

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130119-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Präsident, und lic.iur. Burger, Ersatz-
oberrichter lic.iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 5. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
14. November 2012 (DG120257)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 6. August
2012 (HD Urk 23) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG,
 - der Widerhandlung gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG,
2. Vom Vorwurf der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB und der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 5 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 130 Tage durch Haft erstanden sind, sowie einer Busse von Fr. 500.–.
Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Mai 2009 ausgefallte Freiheitsstrafe von 14 Monaten und 2 Wochen wird bezüglich des bedingt ausgesprochenen Strafanteils (8 Monate und 2 Wochen) für vollziehbar erklärt.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 365.40 Kosten der Kantonspolizei
Fr. 3'500.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. 300.00 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 1/4 auferlegt und zu 3/4 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Des amtlichen Verteidigers:

(Urk. 62 S. 1 f.)

1. Der Beschuldigte sei von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie der Widerhandlung gegen das AuG im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG i.V.m. Art. 90 lit. c AuG freizusprechen; eventualiter sei das Verfahren betreffend Vergehen gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) und Widerruf einzustellen.
2. Der Beschuldigte sei nicht zu bestrafen.
3. Der bedingte Vollzug des Strafanteils von 8 Monaten und 2 Wochen der mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Mai 2009 ausgefallte Freiheitsstrafe sei nicht zu widerrufen.
4. Dem Beschuldigten sei für die 130 Tage ungerechtfertigte Haft eine Genugtuung von Fr. 200.– pro erstandenem Hafttag zu bezahlen.

5. Die Untersuchungskosten, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, die Kosten des Berufungsverfahrens sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Gerichtskasse zu nehmen

- b) Der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:
(Urk. 59)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit Urteil vom 14. November 2012 sprach das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten der Widerhandlungen gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 5 Monaten sowie einer Busse von Fr. 500.–. Gleichzeitig wurde der teilbedingte Vollzug von 8 Monaten und 2 Wochen der mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Mai 2009 ausgefallten Freiheitsstrafe von 14 Monaten und 2 Wochen widerrufen. Vom Vorwurf der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB und der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB wurde der Beschuldigte freigesprochen (Urk. 51 S. 43).

2. Gegen das Urteil, das am gleichen Tag mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 16), liess der Beschuldigte am 23. November 2012 Berufung anmelden (Urk. 47). Am 1. März 2013 folgte seine Berufungserklärung (Urk. 52). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des

vorinstanzlichen Urteils (Urk. 59). Die Geschädigte B. _____ liess sich nicht vernehmen.

3. Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf die Schuldsprüche wegen Widerhandlungen gegen das AuG, die Frage des Widerrufs sowie die Kostenfolgen. Die Freisprüche vom Vorwurf der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB und der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB (Dispositiv-Ziffer 2) sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen. Beweisanträge wurden keine gestellt.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung sowie Widerruf

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, vom 31. Januar 2012 bis zum 3. März 2012 in der Schweiz, namentlich auf dem Gebiet der Stadt und des Kantons Zürich, verblieben zu sein, obwohl er wusste, dass er die Schweiz zu verlassen hatte, und während dieses Zeitraumes auch keine Anstalten getroffen zu haben, sich bei den Behörden seines Heimatlandes Reisepapiere zu beschaffen (HD Urk. 23 S. 2).

2. Der Beschuldigte anerkennt, sich im fraglichen Zeitraum in der Schweiz aufgehalten und sich nicht um Reisepapiere bemüht zu haben. Er macht aber geltend, er habe nicht gewusst, dass er ausreisen müsse, da er ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt habe (HD Urk. 6.4 S. 3 ff. und 6.5 S. 3). Zudem sei es ihm in der erwähnten Zeitspanne unmöglich gewesen, sich ein laissez-passer zu organisieren (Urk. 44 S. 14). Schliesslich habe er das berechtigte Interesse, sich bei seinem Kind aufzuhalten (Urk. 44 S. 18).

3. Dass der Beschuldigte sich vom 31. Januar 2012 bis zum 3. März 2012 im Wissen um seine Ausreisepflicht und damit illegal in der Schweiz aufhielt, steht fest. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden und umfassenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 51 S. 24-27; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dass er

sich in dieser Zeit nicht um Ausreisepapiere bemüht hatte, ist aufgrund seiner eigenen Zugaben ebenfalls erstellt (ND1 Urk. 3.1 S. 7 HD Urk. 6.4 S. 4 und 6 und HD Urk. 6.5 S. 6). Der Sachverhalt gemäss Anklageschrift (ND1) ist bezüglich des Vorwurfes des illegalen Aufenthaltes somit erstellt.

Der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz ist insoweit zuzustimmen, dass sowohl der objektive wie auch der subjektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt sind. Den Einwand des Beschuldigten, er habe das berechtigte Interesse, sich bei seinem Sohn aufzuhalten, hat bereits die Vorinstanz mit zutreffender Begründung widerlegt. Auf die entsprechenden Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 51 S. 27 f.).

Zu prüfen ist aber, ob die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatenangehöriger (ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98ff. [EU-Rückführungsrichtlinie]) eingehalten wurde. Gemäss dieser Richtlinie sind strafrechtliche Sanktionen wegen rechtswidrigen Aufenthalts ausgeschlossen, solange ein Staat nicht im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug einer Rückführung unternommen hat und diese nur am Verhalten des Betroffenen gescheitert ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_713/2012 vom 19. April 2012, Erw. 1.3. und 1.4.).

Vorliegend hat das Amt für Migration des Kantons Schwyz am 26. August 2010 eine Identitätsabklärung mittels Fingerabdruckvergleichs bei den Staaten Marokko, Tunesien, Algerien, Frankreich, Deutschland und Belgien veranlasst (ND 1 Urk. 8.6 S. 32). Mit Schreiben des Bundesamtes für Migration vom 25. August 2010 wurde bei der marokkanischen Botschaft in Bern zudem ein laissez-passer beantragt (ND 1 Urk. 8.6 S. 48). Die Identitätsabklärung in Algerien verlief erfolglos (ND 1 Urk. 8.6 S. 24). Es stellte sich aber heraus, dass der Beschuldigte in Deutschland unter verschiedenen Identitäten polizeilich registriert ist. Unter dem Namen A1._____ erwirkte er zudem Akten in Frankreich (ND 1 Urk. 8.6 S. 25). Aus den weiteren Ländern trafen keine Rückmeldungen ein.

In den Akten des Migrationsamtes des Kantons Schwyz (ND 1 Urk. 8.6) finden sich keine Hinweise darauf, dass die Migrationsbehörden bei der marokkanischen Botschaft nach dem Stand der Identitätsabklärung und dem Antrag auf Ausstellung eines laissez-passer nachfragten. Dies obschon seit Jahren davon ausgegangen wurde, dass der Beschuldigte marokkanischer Herkunft sein könnte (vgl. Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 27. Oktober 2010 [ND1 Urk. 8.6 S. 44]), was dieser auch im vorliegenden Verfahrens mehrmals behauptet hatte (HD Urk. 6.3 S. 3 und Urk. 6.5 S. 6 und S. 10; Prot. II S. 4 f.). Andere Vorkehrungen zum Vollzug der Wegweisung sind ebenfalls nicht ersichtlich, namentlich fehlen Hinweise auf Treffen mit den marokkanischen Behörden oder ähnliche Massnahmen zur Prüfung der vom Beschuldigten geltend gemachten Identität. Ferner fehlen Hinweise darauf, dass sich der Beschuldigte im Zeitraum vom 31. Januar 2012 bis zum 3. März 2012 dem Zugriff der Behörden entzogen hätte - er hielt sich den vorliegenden Akten zufolge in der Notunterkunft ..., ... [Adresse], auf und wurde auch nicht wegen der Gefahr, er könnte untertauchen, in Ausschaffungshaft versetzt.

Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden wäre. Daher kann dem Beschuldigten nicht im strafrechtlichen Sinne vorgeworfen werden, sich trotz rechtskräftiger Wegweisungsverfügung während der Zeit vom 31. Januar 2012 bis 3. März 2012 in der Schweiz aufgehalten zu haben. Dementsprechend ist er vom Vorwurf des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freizusprechen.

Was den Vorwurf, der Beschuldigte habe seine Mitwirkungspflichten bei der Beschaffung von Ausweispapieren im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AUG verletzt, betrifft, so kann auch diese Strafbestimmung, die dem Vollzug einer Wegweisung dient, hier nur zur Anwendung kommen, wenn zuerst alle verwaltungsrechtlichen Mittel ausgeschöpft worden sind. Wie bereits ausgeführt wurde, ist dies vorliegend nicht der Fall. Aufgrund der relativ kurzen Zeit von 31 Tagen, auf die sich der Vorwurf bezieht, kann zudem nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, der Beschuldigte hätte sich selbständig Papiere beschaffen können. Der Be-

schuldigte ist demnach auch vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das BG über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG freizusprechen.

Unter diesen Umständen ist auf die weiteren Einwände der Verteidigung nicht näher einzugehen.

4. Da der Beschuldigte vollumfänglich freizusprechen ist, sind die Voraussetzungen für einen Widerruf der mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Mai 2009 ausgefallten teilbedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten und 2 Wochen nicht gegeben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 6) zu bestätigen. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens sind sodann auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 StPO). Für die unschuldig erlittene Haft von 130 Tagen ist dem Beschuldigten im Einklang mit der Praxis des Bundesgerichts eine Genugtuung von Fr. 15'000.– zuzusprechen (vgl. BGE 6B_574/2010 vom 31. Januar 2011 E 2.3).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 14. November 2012 (DG120257), bezüglich Dispositivziffer 2 (Freisprüche betreffend einfache Körperverletzung und Drohung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der Widerhandlungen gegen das AuG im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'023.90 amtliche Verteidigung
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten werden Fr. 15'000.– als Genugtuung für erstandene Haft aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - 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. 33

- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- das Verhöramt Kanton Schwyz, in die Strafakten U-Nr. 448/2007 GB.

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, 5. Juli 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner