowohl unter neurologischen als auch unter psychopathologischen Aspekten aktuell reisefähig zu sein (Urk. 69 S. 20). **Künftige Aufforderungen der Behörden, das Land zu verlassen, kann der Beschuldigte daher nicht mit dem Hinweis auf das vorliegende Urteil ignorieren. Der Verteidiger des Beschuldigten ist an dieser Stelle explizit an seine Pflicht zu erinnern, den Beschuldigten auf diese Umstände aufmerksam zu machen.**

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 StPO). Ausserdem ist dem Beschuldigten eine Entschädigung für seine Aufwendungen für die erbetene Verteidigung zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Die Vorinstanz bezifferte die Entschädigung für die erbetene Verteidigung des Beschuldigten in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Hauptverfahren auf Fr. 1'200.– (Urk. 24 und Urk. 26 S. 16), wogegen der Verteidiger nicht opponierte (Urk. 28; Urk. 41; Urk. 82). Für das Berufungsverfahren beantragte der erbetene Verteidiger im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung eine Entschädigung von Fr. 800.–, nebst Barauslagen von Fr. 24.– und MwSt. von Fr. 65.90 (Urk. 41 S. 2). Unter Berücksichtigung von § 18 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 lit. b und § 16 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 erscheinen sodann für das weitere Berufungsverfahren

Fr. 700.– (inklusive Barauslagen und MwSt.) als angemessen. Insgesamt ist der erbetene Verteidiger folglich mit Fr. 2'789.90 zu entschädigen. In Zusammenhang mit dem durch Beschluss der II. Strafkammer vom 26. November 2012 abgewiesenen Ausstandsbegehren ist der erbetene Verteidiger nicht zu entschädigen.

Wie bereits vor Vorinstanz wurde im Übrigen für den Beschuldigten persönlich eine Entschädigung von Fr. 200.– beantragt (Urk. 41 S. 2; Urk. 82 S. 2). Da der Beschuldigte einen Tag in Haft verbrachte (Urk. 7/1 und Urk. 7/5), ist ihm grundsätzlich eine Entschädigung zuzusprechen (Art. 431 Abs. 1 StPO). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht bei kürzeren Freiheitsentzügen davon aus, dass Fr. 200.– pro Tag als angemessene Genugtuung für eine strafrechtlich unverschuldete Untersuchungshaft zu betrachten sind, falls keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung zu rechtfertigen vermögen (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2011, 6B_574/2010, E. 2.3). In Berücksichtigung dieser Praxis ist die dem Beschuldigten persönlich zuzusprechende Entschädigung auf die beantragten Fr. 200.– zu beziffern.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freigesprochen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren in beiden Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 2'789.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

5. Dem Beschuldigten persönlich wird eine Entschädigung von Fr. 200.– für zu Unrecht erlittene Haft zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das BFM, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Kantonspolizei Zürich gestützt auf § 54a Abs. 1 PolG
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 8/1

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

lic. iur. P. Rietmann