

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB120136-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic. iur. et phil  
Glur, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. Höfliger

## Urteil vom 25. September 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich (10. Abteilung) vom 8. Dezember 2011 (GG110275)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 30. September 2011 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.-- (insgesamt Fr. 900.--). Hievon sind 2 Tagessätze durch Polizeihaft abgegolten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'000.-- Gebühr für das Vorverfahren  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

**Berufungsanträge:**

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
  1. Der Beschuldigte sei frei zu sprechen von der Anschuldigung der angeblichen Widerhandlung gegen das Ausländerrecht durch vorsätzliches rechtswidriges Verweilen.

2. Dem Beschuldigten sei eine Entschädigung im Betrag von Fr. 400.– sowie die angemessenen Kosten der anwaltlichen Vertretung in erster und zweiter Instanz zu bezahlen.
  3. Die Kosten der ersten und zweiten Instanz seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:  
(schriftlich)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

**Erwägungen:**

**I.**

1. Mit Strafbefehl vom 8. Juni 2011 verurteilte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat den Beschuldigten wegen einer Widerhandlung gegen das Ausländergesetz zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 120 Tagen (Urk. 6). Mit Eingabe vom 25. Juli 2011 liess der Beschuldigte gegen diesen Entscheid Einsprache erheben (Urk. 7). Nach Abschluss der Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft am 30. September 2011 die im Anhang wiedergegebene Anklage und beantragte einen Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und eine unbedingte Freiheitsstrafe von 90 Tagen (Urk. 14).
2. Im Anschluss an die Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2011 vor dem Einzelgericht in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich wurde der Beschuldigte im Sinne der Anklage schuldig gesprochen und zu einer unbedingten Geldstrafe

von 90 Tagessätzen zu CHF 10.00 verurteilt (Prot. I S. 5 ff.). Das Urteil wurde dem Beschuldigten mündlich eröffnet, worauf er sogleich die Berufung anmelden liess (Prot. I S. 12). Mit einer schriftlich mitgeteilten Nachtragsverfügung vom gleichen Tag wurde das Gesuch des Beschuldigten um Bestellung eines amtlichen Verteidigers unter Verweis auf Art. 132 Abs. 3 StPO abgewiesen (Urk. 24).

Das begründete Urteil wurde dem Verteidiger des Beschuldigten am 8. Februar 2012 zugestellt (Urk. 31/1), worauf dieser am 28. Februar 2012 innert der gesetzlichen Frist die Berufungserklärung einreichte, in der er die Berufung nicht einschränkte (Urk. 33). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 15. März 2012 auf Anschlussberufung und die Stellung eines Antrags (Urk. 37). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

3. Wegen einer akuten Erkrankung des Beschuldigten musste die Berufungsverhandlung vom 1. Juni 2012 auf den 25. September 2012 vertagt werden (Urk. 40/1 und 2).

## II.

1. Der Beschuldigte ist ... Staatsangehöriger [des Staates B.\_\_\_\_\_]. Er reiste anfangs Juni 2006 von C.\_\_\_\_\_, wo er seit seinem 10. Lebensjahr gelebt hatte, in die Schweiz ein. Nach seiner am 21. September 2006 erfolgten Heirat mit einer Schweizerin erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Zürich. Eheliche Konflikte führten jedoch bald zu Strafanzeigen und zu zwei strafrechtlichen Verurteilungen gegen den Beschuldigten. Seit dem 1. April 2009 lebt er von seiner Ehegattin getrennt (HD 3/7 S. 5 E. 4.d a.E.; HD 5/1; Urk. 26). Daraufhin wurde ihm die Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 29. Mai 2009 entzogen und eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis 30. Juni 2009 angesetzt (HD 3/5). Seine dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden mit Beschluss des Regierungsrats vom 3. Februar 2010 und Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 5. Mai 2010 abgewiesen, verbunden mit der Anordnung, die Schweiz bis am 30. Juni 2010 zu verlassen (HD 3/7 und 3/8). Auf ein Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten trat

die Sicherheitsdirektion am 19. August 2010 nicht ein und setzte ihm eine Ausreisefrist bis am 30. November 2010 (HD 3/2).

Am 23. Dezember 2010 wurde der Beschuldigte bei einer Kontrolle in der Wohnung seiner Freundin angetroffen und daraufhin am 27. Dezember 2010 polizeilich befragt. Bei dieser Gelegenheit wurde er dazu aufgefordert, die Schweiz bis spätestens am 2. Januar 2011 zu verlassen, wobei ihm angedroht wurde, dass er andernfalls polizeilich ausgeschafft werde (HD 1 f., insbesondere HD 2 S. 2 Fragevorhalt 10 und 11). Aufgrund eines Zuführungsauftrags des Migrationsamtes wurde er am 27. Februar 2011 an der gleichen Adresse angehalten und in Haft genommen. Vom 1. März 2011 bis zum 4. Mai 2012 befand er sich in Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (vgl. HD 4/1, HD 4/5, Urk. 18 f. und ND 1-3 Urk. 43 S. 2, Prot. II S. 5).

2. Aufgrund dieser Abläufe, die anhand der Akten erstellt sind und auch nicht bestritten werden, steht fest, dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllte, indem er nach dem 30. November 2010 die Schweiz nicht verliess (vgl. Urk. 32 S. 5 E. 3.1.3). Was der Verteidiger vor der Vorinstanz in Bezug auf die mehrmalige Verschiebung der Ausreisefrist vorbrachte (Urk. 21 S. 3 oben), vermag daran nichts zu ändern. Indem die Behörden auf den illegalen Verbleib des Beschuldigten mit der Ansetzung einer neuen Ausreisefrist reagierten, trugen sie den faktischen Verhältnissen Rechnung und gaben ihm die Gelegenheit, seine Ausreise vorzubereiten, legalisierten damit jedoch mitnichten seinen Aufenthalt in der Schweiz. Die Verschiebung des Ausreisedatums hat keinen Einfluss auf den Beginn des illegalen Aufenthalts. Dieser erfolgt mit Ablauf der im Schreiben des Migrationsamtes vom 19. August 2010 angesetzten definitiven Ausreisefrist am 30. November 2010 (HD 3/2 = ND 4/1). Die Vorinstanz schränkte allerdings den strafrechtlich relevanten Zeitraum auf die Periode zwischen dem 1. Dezember 2010 und dem 27. Februar 2011 ein und legte nur diese ihrem Schuldspruch zugrunde (Urk. 32, Erw. II.3.1.2). Im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO ist das Berufungsgericht an diese Eingrenzung gebunden.

3. Der Beschuldigte anerkannte in der Untersuchung, dass er davon Kenntnis hatte, dass ihm die Ausreisefrist mit Schreiben des Migrationsamtes vom 19. Au-

gust 2010 (HD 3/2 = ND 4/1) bis am 30. November 2010 verlängert worden war (HD 2 S. 1 A. 6; HD 9 S. 3; vgl. Urk. 20 S. 3). Die angebliche Empfehlung seines Anwalts, diese Frist nicht zu beachten und den Entscheid über ein erneutes Gesuch stattdessen in der Schweiz abzuwarten (HD 2 S. 1 A. 6), vermag daran nichts zu ändern. Sollte ihm sein Anwalt tatsächlich diesen Rat erteilt haben, tat er dies zweifellos in Kenntnis der damit verbundenen strafrechtlichen Folgen, und es ist nicht davon auszugehen, dass er als verantwortungsvoller Berufsmann diese Konsequenzen seinem Klienten verschwieg. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Verteidigung (Urk. 21 S. 4 oben) insbesondere auch nicht aus dem Schreiben der Freundin des Beschuldigten vom 17. Januar 2011, in dem auf ein nach Ablauf der Ausreisefrist gestelltes Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung Bezug genommen wird (ND 4/3). Der Vorsatz ist damit ebenfalls erstellt.

4. Unter dem Titel "Rechtliche Würdigung" erwähnt die Verteidigung, dass dem Beschuldigten mit dem illegalen Verbleib in der Schweiz eine Unterlassung vorgeworfen werde, und weist darauf hin, dass eine Strafbarkeit wegen einer Unterlassung voraussetze, dass Tatmacht gegeben sei, was im Falle einer Weg- oder Ausweisung bedeute, dass der Ausländer tatsächlich in den Heimatstaat oder einen Drittstaat ausreisen könne, wobei eine Ausreise, die nur unter Verletzung von Reisebestimmungen bewerkstelligt werden könne, als unmöglich zu gelten habe (Urk. 21 S. 6; vgl. dazu Migrationsrecht, Kommentar, 3. A., Zünd, Art. 115 AuG N 7 a.E.). Weiter führte er aus, dass eine Ausreise die Beschaffung von Reisepapieren erfordert hätte, was in der Zeit vom 30. November 2010 bis zum 27. Februar 2011 nicht möglich gewesen sei (Prot. I S. 6 ff. und S. 10 E. 11).

Vorab ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten gemäss Tatbestand nicht eine Unterlassung, sondern der rechtswidrige Aufenthalt, mithin ein aktives Verhalten vorgeworfen wird. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ihm ein anderes – rechtmässiges – Verhalten möglich gewesen wäre.

a) Die Vorinstanz erwähnte, dass der Pass des Beschuldigten abgelaufen war und er überdies nur über in C.\_\_\_\_\_ ausgestellte Kopien verfügte (ND 4/5), und verwies auf eine in der Untersuchung eingeholte schriftliche Auskunft des Bundesamtes für Migration vom 26. Oktober 2010 (Urk. 17), wonach die ... Botschaft

[des Staates B.\_\_\_\_\_] eine Einreisebewilligung (Laisser-Passer) ausstelle, wenn der Beschuldigte auf der Botschaft vor dem Konsul unterschriftlich bestätige, dass er freiwillig nach B.\_\_\_\_\_ zurückkehre (Urk. 32 S. 5 ff. E. 3.2).

Die Vorinstanz erwog, es sei möglich, dass der Beschuldigte in der ersten Janu-  
arwoche des Jahres 2011 auf der ... Botschaft [des Staates B.\_\_\_\_\_] in Bern vor-  
gesprachen habe. Entscheidend sei jedoch, ob er anlässlich dieses Besuchs sei-  
nen Rückreisewillen nach B.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gebracht und unterschriftlich  
bestätigt habe. Aufgrund seiner diesbezüglichen Aussagen im Verfahren sei an-  
zunehmen, dass er dies nicht getan habe. Die nötige Tatmacht sei unter diesen  
Umständen zu bejahen (Urk. 32 S. 6 ff. E. 3.2).

b) Der Beschuldigte wurde mehrfach dazu befragt, ob er freiwillig nach  
B.\_\_\_\_\_ ausreisen würde. So antwortete er im Verfahren betreffend Umwandlung  
der Ausschaffungshaft in Durchsetzungshaft auf die Frage, ob er bereit sei die  
Schweiz freiwillig zu verlassen (Urk. 18 S. 1 A. 2):

"Freiwillig ja. Ich will mit dem Zug nach C.\_\_\_\_\_ zurückkehren."

Zum Hinweis, dass er keinen Aufenthaltstitel für C.\_\_\_\_\_ besitze, so dass ihm nur  
die Ausreise nach B.\_\_\_\_\_ offenstehe, wollte er sich nicht äussern (Urk. 18 S. 1  
A. 4). Auf die Frage, ob er dazu bereit sei, auf der ... Botschaft [des Staates  
B.\_\_\_\_\_] eine Freiwilligkeitserklärung zu unterzeichnen, sagte er (Urk. 19 S. 1 A.  
2):

"Ich gehe schon auf die Botschaft. Ich werde jedoch keine Formulare  
unterschreiben."

c) Da es dem Beschuldigten laut eigener Darstellung offenbar gelang, bei der  
... Botschaft [des Staates B.\_\_\_\_\_] vorzusprechen, wovon übrigens im Unter-  
schied zum Strafbefehl (Urk. 6) auch die Anklageschrift ausgeht (vgl. Urk. 14 S.  
2), sind die von seinem Verteidiger in diesem Zusammenhang geschilderten  
Schwierigkeiten (Urk. 21 S. 6 und Prot. I S. 6 f.) ohne Belang.

Für die Zeit davor sind - mit Ausnahme eines Besuchs des ... Konsulats [des  
Staates B.\_\_\_\_\_] in D.\_\_\_\_\_ Ende Dezember 2010, der allerdings zum Zweck  
der Beschaffung von Reisepapieren untauglich war (vgl. Urk. 22/2) - keine ent-

sprechenden Bemühungen aktenkundig, obwohl Hinderungsgründe nicht ersichtlich sind. Präzisierend zu den Ausführungen der Verteidigung vor der Vorinstanz ist anzumerken, dass sich der Beschuldigte nicht erst nach Fristablauf um die Beschaffung der nötigen Reisedokumente kümmern durfte, wollte er die Ausreisefrist einhalten. Diese Verpflichtung bezieht sich demnach auch auf die Zeit vor dem 30. November 2010. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass der Beschuldigte bis zur polizeilichen Kontrolle vom 23. Dezember 2010, die das vorliegende Verfahren auslöste (vgl. HD 1), zuwartete und nichts unternahm, um der seit dem 30. November 2010 bestehenden Verpflichtung nachzukommen, die Schweiz zu verlassen.

d) Nach dem Gesagten ist erstellt, dass es dem Beschuldigten möglich gewesen wäre, legal aus der Schweiz nach B.\_\_\_\_\_ auszureisen, wenn er sich rechtzeitig um die notwendigen Papiere bemüht hätte, die grundsätzlich erhältlich waren, wie seine Ausführungen zeigen. Der Beschuldigte beschreibt, dass die Ausstellung eines Passes wegen seines langen Auslandsaufenthalts in C.\_\_\_\_\_ mit Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, doch er bestreitet nicht, dass ein Laisser-passer erhältlich gewesen wäre, falls er insistiert hätte. Indem er stattdessen dem – von ihm behaupteten – Rat des Botschafters folgte, er solle in der Schweiz bleiben und sich um sein (damals noch ungeborenes) Kind kümmern, versties er gegen seine ausländerrechtlichen Pflichten, wie er indirekt selbst einräumt, wenn er die Verantwortung für die Familie höher gewichtet als das Wissen um seine Strafbarkeit (Urk. 42 S. 7 f.).

5. Der Schluss der Vorinstanz, dass der Beschuldigte den Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt, trifft demnach zu. Die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens steht somit fest. Soweit der Beschuldigte seinen Antrag auf einen Freispruch mit der Wahrnehmung höherrangiger Interessen wegen der Geburt einer Tochter sowie mit der Unzumutbarkeit seiner Rückreise nach B.\_\_\_\_\_ aus medizinischen Gründen begründet (Urk. 21 S. 4 f.), beruft er sich auf Rechtfertigungsgründe.

a) Unter Verweis auf die Beziehung zu seiner Partnerin und die inzwischen zur Welt gekommene gemeinsame Tochter beruft sich der Beschuldigte auf das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und leitet daraus

"zumindest ein labiles Anwesenheitsrecht" ab (Urk. 21 S. 4f. Ziff. 1.4). Die Praxis verlangt jedoch vielmehr ein gefestigtes Anwesenheitsrecht als Voraussetzung für einen Anspruch auf (umgekehrten) Familiennachzug, was der Beschuldigte in diesem Zusammenhang sinngemäss geltend macht.

Die Tochter des Beschuldigten kam erst am 24. Mai 2011 zur Welt, mithin nach dem hier inkriminierten Zeitraum. Seine Partnerin, mit der er laut eigenen Angaben seit Sommer 2010 eine Beziehung führt, war zwar im Dezember 2010 im vierten Monat schwanger. Auch wenn er mit den Worten seines Verteidigers "in der fraglichen Zeit zusammen mit seiner Partnerin ein Kind erwartet(e)", kann sich der Beschuldigte im Hinblick auf die Beziehung zu seinem ungeborenen Kind von vornherein nicht auf die Achtung des Familienlebens berufen. Der Beschuldigte hat seine Vaterschaft am 28. September 2011 anerkannt (Urk. 22/3). Das wäre jedoch bestimmt auch von B.\_\_\_\_\_ aus möglich gewesen und erforderte jedenfalls, entgegen der von seinem Verteidiger vertretenen Auffassung (Prot. I S. 10 E. 7), nicht seine dauernde Anwesenheit in der Schweiz während der Schwangerschaft.

Der Beschuldigte lebte damals von seiner Ehefrau getrennt, was bekanntlich der Grund für den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung war. Geschieden wurde er jedoch laut eigenen Angaben erst im August 2011 (Urk. 20 S. 4 oben). Es war ihm demnach verwehrt, seine neue Partnerin zu heiraten und so einen Aufenthaltstitel zu erlangen. Das schliesst einen Anspruch auf Schutz des Familienlebens nicht aus. Eine Ausdehnung dieses Schutzes auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft setzt jedoch nach der bundesgerichtlichen Praxis voraus, dass eine Eheschliessung unmittelbar bevorsteht, so dass der Vollzug einer Wegweisung unverhältnismässig wäre (Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2004, 2A.649/2004, E. 2.2). Der Beschuldigte hat die Mutter seiner Tochter seither nicht geheiratet (Urk. 44). Wie die Vorinstanz richtig festhielt, waren demnach die erwähnten Voraussetzungen zum damaligen Zeitpunkt nicht erfüllt, weshalb der Beschuldigte auch aus der Beziehung zu seiner Partnerin keinen Rechtfertigungsgrund für sein Verbleiben in der Schweiz ableiten kann.

b) Der Beschuldigte macht geltend, er leide an einer chronischen Hepatitis C, die in B.\_\_\_\_\_ nicht adäquat behandelt werden könne, weshalb eine Ausreise im Dezember 2010 unzumutbar gewesen sei (Urk. 21 S. 5 E. 1.5 und Prot. I S. 10 E. 8). Damit hat sich neben der Vorinstanz bereits das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid über den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung auseinandergesetzt (HD 3/8 S. 5 ff. E. 6), wobei in jenem Verfahren allerdings in erster Linie zu prüfen war, ob die Voraussetzungen eines Härtefalls i.S. von Art. 30 lit. b AuG gegeben waren, die - entgegen der von der Verteidigung vertretenen Auffassung (Urk. 43 S. 6 unten) - weniger streng sind als diejenigen von Art. 3 EMRK, welche die Vorinstanz zur Anwendung brachte (vgl. das von der Vorinstanz unrichtig zitierte Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 2009, 2D\_105/2008, E. 2.2). Die von der Verteidigung angeführte ausländerrechtliche Rechtsprechung ist daher von vornherein nicht einschlägig, da sie auf anderen Rechtsgrundlagen beruht.

Art. 3 EMRK verbietet Folter und andere unmenschliche Behandlung und untersagt insbesondere, jemanden in einen Staat auszuweisen, wo ihm Derartiges droht, auch wenn es sich dabei nicht um einen Konventionsstaat handelt. Der Schutz vor Krankheit fällt nach dem vorherrschenden Grundrechtsverständnis zwar nicht unter den Schutz der EMRK. Die Vorenthaltung einer angemessenen medizinischen Behandlung kann jedoch nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane in Ausnahmefällen unter den Begriff der unmenschlichen Behandlung subsumiert werden, so dass Art. 3 EMRK zur Anwendung kommt. In diesen Fällen muss es allerdings buchstäblich um Leben und Tod gehen und eine medizinische Behandlung völlig unerreichbar sein (vgl. Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. Mai 2008 i.S. N. v. United Kingdom, 26565/05, § 42). Von vornherein keinen Anspruch unter Art. 3 EMRK verleiht das international unterschiedliche Niveau der medizinischen Versorgung, da der Staat in diesem Fall seine Verantwortung im Rahmen seiner naturgemäss beschränkten Möglichkeiten grundsätzlich wahrnimmt (vgl. Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. Mai 2008 i.S. N. v. United Kingdom, 26565/05, § 44; Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 2009, 2D\_105/2008, E. 2.2). M.a.W. verstösst die Wegweisung des Beschuldigten nach B.\_\_\_\_\_ nicht

gegen Art. 3 EMRK, wenn er dort gleich gut - oder schlecht - behandelt wird wie jedermann.

Aus dem vom Beschuldigten zur Dokumentation seines Gesundheitszustandes eingereichten Arztbericht der ... Suchtbehandlung E.\_\_\_\_\_ vom 28. Juni 2010 geht hervor, dass der Beschuldigte damals neben anderen, vorwiegend psychischen Störungen unter einer chronischen Hepatitis C litt (vgl. Urk. 22/1). Sein Krankheitsbild war komplex (Urk. 22/1 S. 1), was die Behandlung erschwerte, es erreichte jedoch nicht die Schwelle, dass Art. 3 EMRK zur Anwendung kommt, wie nur schon der Umstand zeigt, dass eine Behandlung der chronischen Hepatitis C anscheinend auch im Berichtszeitpunkt nicht erfolgte (vgl. Urk. 22/1 S. 3). Es ist an dieser Stelle klarzustellen, dass die zwischenzeitliche Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes des Beschuldigten (vgl. Urk. 41; Urk. 42 S. 3) für die Beurteilung seiner Strafbarkeit ohne Belang ist, da es dafür allein auf die Verhältnisse in der Deliktsperiode ankommt.

Hepatitis C tritt oft als Folge von intravenösem Drogenkonsum auf und ist weltweit verbreitet. Es ist davon auszugehen, dass auch in B.\_\_\_\_\_ eine Behandlung gegen diese Krankheit möglich ist, auch wenn es sich dabei möglicherweise nicht um die vom behandelnden Arzt intendierte Therapie handelt (Urk. 22/1 S. 4), was sich im Übrigen mit der Auskunft des Bundesamtes für Migration deckt, auf die sich das kantonale Migrationsamt in seinem Schreiben vom 19. August 2010 bezieht (HD 3/2). Dass die medizinische Versorgung in der Schweiz generell besser sein dürfte als in B.\_\_\_\_\_, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, wie oben ausgeführt wurde. Der Beschuldigte kann demnach aus Art. 3 EMRK keine Rechtfertigung für sein Verhalten ableiten.

c) Indem der Beschuldigte eine Ausreise wegen der damit verbundenen Gefährdung seiner Gesundheit für unzumutbar hält (Urk. 21 S. 5 Ziff. 1.5), beruft er sich sinngemäss auf einen Notstand, was sowohl ein Rechtfertigungs- (Art. 17 StGB) als auch ein Strafmilderungsgrund (Art. 18 StGB) sein kann. Die Gesundheit stellt zwar grundsätzlich ein höherwertiges Interesse dar, dessen Gefährdung einen Notstand begründen kann. Es fehlt jedoch an der erforderlichen Subsidiarität (Trechsel / Jean-Richard, Art. 17 StGB N 7), da nach dem Gesagten davon

auszugehen ist, dass eine adäquate medizinische Versorgung auch in B. \_\_\_\_\_ gegeben ist. Der Beschuldigte kann sich daher nicht auf einen Notstand berufen.

6. Da der Beschuldigte den Tatbestand des Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt und kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist er der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne dieser Bestimmung schuldig zu sprechen.

### III.

1. Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, der vorliegend bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe reicht (Art. 115 Abs. 1 AuG), misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden zu. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Neben dem Verschulden werden das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 47 StGB).

2. Der unbewilligte Aufenthalt stellt ein Dauerdelikt dar. Bei einem solchen hängt das Tatverschulden wesentlich von der Dauer des deliktischen Verhaltens ab. Der Beschuldigte wird wegen unbewilligten Verbleibens in der Schweiz vom 1. Dezember 2011 bis zu seiner Verhaftung am 27. Februar 2011, d.h. während rund drei Monaten, schuldig gesprochen. Präzisierend zur Vorinstanz (Urk. 32 S. 15 unten) ist anzumerken, dass sich der Beschuldigte auch nach seiner Verhaftung am 27. Februar 2011 und der anschliessenden Versetzung in Ausschaffungshaft weiterhin illegal in der Schweiz aufhält.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann die eingeklagte Deliktsperiode als relativ kurz bezeichnet werden. Der Umstand, dass der Beschuldigte die ohne Weiteres bestehenden Möglichkeiten zur rechtzeitigen Beschaffung von Reisepapieren nicht nutzte, ist in diesem Zusammenhang ohne wesentliche Bedeutung. Die Qualifikation seines Verschuldens als nicht mehr leicht ist bezogen auf das objektive Tatverschulden alles in allem dennoch berechtigt, wenn man mit ande-

ren Fällen vergleicht, wo die Überschreitung des legalen Aufenthalts im Bereich von einigen Tagen bis zu einer oder zwei Wochen liegt.

Die familiäre Situation des Beschuldigten und seine gesundheitlichen Probleme wurden oben als Rechtfertigungsgründe verworfen. Im Zusammenhang mit seinem subjektiven Verschulden sind diese Aspekte jedoch erneut zu beachten. Während die familiäre Situation mit der damals noch neuen und ungefestigten Partnerschaft vor der Geburt der Tochter sein Verschulden nicht beeinflussen, lassen seine zweifelsohne schon damals vorhandenen gesundheitlichen Probleme (Urk. 22/1) sein Verhalten in einem etwas milderem Licht erscheinen, so dass sein Tatverschulden gesamthaft als noch leicht zu beurteilen ist.

3. Für die Darstellung des Vorlebens kann auf den Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 32 S. 16 E. 4.1). Ergänzend ist der Umstand zu erwähnen, dass der Beschuldigte in C.\_\_\_\_\_ das Gymnasium absolvierte und ein geisteswissenschaftliches Studium begann, das er jedoch nicht zu Ende führte (Urk. 42 S. 2). Neu ist eine akute Erkrankung wegen Lymphdrüsenkrebs aufgetreten, die eine stationäre Behandlung erfordert (Urk. 41; Urk. 42 S. 3). Die strafferhöhend sich auswirkenden Vorstrafen des Beschuldigten wegen häuslicher Gewalt im Rahmen seiner gescheiterten Ehe (vgl. die beigezogenen Akten unter Urk. 26) wurden bereits von der Vorinstanz erwähnt (Urk. 32 S. 17 E. 4.3).

Die Vorinstanz berücksichtigt die vom Beschuldigten erfolglos als Rechtfertigungsgrund angeführte familiäre Situation mit der zwischenzeitlich geborenen Tochter strafmindernd (Urk. 32 S. 16 E. 4.1). Das kommt von vornherein nur in Ausnahmefällen in Frage, wenn beispielsweise die Mutter eines Säuglings eine Freiheitsstrafe zu verbüßen hat. Abgesehen davon, dass der Beschuldigte die Voraussetzungen eines solchen Härtefalls ohnehin nicht erfüllt, besteht dazu angesichts der Ausfällung einer Geldstrafe von vornherein kein Anlass. Das gleiche gilt grundsätzlich für seinen aktuellen Gesundheitszustand, der jedoch bei der Bemessung des Tagessatzes zu berücksichtigen ist.

4. Das von der Vorinstanz festgesetzte Strafmass von 90 Tagessätzen erscheint dem Verschulden des Beschuldigten und den erwähnten persönlichen Faktoren angemessen.

Die Vorinstanz hielt die Vollstreckbarkeit einer Geldstrafe trotz der knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten zurecht nicht für ausgeschlossen und fällte die Strafe daher entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft (Urk. 14 S. 3) als Geldstrafe aus, deren Aufschiebung nicht in Frage kommt, wie sie ebenfalls richtig erkannte (Urk. 32 S. 14 f. E. 2).

Die Festsetzung der Tagessatzhöhe auf CHF 10.00 durch die Vorinstanz (Urk. 32 S. 17 E. 4.2, *recte* wohl E. 4.4) wurde nicht beanstandet. Dieser Mindestsatz trägt den finanziellen und persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten, insbesondere seinem schlechten Gesundheitszustand (vgl. Urk. 41; Urk. 42 S. 3 und S. 5), ausreichend Rechnung und ist zu bestätigen.

5. Unter Verweis auf Art. 51 StGB rechnete die Vorinstanz die zwei Tage, die der Beschuldigte in Polizeihaft verbrachte, bevor er in die Ausschaffungshaft versetzt wurde, an die Geldstrafe an, nicht jedoch die Zeit, die er sich seither in Ausschaffungshaft befand (Urk. 32 S. 17 E. 4.2, *recte* wohl E. 4.4, a.E.) bis zu seiner Entlassung am 4. Mai 2012 (Urk. 43 S. 2).

Nach Art. 51 i.V.m. Art. 110 Abs. 7 StGB ist jede während des Verfahrens erstandene Haft auf die Strafe anzurechnen, und zwar unabhängig von der Art der verhängten Strafe. Seit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs ist unerheblich, ob diese Haft im selben Verfahren angeordnet wurde, und werden keine Ausschlussgründe mehr genannt, so dass das Nachtatverhalten einer Anrechnung nicht mehr entgegensteht. Hintergrund dieses Instituts ist die folgende Überlegung: Das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung verlangt vom Einzelnen grundsätzlich, den mit einer Inhaftierung verbundenen Grundrechtseingriff zu dulden. Dafür soll die Anrechnung einen Ausgleich schaffen (Mettler, BSK, Art. 51 StGB N 30, 38 f. und 3).

Entgegen dem äusseren Anschein und der öffentlichen Wahrnehmung ist die Ausschaffungshaft eine rein ausländerrechtliche Zwangsmassnahme ohne Bezug zum Strafrecht. Wegen der vergleichbaren Wirkung für den Betroffenen liess die Praxis allerdings schon unter dem alten Recht, das noch die Voraussetzung der Tat- oder zumindest der Verfahrensidentität kannte, grundsätzlich die Anrechnung von freiheitsentziehenden Ersatzmassnahmen zu, was neben der stationären Unterbringung in einer Heilanstalt insbesondere auch die Ausschaffungshaft umfasste. Die dabei angebrachten Vorbehalte verweisen auf die damals geltenden Ausschlussgründe und sind daher heute nicht mehr von Bedeutung (BGE 124 IV 1 E. 2.b; Urteil 6B\_91/2010 vom 31. Mai 2010; vgl. dazu Mettler, BSK, Art. 51 StGB N 19 m.H. auf AJP 1998, 982 ff.).

Die Ausschaffungshaft wurde während des vorliegenden Verfahrens aus den gleichen Gründen angeordnet, welche die Anklage dem Beschuldigten vorwirft und deretwegen er auch verurteilt wurde, nämlich wegen der Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren, die den Vollzug seiner Wegweisung verhinderte (vgl. Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AuG). Es ist nicht ersichtlich, was der Anrechnung der Ausschaffungshaft auf diese Strafe entgegensteht. Auch wenn die Ausschaffungshaft formell nicht den Charakter einer Strafe hat, hätte ein solcher Entscheid auf den Beschuldigten die Wirkung einer doppelten Bestrafung. Zusätzlich zur Polizeihaft ist deshalb auch die Dauer der Ausschaffungshaft auf die gegen den Beschuldigten verhängte Geldstrafe anzurechnen, so dass diese als vollständig erstanden gilt.

Damit wird dem im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Einwand der Verteidigung die Spitze gebrochen, die sogenannte El Diridi (*recte* El Dridi) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 28. April 2011 in der Rechtssache C-61/11 PPU) stehe einer Bestrafung des Beschuldigten vor Abschluss des Ausschaffungsverfahrens entgegen (vgl. Urk. 43 S. 4). Diese Rechtsprechung ist im Rahmen einer vertragsautonomen Auslegung der als Bestandteil der Weiterentwicklung des Schengen Besitzstandes für die Schweiz verbindlichen Rückführungsrichtlinie der EU (Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008) beachtlich (vgl. Hugli Yar, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der

Schengen-Besitzstand, in: Jusletter 11. Juli 2011, Rz 13 ff.). Sie untersagt den Vertragsstaaten die konkurrierende Anwendung strengerer Bestimmungen, welche die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung verzögern (Urteil El Dridi vom 28. April 2011, C-61/11 PPU, insb. Ziff. 33 m.H. auf Art. 4 der Richtlinie 2008/115/EG vom 16. Dezember 2008, und Ziff. 55 ff.), was einer Haftstrafe (konkret ging es um eine solche von 1 Jahr) vor oder neben der Anordnung von Administrativhaft entgegensteht. Dazu kommt es vorliegend im Ergebnis jedoch nicht.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union nationale Strafbestimmungen dort nicht ausgeschlossen sind, wo im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, der Vollzug indes am Verhalten des Betroffenen scheitert, etwa weil dieser nicht bereit ist, bei der Beschaffung der erforderlichen Papiere mitzuwirken (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6B.188/2012 vom 17. April 2012 Erw. 5).

#### IV.

Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich. Dass er die Strafe wegen Anrechnung der Ausschaffungshaft nicht verbüssen muss, geht nicht auf seinen Antrag zurück. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen und sind die Kosten des Berufungsverfahrens ebenfalls dem Beschuldigten zu auferlegen. Mit Rücksicht auf seine finanziellen Verhältnisse, sind diese Kosten jedoch abzuschreiben. Anspruch auf eine Entschädigung besteht bei diesem Ausgang nicht.

#### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu CHF 10.00, die als durch Haft erstanden gilt.
3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt. Die Kosten werden jedoch abgeschrieben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.00.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch abgeschrieben.
6. Mündliche Eröffnung, Begründung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - den Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatund hernach als begründetes Urteil an
  - den Verteidiger (im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
  - das Bundesamt für Migration (BFM), ... [Adresse]und nach Eintritt der Rechtskraft an
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich, ... [Adresse]
  - die Vorinstanz
7. 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, 25. September 2012

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Höfliger