

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120425-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic.iur. et phil. Glur,
Ersatzoberrichter lic.iur. Ernst sowie die Gerichtsschreiber lic.iur.
Hafner

Urteil vom 15. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vergehen gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich
(10. Abteilung) vom 18. Juni 2012 (GB120033)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 24. Februar 2012 (Urk. 9) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

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 einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.-, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die für die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. November 2011 (Unt.-Nr. S-2/2011/6358) bedingt vollziehbare Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.- angesetzte Probezeit von 2 Jahren wird um 1 Jahr verlängert.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf
Fr. 800.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 31 S. 1)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juni 2012 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten sei gestützt auf Art. 329 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 4 StPO einzustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(schriftlich, Urk. 28)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil vom 18. Juni 2012 des Einzelgerichts der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich wurde der Beschuldigte des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.-- bestraft, wobei der Vollzug der Geldstrafe nicht aufgeschoben wurde. Sodann wurde für die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. November 2011 bedingt vollziehbare Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.-- angesetzte Probezeit von 2 Jahren um 1 Jahr verlängert (Urk.24).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte rechtzeitig die Berufung an (Urk. 20) und beantragte einen Freispruch.

1.3. Die Staatsanwaltschaft erhob keine Berufung und verzichtete auch Anschlussberufung (Urk. 28).

1.4. Beweisergänzungsanträge wurden keine gestellt.

2. Sachverhalt

2.1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe sich vom 6. November 2011 (Entlassung nach der letzten Verurteilung) bis zum 15. Februar 2012 widerrechtlich in der Schweiz, hauptsächlich im Raum Zürich, aufgehalten, obwohl er gewusst habe, dass ihm das Bundesamt für Migration eine Ausreisefrist bis zum 3. August 2011 angesetzt und er seither über keine Aufenthaltsberechtigung mehr verfügt habe.

2.2. Der Beschuldigte anerkannte diesen Sachverhalt grundsätzlich von Anbeginn der Untersuchung. Er habe sich in der Schweiz aufgehalten, weil er nicht gewusst habe, wohin er hätte gehen können. Er habe sich nie um Reisepapiere bemüht. Er habe nicht gewusst, weshalb er dies hätte machen sollen, da er die Schweiz auf keinen Fall verlassen wolle; er würde lieber sterben wollen (Urk. 2 S. 2 ff.; Urk. 3 S. 2 ff.; Urk. 17 S. 3 ff.).

2.3. Insofern ist der Sachverhalt gemäss Anklage rechtsgenügend erstellt.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Die Berufung richtet sich gegen den Schuldspruch im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes.

3.2.1. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit b AuG wird bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Strafbarkeit ist indessen nur dann gegeben, wenn eine Ausreise objektiv möglich und subjektiv auch zumutbar ist. "Für die Strafbarkeit des Verweilens nach 115 Abs. 1 lit. b AuG muss in jedem Fall vorausgesetzt werden, dass es der betroffenen ausländischen Person - etwa aufgrund einer Weigerung des Heimatlands, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen (.....) - objektiv nicht unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen

bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Andernfalls kann ihr der Normverstoss nicht zur Last gelegt werden bzw. darf sie wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht bestraft werden. Denn das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können (.....). Von der betroffenen ausländischen Person kann keine illegale Ausreise in ein Drittland verlangt werden (BGer. vom 7. 10. 2010, 6B_482/2010, E. 3.2.2.).

Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist aber gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3 und 4.2.3). Das ist der Fall, 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. Dies, indem sie zum Beispiel untertaucht und keine Papiere beschafft bzw. den Behörden die insoweit mögliche und zumutbare Mithilfe versagt (vgl. BGer. vom 7. 10. 2010, 6B_482/2010, E. 3.2.3.).

3.2.2. Mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes der europäischen Union betreffend die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG (EuGH-Urteile C-329/11 vom 6. Dezember 2011 i.S. Achughbabian, C-61/11 vom 28. April 2011 i.S. El Dridi [und bestätigt neuestens in C-430/11 vom 6. Dezember 2012 i.S. Sagor]) - worauf sich die Verteidigung zur Begründung ihres Freispruchs heute und bereits vor Vorinstanz berufen hat (Urk. 10 S. 2; vgl. auch ausführliche Wiedergabe des Standpunktes der Verteidigung durch Vorinstanz Urk. 24, Erw. III, 3.1.- 3.7.; Art. 82 Abs. StPO) - ist indessen von einer Relativierung dieses Straftatbestandes gemäss Art. 115 Abs. 1 lit b AuG auszugehen (Andreas Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, 3. Aufl., 2012, AuG 115 N 7 und AuG 80 N 10; ebenso André Equey in AJP 2011 S. 924 ff).

Mit Urteil vom 28. April 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU, hat der EuGH entschieden, die EG-Rückführungsrichtlinie sei dahin auszulegen, "dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats ... entgegensteht, die vorsieht, dass

gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen allein deshalb eine Haftstrafe verhängt werden kann, weil er entgegen einer Anordnung, das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats innerhalb einer bestimmten Frist zu verlassen, ohne berechtigten Grund in dessen Hoheitsgebiet bleibt" (a.a.O., Rn. 62). Er hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass mit einer solchen Strafe vom durch die Richtlinie vorgeschriebenen Rückführungsverfahren mit einer Abstufung der Vollstreckungsmassnahmen zum Nachteil der betroffenen Person abgewichen (vgl. a.a.O., Rn. 31 ff., insb. 41) und die Verwirklichung des in der Schaffung einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik bestehenden Ziels der Richtlinie beeinträchtigt werde (vgl. a.a.O., Rn. 55 ff.). Wenn die Abschiebung des Drittstaatsangehörigen mit Zwangsmassnahmen nicht erreicht werden konnte, stehe es den Mitgliedstaaten aber frei, unter Beachtung der Grundsätze und des Ziels der Richtlinie Massnahmen strafrechtlicher Art zu treffen, die es ermöglichen, diesen vom illegalen Verbleib in ihrem Hoheitsgebiet abzuhalten (vgl. a.a.O., Rn. 52 und 60; zit in André Equey, AJP 2011, S. 924 ff, FN 90).

Diese Rechtsprechung wurde mit Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2012 i.S. Sagor (C-430/11) bestätigt, wonach die RL 2008/115/EG einer Strafvorschrift, die eine Geldstrafe als Reaktion auf den illegalen Aufenthalt vorsieht, nicht entgegensteht, aber einer Vorschrift entgegensteht, die Hausarrest als Rechtsfolge für unerlaubten Aufenthalt vorsieht, sofern kein Vorrang der Rückführung in dieser Vorschrift vorgesehen ist (Rdnr. 44, 45, 46).

Andreas Zünd hält fest, dass aufgrund der Rückführungsrichtlinie der im Sinne des Opportunitätsprinzips vorgesehene Verzicht auf Bestrafung bei rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt nunmehr allerdings als Strafverfolgungshindernis zu qualifizieren sei. Zwar hindere die Rückführungsrichtlinie nicht, den illegalen Aufenthalt unter Strafe zu stellen, doch dürfe dadurch nicht das Ziel tangiert werden, auf wirksame Weise und mit verhältnismässigen Mitteln die Rückkehr des Betroffenen zu bewerkstelligen. Bei illegalem Aufenthalt - so Andreas Zünd - gehe das Rückkehrverfahren der Bestrafung vor; erst wenn auch die Anwendung der Zwangsmassnahmen es nicht ermöglicht habe, die Ausschaffung zu

bewirken, sei eine Bestrafung wegen illegalem Aufenthalt wieder möglich (Andreas Zünd, a.a.O., AuG 80 N 10, AuG 115 N 12).

3.2.3. Das schweizerische Bundesgericht hat mit Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der europäischen Union (EuGH) festgehalten, dass nationale Strafbestimmungen indessen dort nicht ausgeschlossen seien, wo im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zutunbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheiterte (EuGH-Urteil C-329/11 vom 6. Dezember 2011 i.S. Achughabian, N 46-50; THOMAS HUGI YAR, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, in: Jusletter 11. Juli 2011, Rz 11). Das Bundesgericht hat sodann in jenem konkret zu beurteilenden Fall festgehalten, dass die Rückführung nach den Feststellungen der Vorinstanz daran gescheitert sei, dass der Beschwerdeführer nicht bereit gewesen sei, bei der Beschaffung der erforderlichen Reisepapiere mitzuwirken. Folglich sei sein Einwand bereits aus diesem Grund nicht zu hören (BGer. vom 17. 4. 2012, 6B_188/2012, E. 5.).

3.3.1. Vorliegend ist unbestritten, dass sich der Beschuldigte nach Verstreichen der vom Bundesamt für Migration gesetzten Ausreisefrist vom 3. August 2011 bewilligungslos in der Schweiz aufhält. Ebenso unbestritten ist die zumindest verbal geäusserte Absicht des Beschuldigten, in der Schweiz verweilen zu wollen und bei der Beschaffung eines Passes seines Heimatlandes B._____ nicht mitzuwirken (Urk. 17 S. 4; ebenso heute an HV [?]). Bei der Polizei führte er im letzten Verfahren aus, er würde lieber hundert Jahre hier im Gefängnis sein, als ein Tag in B._____ (Beizugsakten Unt.Nr. 2011/63589, Urk. 2 S. 3). Erstellt ist sodann, dass der Beschuldigte über einen festen Wohnsitz verfügt (Urk. 17 S. 2), er sich somit den Behörden nicht entzieht. Im Weiteren ist sodann unbestritten, dass bisher keine Zwangsmassnahmen gegen den Beschuldigten ergriffen wurden, um die Rückführung nach B._____ zu vollziehen.

3.3.2. Der Verteidiger hält dafür, dass eine strafrechtliche Sanktion nicht zulässig sei, solange das administrative Rückkehrverfahren gemäss Ausländergesetz nicht abgeschlossen bzw. nicht alle Mittel der Ausschaffung, wie die Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft ausgeschöpft seien (Urk. 10 S. 2; Urk. 25 und Urk. 32).

Gegen den Beschuldigten seien keine Zwangsmassnahmen angeordnet worden, obwohl ihm solche für den Fall der Nichtbeachtung der Ausreisefrist explizit in Aussicht gestellt worden seien. Ein Rückkehrverfahren sei nicht bereits mit Ablauf der Abreisefrist abgeschlossen (Urk. 10 S. 4).

Die Vorinstanz habe sich sodann bei ihrem Schuldspruch zu Unrecht auf das Urteil des Bundesgerichts vom 17. 4. 2012, 6B_188/2012, E. 5, berufen und erklärt, es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb der nicht ausreisewillige Beschuldigte, welcher sich ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhalte und keine Anstalten zur Reisepapierbeschaffung treffe, nicht nach Art. 115 Abs. 1 AuG bestraft werden könne. Indessen - so die Verteidigung - gehe aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 17. 4. 2012, 6B_188/2012 nicht hervor, ob und weshalb die Behörden (in jenem zu beurteilenden Fall) Zwangsmassnahmen angewendet hätten oder eben nicht. Deshalb sei keine Übertragung auf den vorliegenden Fall möglich (Urk. 25).

3.3.3. Was den Stand des vorliegenden Rückführungsverfahrens angeht, so ergibt sich aus den Akten, dass das Migrationsamt am 24. Oktober 2008 die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz verfügt hat (Urk. 12) und ihm, nach Ablehnung der dagegen erhobenen Beschwerde am 30. Juni 2011, eine Ausreisefrist bis zum 3. August 2011 angesetzt hat (Urk. 6 S. 3; Urk. 10 S. 1). Vom 2. November 2011 bis 4. November 2011 wurde der Beschuldigte im Zusammenhang mit einer Strafuntersuchung gegen das Ausländergesetz in Haft genommen und am 4. November 2011 zuhänden des Migrationsamtes des Kantons Zürich entlassen (Beizugsakten Unt.Nr. 2011/63589, Urk. 3/7). Dieses verfügte gleichentags eine Haftentlassung zusammen mit einer Ausreiseaufforderung und der Androhung, dass er bei erneutem Betreffen mit der Anordnung von Ausschaffungshaft und der zwangsweisen Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs zu rechnen habe (Urk. 13). Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren wurde er nach der Haftentlassung am 16. Februar 2012 wiederum dem Migrationsamt zugeführt (Urk. 7/6). In der persönlichen Befragung gab der Beschuldigte an, das Migrationsamt habe ihm damals mitgeteilt, er müsse auf den Entscheid der Härtefallkommission warten. Was das Migrationsamt seither unternommen habe, wisse er nicht (Urk. 31 S. 5).

Gestützt auf vorstehende Ausführungen ist nicht davon auszugehen, dass das Rückführungsverfahren bereits abgeschlossen ist. Zwangsmassnahmen wurden zwar angedroht, aber bisher nicht angeordnet. Der Beschuldigte wurde weder in Ausschaffungshaft genommen noch der für die Beschaffung von Reisepapieren zuständigen Botschaft zugeführt. Damit kann nicht gesagt werden, es sei - im Sinne des Bundesgerichts (vgl. vorstehend Ziffer 3.2.3.) - im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden. Insoweit erscheint deshalb die Weigerung des Beschuldigten, sich um die Beschaffung von Reisepapieren zu bemühen oder dabei mitzuwirken, einen Pass zu erhalten, bereits als ein Scheitern der zumutbaren Rückführungsbemühungen zu qualifizieren, als unzutreffend, zumal - ausser den nicht durchgesetzten Androhungen - keine weiteren Bemühungen der Administrativbehörden erkennbar sind.

3.4.3. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid - worauf sich die Vorinstanz stützt - festgehalten, dass die Rückführung daran gescheitert sei, dass der Beschwerdeführer nicht bereit gewesen sei, bei der Beschaffung der erforderlichen Reisepapiere mitzuwirken (BGer. vom 17. 4. 2012, 6B_188/2012, E. 5.). Das Bundesgericht ging somit bei der Verurteilung von einem bereits abgeschlossenen Rückführungsverfahren aus. Damit stellte sich für das Bundesgericht gar nicht die Frage, ob eine solche Verurteilung der EU-Richtlinie entgegenstehen würde.

Vorliegend lässt sich jedoch nicht erstellen, dass das (administrative) Rückführungsverfahren abgeschlossen ist. Das nicht abgeschlossene Rückführungsverfahren steht aber einer Strafverfolgung entgegen. Hinzu kommt, dass eine auszusprechende Geldstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Auch die solcherart abstrakte Möglichkeit einer Freiheitsstrafe führt aber zu einem Konflikt mit der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG.

Deshalb ist das Verfahren im Sinne von Art. 329 Abs. 4 StPO i.V.m. Art. 379 StPO einzustellen.

4. Kosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren werden nach Ob- und Unterliegen der Parteien geregelt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Entsprechend sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Gemäss Art. 429 StPO ist ihm sodann eine angemessene Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- sowie eine Genugtuung für die zwei Tage Polizeihaft von Fr. 300.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 15. Februar 2012 zuzusprechen.

Die vorinstanzlichen Kosten sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren betreffend Vergehen gegen das Ausländergesetz und Widerruf wird eingestellt.
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. 2'500.-- für seine anwaltliche Verteidigung zugesprochen.
5. Dem Beschuldigten werden Fr. 300.--, zuzüglich 5% Zins seit dem 15. Februar 2012, als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

- 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 mittels Kopie von Urk. 8/2.

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, 15. Januar 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic.iur. Hafner