

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130006-O/U/rc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Janssen, Präsidentin, Ersatzoberrichterin lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichter lic. iur. Meier sowie der Gerichtschreiber Dr. Bruggmann

Urteil vom 7. Mai 2013

in Sachen

A._____,

alias A1._____, alias A2._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Fürsprecher X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidrigen Aufenthalt**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich (10. Abteilung) vom 1. November 2012 (GG120152)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. Juni 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 70 Tagen Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'200.00 Gebühr Anklagebehörde

Fr. Kosten Kantonspolizei

Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden mit Ausnahme der Dolmetscherkosten dem Beschuldigten auferlegt, jedoch zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit definitiv abgeschrieben.
6. Die Dolmetscherkosten werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

A) Des Verteidigers des Beschuldigten

(Urk. 32 S. 2)

1. Herr A._____ sei vom Vorwurf der angeblichen Widerhandlung gegen das AuG (vorsätzliches rechtswidriges Verweilen) freizusprechen.
 2. Es seien die Verfahrenskosten (erste und zweite Instanz) gesamthaft auf die Staatskasse zu nehmen.
 3. Es sei Herrn A._____ eine Entschädigung für entstandene Anwaltskosten für den ersten Prozess in erster Instanz von Fr. 1'200.– (6 h à Fr. 200.–), Fr. 20.90 Auslagen und MWST, total ausmachend Fr. 1'318.55, und für das heutige Verfahren von Fr. 900.– (4,5 h à Fr. 200.–), Fr. 23.10 Auslagen und MWST, total Fr. 996.95, zu bezahlen.
- B) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
(schriftlich, Urk. 29)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

Verfahrensgang

1. Mit Strafbefehl vom 26. März 2012 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 70 Tagen (Urk. 6). Dagegen erhob der Beschuldigte mit Eingabe vom 23. April 2012 innert Frist Einsprache mit dem Antrag, es sei der Strafbefehl vom 26. März 2012 aufzuheben und die Strafuntersuchung einzustellen (Urk. 7). In der Folge nahm die Untersuchungsbehörde weitere Beweise ab, insbesondere führte sie am 6. Juni 2012 eine Einvernahme mit dem Beschuldigten durch (Urk. 8) und erhob

gleichentags im Sinne von Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO Anklage beim Einzelgericht des Bezirks Zürich (Urk. 12).

2.1. Nach durchgeführter Hauptverhandlung verurteilte der Einzelrichter den Beschuldigten mit Urteil vom 1. November 2012 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 70 Tagen (Urk. 18). Weitere Einzelheiten des Entscheides können dem Ingress dieses Urteils entnommen werden.

2.2. Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 13 f.) liess der Beschuldigte am 12. November 2012 durch seinen erbetenen Verteidiger rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 20). Am 28. November 2012 erfolgte die Mitteilung der Berufungsanmeldung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und das Bundesamt für Migration (Urk. 24/1 und 24/2). Das Urteil ging der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl sowie dem Beschuldigten je am 29. November 2012 (Urk. 23/1 und 23/2) in begründeter Fassung zu (Urk. 25).

3.1. Unter dem 19. Dezember 2012 reichte die Verteidigung der erkennenden Kammer die Berufungserklärung ein (Urk. 26). Aus dieser geht hervor, dass vom Beschuldigten der Schuldspruch angefochten wird. Eventualiter beanstandet er die Strafzumessung. Beweisanträge wurden seitens der Verteidigung nicht gestellt. Mit Präsidialverfügung vom 23. Januar 2013 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 401 StPO und Art. 34 StGB eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, das ihm zugestellte Datenerfassungsblatt auszufüllen und verschiedene Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse einzureichen (Urk. 27). In der Folge teilte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit Eingabe vom 28. Januar 2013 mit, dass sie keine Anschlussberufung erhebe und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage. Beweisanträge stellte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl keine (Urk. 29).

3.2. Am 7. Februar 2013 erteilte der Beschuldigte Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse (Urk. 30).

3.3. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte nicht. Deshalb stellte sein Verteidiger ein Dispensationsgesuch, welchem in der Folge entsprochen wurde (Prot. II S. 3 und 4).

II.

Gegenstand der Berufung

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt (vgl. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 1 zu Art. 402 StPO). Der Beschuldigte hat die Berufung in seiner Berufungserklärung vom 19. Dezember 2012 (Urk. 26) nicht eingeschränkt. Da der Beschuldigte einen Freispruch fordert, sind sämtliche Ziffern des vorinstanzlichen Urteils angefochten und stehen zur Disposition. Eventualiter lässt der Beschuldigte beantragen, es sei das Strafmass zu reduzieren, wobei er sich zu dessen Höhe nicht explizit äussert.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet der Sachverhalt gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. Juni 2012 (Urk. 12). Darin wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, er habe sich – nachdem das Migrationsamt des Kantons Zürich ihm eine letzte Ausreisefrist bis 31. Oktober 2011 angesetzt hatte – vom 1. November 2011 bis zum 6. Juni 2012 in der Schweiz, mehrheitlich in der Stadt Zürich, aufgehalten, ohne über einen gültigen Aufenthaltstitel zu verfügen, was der Beschuldigte gewusst habe.

III.

Verletzung des Anklageprinzips

1. Die Verteidigung rügte vor Vorinstanz eine Verletzung des Anklageprinzips. Sie hielt dafür, dass der in der Anklageschrift wiedergegebene Anklagesachverhalt von einem aktiven Begehen ausgehe. Tatsächlich gehe es aber um ein Unterlassungsdelikt, weshalb die Anklägerin die Möglichkeit und Zulässigkeit der Ausreise hätte darstellen müssen (Urk. 16 S. 3; Prot. I S. 12).

2.1. Die Vorinstanz hat den Inhalt und die Funktion des Anklagegrundsatzes in ihrem Urteil ausführlich wiedergegeben, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich auf die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides zu verweisen ist (Urk. 25 S. 4 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist was folgt auszuführen:

2.2. Der Anklagegrundsatz wird zur Hauptsache konkretisiert durch die formellen Anforderungen, welche das Verfahrensrecht an die Anklageschrift stellt. In der Schweizerischen Strafprozessordnung ist das Anklageprinzip in zwei Bestimmungen niedergelegt. In Art. 9 Abs. 1 StPO wird dessen Inhalt unter der Kapitelüberschrift "Grundsätze des Strafverfahrensrechts" allgemein umschrieben: "Eine Straftat kann nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat." Was unter einem "genau umschriebenen Sachverhalt" konkret zu verstehen ist, führt Art. 325 StPO näher aus, welche Bestimmung den Inhalt der Anklageschrift festlegt. Die sich aus dem Anklageprinzip ergebenden Anforderungen an die Anklageschrift sind in den lit. f und g dieser Bestimmung ausformuliert: "Die Anklageschrift bezeichnet: ... möglichst kurz, aber genau: die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (sowie) die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen." Aus der (Anklage-)Schrift muss daher erhellen, welches historische Ereignis, welcher Lebensvorgang, welche Handlung, oder welche Unterlassung, des Beschuldigten Gegenstand der Beurteilung bilden soll

und welches Delikt, welcher strafrechtliche Tatbestand, in dieser Handlung zu finden ist.

Bei Unterlassungsdelikten – wie dem vorliegenden – muss die Anklageschrift unter anderem bezeichnen, welche Handlung geboten gewesen wäre. Wo die Anklageschrift aktives Tun umschreibt, ist eine Verurteilung wegen einer Unterlassung grundsätzlich nicht möglich (Urteil 6P.151/2002 vom 5. März 2003). In einem vom Bundesgericht beurteilten Fall hatte die Anklage einem Geschäftsführer vorgeworfen, vorsätzlich irreführende Angaben über den Preis seiner Waren gemacht zu haben. Die Anklageschrift legte ihm folgenden Sachverhalt zu Last: "Der Angeklagte liess als verantwortlicher Geschäftsführer der Firma ... ein Werbeplakat vor den Verkaufsräumlichkeiten ... aufstellen. Auf diesem Werbeplakat wurde mittels der Abbildung von vergrösserten Fotos eine Kamera der Marke 'Canon, Typ Ixus' samt einem Drucker der Marke 'Canon, Typ CP 300' als Gesamtpaket für einen Preis von Fr. 598.– angeboten. Dies veranlasste der Geschäftsführer im Wissen darum, dass für den Preis von Fr. 598.– nicht die abgebildete Kamera inklusive Drucker zu verkaufen war, sondern vielmehr eine qualitativ und leistungsmässig nicht dem Angebot entsprechende Kamera der Marke 'Canon, Typ A 300' mit Drucker 'Canon, Typ i450'." Die Vorinstanz hatte offen gelassen, ob der Beschuldigte das Plakat selbst aufstellte oder aufstellen liess; entscheidend sei allein, dass er weder die Aufstellung des Plakats verhindert noch dessen Korrektur veranlasst habe, nachdem sich Kunden über das irreführende Plakat beschwert hätten (Urteil 6P.1/2006 vom 9. Juni 2006).

Das Bundesgericht erwog, von einer solchen Unterlassung sei in der Anklageschrift nicht die Rede. Die Umschreibung des Anklagesachverhaltes könne vernünftigerweise nicht etwa auch in dem Sinne verstanden werden, dass der Beschwerdeführer die Aufstellung des irreführenden Werbeplakates zugelassen, d.h. nicht verhindert habe. Umschreibe die Anklageschrift das dem Beschuldigten vorgeworfene strafbare Verhalten als aktives Tun, verletze der Schuldspruch wegen unechter Unterlassung das Anklageprinzip (Urteil 6P.1/2006 vom 9. Juni 2006).

Dieser Hinweis des Bundesgerichts lässt erkennen, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Anklagesachverhalt als aktives Tun oder als Unterlassen ge-

schildert wird, sondern allein darauf, ob sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden sind, aus denen auch auf eine Unterlassung geschlossen werden kann, selbst wenn der Sachverhalt als aktives Tun beschrieben wird. Vorliegend sind nun sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden, um dem Beschuldigten eine Unterlassung vorzuwerfen: seine Stellung als Ausländer, der Ablauf des bewilligten Aufenthaltes am 31. Oktober 2011 und der rechtswidrige Zustand vom 1. November 2011 bis zum 6. Juni 2012 in der Schweiz, mehrheitlich in der Stadt Zürich. Die Unterlassung, d.h. die nicht erfolgte fristgerechte Ausreise, ergibt sich zwanglos daraus, dass sich der Beschuldigte im massgebenden Zeitraum noch in der Schweiz aufhielt. Die Unterlassung ist somit logisch in der Schilderung des rechtswidrigen Zustandes enthalten. Unter diesen Voraussetzungen wird das Anklageprinzip nicht verletzt.

IV.

Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1.1. Der Beschuldigte stammt aus Südafrika. Er reiste am 11. Februar 2007 offiziell (faktisch aber bereits früher) in die Schweiz ein, wo er am 19. April 2007 die im Kanton Zürich niedergelassene kenianische Staatsangehörige B._____, geboren 1975, heiratete. In der Folge erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau, die ihrerseits eine Tochter, geboren 1999, aus erster Ehe hat. Am tt.mm.2007 kam der gemeinsame Sohn C._____ und am tt.mm.2011 der gemeinsame Sohn D._____ zur Welt, welche in die Niederlassungsbewilligung der Mutter miteinbezogen wurden. Mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 20. Dezember 2011 wurden die Eheleute A._____-B._____ eheschutzrichterlich getrennt (Urk. 17/1).

1.2. Mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. September 2007 wurde der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten und einer Busse von Fr. 300.– wegen des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 Betäubungsmittelgesetz (BetmG) in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (schwerer Fall des Betäubungsmittelhandels) sowie wegen mehrfacher

Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Betäubungsmittelkonsum) verurteilt.

1.3. Am 30. April 2008 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung mit Hinweis auf das ergangene Strafurteil ab und verpflichtete den Beschuldigten, das schweizerische Staatsgebiet bis zum 3. Juli 2008 zu verlassen (Urk. 3/4). Ein Rekurs an den Regierungsrat und in der Folge eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich blieben erfolglos (Urk. 3/5 und Urk. 3/6). Schliesslich wies auch das Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, mit Urteil vom 25. Juli 2011 (Urk. 3/7) eine Beschwerde des Beschuldigten ab. Gestützt darauf wurde dem Beschuldigten mit Schreiben des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 26. August 2011 eine Ausreisefrist bis zum 30. September 2011 angesetzt (Urk. 3/3), welche am 3. Oktober 2011 auf Ersuchen des amtlichen Verteidigers unpräjudiziell bis am 31. Oktober 2011 verlängert wurde (Urk. 3/1). Einem (neuerlichen) Ersuchen des Verteidigers vom 31. Oktober 2011, die Ausreisefrist um weitere 30 Tage zu erstrecken, wurde seitens des Migrationsamtes des Kantons Zürich nicht stattgegeben (vgl. dazu die beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich).

2. Dass er von den genannten Entscheiden Kenntnis gehabt habe, bestritt der Beschuldigte nicht (Urk. 2 S. 1; Urk. 8 S. 3; Urk. 15 S. 3). Ebenso stellte er nicht in Abrede, sich seit dem Ablauf der Ausreisefrist am 31. Oktober 2011 weiterhin ununterbrochen und ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 2 S. 2; Urk. 8 S. 4 ff.; Urk. 15 S. 3). Er machte aber geltend, dass er sich mit seinem Verhalten nicht strafbar gemacht habe. Er sei wegen seinen beiden Kindern (noch) hier. Er wolle seine Rechte kennen, wenn er die Schweiz verlasse, namentlich wolle er wissen, wie er mit seinen Kindern in Kontakt bleiben könne (Urk. 2 S. 1 ff.; Urk. 8 S. 4 f.; Urk. 15 S. 3). Überdies habe er seinen Reisepass verloren (Urk. 8 S. 4; Urk. 15 S. 4). Die Verteidigung hält vor diesem Hintergrund dafür, dem Beschuldigten habe eine effektive (legale) Ausreisemöglichkeit gefehlt. Ausserdem sei die Ausreise für den Beschuldigten nicht zumutbar (Urk. 16 S. 4; Urk. 32 S. 3 f.).

3.1. Wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG). Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AuG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist.

3.2. Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte nach der rechtskräftig gewordenen Ausreiseverfügung in der Schweiz verblieben ist und sich mithin vom 1. November 2011 bis zum 6. Juni 2012 ohne Aufenthaltstitel rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten hat. Es besteht auch kein Zweifel, dass der Beschuldigte um die rechtskräftige Abweisung der Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung wusste sowie dass er keine Erlaubnis hatte, in der Schweiz zu bleiben.

3.3.1. 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 Ausreisepapiere auszustellen (vgl. BGE 130 II 56 E 4.1.3; 125 II 217 E 2) – 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 verurteilt werden. Denn das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_85/2007 vom 3. Juli 2007; insoweit zustimmend Vetterli/D'Addario-Di Paulo, in: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Handkommentar [SHK], Bern 2010, Vorb. Art. 115-120 N 19; siehe auch Zünd, in: Migrationsrecht, Kommentar, Zürich 2008, Art. 115 N 6). Von der betroffenen ausländischen Person kann keine illegale Ausreise in ein Drittland verlangt werden (vgl. dazu auch BGE 133 II 97 E 4.2.2).

3.3.2. 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. Unter diesen Umständen, wenn also kein Fall objektiver Unmöglichkeit vorliegt und deswegen auch eine vorläufige Aufnahme im Sinne von Art. 83 ff. AuG ausser Betracht fällt, kann die Ausländerin oder der Ausländer das Verbleiben in der Schweiz nicht damit rechtfertigen, dass das Gesetz die illegale Ausreise in Art. 115 Abs. 2 AuG unter Strafe stellt. Diese Strafnorm bietet insoweit keine Rechtsgrundlage, um rechtmässig in der Schweiz bleiben zu können. Die betroffene Person kann daraus mit Bezug auf die Frage der Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts folglich nichts für sich ableiten, sofern sie eine legale Ausreise durch ihr eigenes Verhalten "verunmöglicht". Der Aufenthalt in der Schweiz ist bzw. bleibt in einem solchen Fall grundsätzlich rechtswidrig.

3.3.3. Der Beschuldige wurde am 31. Januar 2012 erstmals durch die Polizei befragt (Urk. 2). Er führte aus, dass der einzige Grund, weshalb er sich noch in der Schweiz aufhalte, sei, dass er seine Rechte und diejenigen seiner Kinder kennen wolle, wenn er die Schweiz verlasse. Er wolle wissen, wie er mit seinen Kindern in Kontakt bleiben könne. Dies müsse er zuerst abklären (Urk. 2 S. 2 f.). Ausführungen zu seinem (verlorenen) Reisepass machte er damals keine.

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 6. Juni 2012 (Urk. 8) hielt der Beschuldigte an dieser Begründung fest (S. 4 ff.). Ergänzend führte er nunmehr aus, er habe momentan keinen Pass. Die südafrikanische Botschaft habe ihm gesagt, dass sie von der Polizei ein Schreiben benötige, welches bestätige, dass er den Pass verloren habe, damit ein neuer ausgestellt werden könne (Urk. 8 S. 4 f.). Er habe am Tag seiner polizeilichen Befragung, mithin am 31. Januar 2012, mit der südafrikanischen Botschaft Kontakt aufgenommen und diese Auskunft erhalten (Urk. 8 S. 5). Auf die Nachfrage, wann er seinen Pass verloren habe, gab der Beschuldigte was folgt zu Protokoll: "Ich weiss, es nicht mehr. Seit

diese Sache angefangen hat, habe ich all meine Sachen nicht mehr, nicht einmal meine Kleider. Alles befindet sich im Keller." Wo im Keller? "Im Keller meiner Exfrau. Ich habe dort aber keinen Zugang." Befindet sich auch Ihr Pass dort?" Das ist nicht möglich." Weshalb nicht? "Ich hatte keinen festen Wohnort mehr. Ich musste an verschiedenen Orten leben und fand meinen Pass nicht mehr." Seit wann finden Sie Ihren Pass nicht mehr? "Ich weiss es nicht mehr, aber es war zum Zeitpunkt, als ich die Wegweisung aus der Schweiz erhielt" (Urk. 8 S. 4 f.).

An der vorinstanzlichen Hauptverhandlung begründete der Beschuldigte seine Nichtausreise am 31. Oktober 2011 wiederum mit dem Argument des Kontakts zu seinen Kindern (Urk. 15 S. 3). Hinsichtlich seines (angeblich) verlorenen Reisepasses brachte er (wiederum) vor, er wisse nicht, wo sich sein Pass befinde. Seine Ehefrau habe zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Sachen in den Keller gebracht, weshalb er jetzt nicht mehr mit Bestimmtheit sagen könne, wo sich sein Pass befinde. Nach der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft habe er sodann die südafrikanische Botschaft aufgesucht. Dort habe man ihm beschieden, dass es nicht möglich sei, ihm einen neuen Pass auszustellen, da er sich nicht legal in der Schweiz aufhalte (Urk. 15 S. 4).

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es sich bei der letzteren Behauptung um eine Schutzbehauptung des Beschuldigten handelt (Urk. 25 S. 7; Art. 82 Abs. 4 StPO). Seine in diesem Zusammenhang aufgestellten Behauptungen, er sei von der Polizei gefragt worden, ob er wisse, wo sich sein Pass befinde, was er verneint habe, und er sei aufgefordert worden, einen neuen Pass zu beantragen (Urk. 15 S. 4), finden in den Akten bzw. im entsprechenden polizeilichen Einvernahmeprotokoll jedenfalls keine Stütze. Weder wurde er vom einvernehmenden Polizeibeamten auf seinen Reisepass angesprochen noch hat er selber bzw. sein damals ebenfalls anwesender Rechtsvertreter den Verlust des Reisepasses thematisiert (vgl. Urk. 2). Nicht nachvollziehbar ist sodann, dass der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 31. Januar 2012 – wie erwogen – den Verlust seines Reisepasses mit keinem einzigen Wort erwähnt hat, nachdem er diesen angeblich bereits seit Ende August 2011, mithin seit rund fünf Monaten, vermisst haben will (Urk. 8 S. 5). Zudem räumte der Beschuldigte in der staats-

anwaltschaftlichen Befragung selber ein, dass er nach der Kontaktaufnahme mit der südafrikanischen Botschaft das verlangte (Bestätigungs-)Schreiben betreffend den Verlust des Reisepasses nicht bei der Polizei erhältlich gemacht habe. Seine diesbezügliche Begründung, wonach er nicht zur Polizei habe gehen können, um den Verlust des Reisepasses zu melden, da er sich nicht legal in der Schweiz aufhalte, vermag angesichts des Umstandes, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen von der Polizei selber aufgefordert worden ist, einen neuen Pass zu beantragen (Urk. 15 S. 4), nicht zu überzeugen. Der Wille, dieses Dokument erhältlich bzw. den südafrikanischen Behörden zwecks Ausstellung eines neuen Reisepasses zugänglich zu machen, bestand beim Beschuldigten aber offenkundig nie. Entsprechend verweilte er gemäss seinen Aussagen denn auch nicht in der Schweiz, weil die südafrikanischen Behörden ihm keine Reisedokumente ausstellten, sondern weil er vor der Ausreise Klarheit darüber haben wollte, wie sich der Kontakt zu seinen beiden Kindern zukünftig gestalten würde (Urk. 2 S. 1 ff.; Urk. 8 S. 6; Urk. 15 S. 3). Die Schlussfolgerung des Vorderrichters, dass es dem Beschuldigten durchaus möglich gewesen wäre, mittels Beantragung des fraglichen Schreibens bei der Polizei geeignete Schritte für eine Papierbeschaffung (und entsprechend für die legale Ausreise) zu unternehmen, ist daher nicht zu beanstanden.

Ebenso wenig überzeugend ist sodann die Sachdarstellung des Beschuldigten zu den Umständen des Verlusts seines Reisepasses. Zwar ist es nicht Sache des Beschuldigten, seine Unschuld zu beweisen, sondern es ist Aufgabe des Staates, die Schuld des Beschuldigten nachzuweisen, wie vom Verteidiger vorgebracht (Urk. 16 S. 4). Aber wenn belastende Indizien nach einer Erklärung rufen, welche der Beschuldigte geben müsste, er dies jedoch nicht tut, darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes daraus der Schluss gezogen werden, es gebe keine mögliche Erklärung und der Beschuldigte sei schuldig. Nichts anderes kann aber gelten, wenn der Beschuldigte – wie in casu – zwar eine Erklärung gibt, diese aber unglaubhaft ist (Urteil des Kassationsgerichtes AC050005 vom 5. Oktober 2005; Pra 90 [2001] Nr. 110). In der Befragung durch die Staatsanwaltschaft vom 6. Juni 2012 erklärte der Beschuldigte, er wisse nicht mehr, wann er den Pass verloren habe. Seit diese ganze Sache angefangen habe, habe er all seine Sa-

chen nicht mehr, nicht einmal mehr seine Kleider. Alles befinde sich im Keller seiner Ehefrau, wo er jedoch keinen Zugang habe (Urk. 8 S. 4). Allerdings verneinte der Beschuldigte in der Folge kategorisch, dass sich sein Pass im Keller seiner Ehefrau befinde. Das sei nicht möglich (Urk. 8 S. 5). Auf Nachfrage erklärte der Beschuldigte zunächst erneut, nicht zu wissen, seit wann er den Reisepass nicht mehr finde. Alsdann gab er aber an, er vermisse seinen Reisepass seit dem Zeitpunkt, als er den Wegweisungsbescheid aus der Schweiz erhalten habe (Urk. 8 S. 5). Vor Schranken der Vorinstanz brachte er dann vor, seine Ehefrau habe zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Sachen in den Keller gebracht, weshalb er jetzt nicht mehr mit Bestimmtheit sagen könne, wo sich sein Pass befinde (Urk. 15 S. 4). Die Erklärungen des Beschuldigten sind nichtssagend. Der Beschuldigte legt nicht substantiiert dar, unter welchen konkreten Umständen er seinen Reisepass verloren hat. Seine Erklärungen sind daher unglaubhaft.

Der Beschuldigte will den Verlust seines Reisepasses im Zeitpunkt, als er die Wegweisung aus der Schweiz erhalten habe, bemerkt haben (Urk. 8 S. 5). Aus den im Recht liegenden Akten des Migrationsamtes ergeben sich keinerlei Hinweise auf den Verlust des Reisepasses zu diesem Zeitpunkt. Mit Schreiben an das Migrationsamt vom 22. September 2011 ersuchte der Verteidiger des Beschuldigten um eine Verlängerung der Ausreisefrist bis zum 31. Oktober 2011. Zur Begründung machte die Verteidigung geltend, dass sich die Ausreisefrist als zu kurz erweise. Der Beschuldigte benötige für die Organisation seiner Ausreise mehr Zeit. Er habe Verpflichtungen (Kündigungsfristen etc.) einzuhalten und seinen Aufenthalt im Zielland genügend vorzubereiten. Zudem habe er bei seinem Vorgehen auf seine Kinder Rücksicht zu nehmen. Unter dem 31. Oktober 2011 beantragte die Verteidigung eine weitere Erstreckung der Ausreisefrist um 30 Tage. Als Grund wurden nunmehr Schwierigkeiten zwischen den Eheleuten A. _____-B. _____ angeführt. Die Eheleute seien sich – so die Verteidigung – in keiner Weise einig, wie die Kinderbelange geregelt werden sollten. Die Ehefrau sei zu keiner Kooperation bereit. Zu weiteren Unklarheiten hätten auch die finanziellen Fragen (Unterhalt, Teilung der Freizügigkeitsleistung) geführt. Die Ehefrau habe sich gegen eine Teilung gesperrt. Der Beschuldigte habe sein Einkommen bzw. Ersatzeinkommen bei der ALV für die Bedürfnisse der Familie an die Sozial-

fürsorge abgetreten. Aufgrund der Differenzen mit seiner Ehefrau verfüge er nicht über die finanziellen Möglichkeiten, seine Ausreise zu organisieren. Ferner habe die Ehefrau des Beschuldigten nunmehr das Begehren um eine gerichtliche Trennung gestellt, weshalb der Beschuldigte befürchte, dass seine Ehefrau nicht weiter gewillt sei, die bis anhin gute Beziehung zu den Kindern zu unterstützen. Von einem verlorenen Reisepass des Beschuldigten ist in beiden Schreiben nicht die Rede.

Im Lichte all dieser Erwägungen erscheint die Behauptung des Beschuldigten, er habe seinen Reisepass verloren bzw. könne diesen nicht wiederauffinden, als unglaubhaft.

Ausgehend hievon und angesichts dessen, dass der Beschuldigte die grundsätzlich mögliche Papierbeschaffung vereitelte, zielt nicht nur der Einwand seiner angeblich fehlenden Handlungsmöglichkeit in Bezug auf die Beschaffung von gültigen Reisepapieren ins Leere, sondern geht auch sein Vorbringen, wonach ihm sein Verbleib in der Schweiz strafrechtlich nicht vorgeworfen werden könne, weil er mangels gültiger Reisepapiere nicht legal ausreisen könne, an der Sache vorbei.

3.4.1. Der Beschuldigte ist ferner der Auffassung, Art. 8 EMRK verschaffe ihm einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Urk. 16 S. 5).

3.4.2. Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und wird die intakte familiäre Beziehung zu diesen tatsächlich gelebt, kann es zwar die entsprechenden Garantien verletzen, wenn ihm der Verbleib in der Schweiz untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 135 I 145 E 1.3.1 S. 145 f.; 130 II 281 E 3.1 S. 285; je mit Hinweisen). Einem nicht sorgeberechtigten Ausländer ist die Aufenthaltsbewilligung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nur dann zu erteilen oder zu erneuern, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Betroffenen in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat

("tadelloses Verhalten", "comportement irréprochable", "comportamento irreprensibile"; BGE 120 Ib 1 E 3c S. 5, 22 E 4). Nur unter diesen Voraussetzungen kann das private Interesse am Verbleib im Land ausnahmsweise das öffentliche Interesse an einer einschränkenden Einwanderungspolitik bzw. am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK überwiegen (vgl. Urteil 2C_335/2009 vom 12. Februar 2010 E 2.2.2 mit Hinweisen).

3.4.3. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zu Recht auf die Straffälligkeit des Beschuldigten hingewiesen (Urk. 25 S. 9). Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 18. September 2007 war der Beschuldigte wegen des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 21 Monaten, wobei die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt wurde, und zu einer Busse von Fr. 300.- verurteilt worden (Urk. 5/1). Der Beschuldigte hatte in den Jahren 2006/2007 während rund 8 Monaten 640 Gramm Kokaingemisch an diverse Abnehmer verkauft (Urk. 22: Beizugsakten DG070297). Selbst wenn das objektive Tatverschulden des Beschuldigten aufgrund seiner hierarchischen Stellung als nicht schwer zu taxieren ist und er ein positives Nachtatverhalten an den Tag gelegt hat, bleibt es im Ergebnis dabei, dass sein deliktisches Verhalten es nicht erlaubt, ihm ein tadelloses Verhalten zu attestieren. Ebenso wenig vermag dem Beschuldigten zu helfen, dass er sich seither wohlverhalten hat, stellt dies doch keine besondere Leistung dar. Vielmehr ist ein gesetzestreu Verhalten zu erwarten.

3.5. Die Verteidigung macht schliesslich geltend, die Verurteilung des Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthalts widerspreche der Rechtsprechung des Gerichtshofes der europäischen Union (Urk. 16 S. 3). Nationale Strafbestimmungen sind indessen dort nicht ausgeschlossen, wo im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (EuGH-Urteil C-329/11 vom 6. Dezember 2011 i.S. Achughabian, N 46-50; Hugli Yar, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, in: Jusletter 11, Juli 2011, Rz. 11).

Das Bundesgericht hielt zur Anwendung der Richtlinie 2008/115/EG ebenfalls fest, dass nationale Strafbestimmungen lediglich dann nicht ausgeschlossen sind, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden und dieser einzig am Verhalten des Betroffenen gescheitert ist (Entscheid 6B_713/2012 vom 19. April 2013 E 1.4, mit Hinweis auf die Entscheide 6B_188/2012 und 6B_617/2012).

Mit anderen Worten müssen in Fällen wie dem vorliegenden ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen angeordnet worden sein, sofern ein derartiges Verfahren nicht von vornherein undurchführbar war. Vorliegend gibt es keinen Hinweis darauf, dass das Migrationsamt vor oder im von der Anklage abgedeckten Zeitraum irgendetwas unternommen hätte, um den Beschuldigten zurückzuführen. Vielmehr findet sich in Urk. 1 S. 3 (Polizeirapport nach der ersten Einvernahme vom 31. Januar 2012) der Hinweis, E. _____ vom Migrationsamt Zürich sei im Anschluss an die schriftliche Einvernahme telefonisch darüber informiert worden, dass der Beschuldigte sich derzeit weigere, die Schweiz zu verlassen, und das Migrationsamt Zürich habe keine weiteren Massnahmen verfügt. Dass das Fehlen des Reisepasses erstmals anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 6. Juni 2012, dem letzten Tag des von der Anklageschrift umfassten Zeitraums, aktenkundig wurde (Urk. 8 S. 4), deutet ebenfalls darauf hin, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Rückführungsmassnahmen ergriffen wurden. Klar ist zwar, dass der Wille des Beschuldigten, die Schweiz zu verlassen, im fraglichen Zeitraum fehlte. Es liegen aber keinerlei Hinweise dafür vor, dass eine zwangsweise Rückführung – allenfalls eben ohne Papiere – versucht wurde resp. dass vergeblich versucht worden wäre, Ersatzpapiere zu beschaffen (sei es mit, sei es ohne Mitwirkung des Beschuldigten; vgl. dazu BGE 6B_617/2012 und 6B_618/2012) oder dass eine solche zwangsweise Rückführung nicht möglich gewesen wäre. Insbesondere fehlt eine Stellungnahme des Bundesamtes für Migration, wie sie vor Erlass der Bundesgerichtsurteile 6B_617/2012 und 6B_618/2012 offenbar vom Bundesgericht eingeholt wurde, und wird die Frage, ob sich ein administratives Rückführungsverfahren von vornherein als undurchführbar erwiesen habe (vgl. BGE 6B_713/2012), jedenfalls nicht dadurch beantwortet. Damit kann nicht gesagt werden, dass – vor resp. im von der Anklage-

schrift abgedeckten Zeitraum – im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare unternommen wurde und die Rückkehr nur am Verhalten des Betroffenen scheiterte oder dass ein solches Verfahren von vornherein undurchführbar war.

4. Zusammengefasst ist der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG nicht schuldig und ist er freizusprechen.

V.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich Dolmetscherkosten, auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. dazu Art. 423 Abs. 1 StPO und Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario, ferner auch Art. 426 Abs. 3 lit. b StPO). Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung ist zu bestätigen (dort Ziff. 4). Die zweitinstanzlichen Kosten, einschliesslich Dolmetscherkosten, sind sodann ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2. Der freizusprechende Beschuldigte hat Anspruch auf eine Prozessentschädigung (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Der wegen der entstandenen Anwaltskosten geltend gemachte Betrag von insgesamt Fr. 2'325.50 (Fr. 1'318.55 für das erstinstanzliche Verfahren und Fr. 996.95 für das zweitinstanzliche Verfahren) steht im Einklang mit den Ansätzen der AnwGebV (§§ 17 Abs. 1 lit. a und 18 Abs. 1). Dementsprechend ist dem Beschuldigten für das gesamte Verfahren aus der Staatskasse eine Prozessentschädigung von Fr. 2'315.50 zuzusprechen. Hinweise dafür, dass der nicht erwerbstätige Beschuldigte wegen des vorliegenden Strafverfahrens darüber hinaus eine wirtschaftliche Einbusse erlitten haben könnte (Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO), sind nicht erkennbar, weshalb von der Zusprechung einer diesbezüglichen Entschädigung abzusehen ist. Dies gilt auch in Bezug auf eine allfällige Genugtuung (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO); eine besonders schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen liegt nicht vor.

Demnach wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 4) wird bestätigt.
3. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich Dolmetscherkosten, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich Dolmetscherkosten, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren aus der Staatskasse eine Prozessentschädigung von Fr. 2'315.50 zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Migrationund 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. 5/1

- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

8. 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
II. Strafkammer

Zürich, 7. Mai 2013

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichterin Dr. Janssen

Dr. Bruggmann