

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130329-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. Bussmann, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim und Ersatzoberrichterin lic. iur. Brühwiler sowie der Gerichtsschreiber Dr. Bruggmann

Beschluss vom 18. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 23. April 2013 (GB130010)

Erwägungen:

I.

1. Der Beschuldigte wurde am 22. Oktober 2012 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 70 Tagen verurteilt. Zudem wurden die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Oktober 2010 bedingt ausgesprochene Geldstrafe sowie die mit Entscheidung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 10. September 2012 ausgesprochene bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug widerrufen. Aufgrund der dagegen erhobenen Einsprache des Beschuldigten erliess die Staatsanwaltschaft am 23. November 2012 einen korrigierten Strafbefehl, bei welchem die dem Beschuldigten – auch anlässlich einer weiteren Befragung (Urk. 11) – vorgeworfenen Zeiträume der Widerhandlung gegen das AuG aktualisiert wurden und der Beschuldigte zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 60 Tagen verurteilt wurde, nebst Widerruf der obgenannten bedingt ausgesprochenen Geldstrafe und bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug (Urk. 13). Auch gegen diesen Strafbefehl erhob der Beschuldigte Einsprache (Urk. 14). Da die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl vom 23. November 2012 festhielt, überwies sie diesen dem erstinstanzlichen Einzelgericht zur Durchführung des Hauptverfahrens, wobei der Strafbefehl als Anklageschrift gilt (Art. 356 Abs. 1 StPO; Urk. 15).

2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 23. April 2013 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das AuG im Sinne von dessen Art. 115 Abs. 1 lit. b schuldig gesprochen. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 5. Dezember 2010 bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– (abzüglich 1 Tag erstandene Haft) und die vom Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich am 10. September 2012 verfügte bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wurden widerrufen und der Beschuldigte wurde – unter Einbezug der Reststrafe von 29 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe – mit einer unbedingten Gesamtstrafe von 75 Tagen Freiheitsstrafe (abzüglich 1 Tag erstandene Haft) bestraft.

3. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 2. Mai 2013 fristgerecht die Berufung an (Urk. 24). Der begründete Entscheid wurde dem Beschuldigten am 9. Juli 2013 zugestellt (Urk. 27/2). Mit Eingabe vom 22. Juli 2013 verwies er fristgerecht auf seine Berufungsanmeldung vom 2. Mai 2013, die seine Berufungserklärung bereits enthielt (Urk. 29, Urk. 30). Der Beschuldigte verlangte mit seiner Berufungserklärung die Umwandlung der Freiheitsstrafe in gemeinnützige Arbeit oder eventualiter in eine Geldstrafe, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Staatskasse, eventualiter seien dem Beschuldigten die Kosten des gerichtlichen Verfahrens zu erlassen (Urk. 30). Mit Präsidialverfügung vom 16. August 2013 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl 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. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 33).

II.

1. Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn "die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist". Letzteres ist nach Art. 132 Abs. 2 StPO namentlich dann der Fall, "wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre". Ein Bagatellfall liegt gemäss Art. 132 Abs. 3 StPO "jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist". Zu beachten ist dabei, dass im Falle eines gleichzeitigen Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Strafe oder einer bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug die Sanktionen unter allfälliger Berücksichtigung des Umwandlungssatzes nach Art. 32 Abs. 2 StGB zu addieren sind (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 743).

2. Der Beschuldigte ist ein abgewiesener Asylbewerber. Am Montag, Mittwoch und Freitag bekommt er jeweils Fr. 20.– Nothilfe. Darüber hinaus verdient er mit Reinigungsarbeiten gelegentlich Fr. 5.– oder Fr. 10.– (Prot. II S. 8). Dass er unter diesen Umständen nicht über die nötigen Mittel verfügt, um einen Rechtsanwalt zu bezahlen, liegt auf der Hand.

3. Wie einleitend gezeigt wurde, bestrafte die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten mit 60 Tagen Freiheitsstrafe. Zudem widerrief sie den bedingten Vollzug von 90 Tagessätzen Geldstrafe und ordnete die Rückversetzung in den Vollzug einer Reststrafe von 29 Tagen Freiheitsstrafe an. Somit drohte dem Beschuldigten insgesamt eine Sanktion von knapp 180 Tagen bzw. Tagessätzen. Bei dieser Sachlage liegt nach dem Gesagten kein Bagatellfall mehr vor, weshalb dem Beschuldigten ein amtlicher Verteidiger beizugeben ist.

4. Eine amtliche Verteidigung ist im Übrigen auch deshalb anzuordnen, weil, wie unten sogleich zu zeigen ist, der vorliegende Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet. Wie aus verschiedenen – auf der EU-Richtlinie beruhenden – neueren Entscheiden des Bundesgerichts hervorgeht, können die Strafbestimmungen des AuG nur dann zur Anwendung gelangen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden und dieser einzig am Verhalten des Betroffenen gescheitert ist. Ein nicht abgeschlossenes Rückführungsverfahren steht einer Strafverfolgung entgegen (vgl. dazu 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 die Verwaltungsbehörden vor oder im von der Anklage abgedeckten Zeitraum irgendetwas unternommen hätten, um den Beschuldigten zurückzuführen. Bei den von der erkennenden Kammer beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich liegt lediglich ein Schreiben dieser Amtsstelle, mit welchem der Beschuldigte "im Rahmen der Identitäts- und Herkunftsabklärung" und "im Auftrag des Bundesamtes für Migration" auf den 9. Juli 2013 nach Bern vorge-

laden wurde (Urk. 76). Des Weiteren ist bekannt, dass der Beschuldigte zu diesem Termin erschien. Gemäss seinen Angaben sei er gefragt worden, ob er zurückkehren wolle, was er verneint habe. In der Folge habe er keine Fragen mehr beantwortet. Seither habe er nichts mehr von den Behörden gehört (Prot. II S. 10). Nach dem Gesagten liegen keine Hinweise dafür vor, dass alles Zumutbare für den Vollzug der Rückkehr gemacht 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. Zusammengefasst erhellt aus diesen Ausführungen, dass der vorliegende Fall sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet. Aus all diesen Gründen ist ein amtlicher Verteidiger zu bestellen.

5. Wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, welche im zweitinstanzlichen Verfahren nicht geheilt werden können, ist das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen (Art. 409 Abs. 1 StPO). Eine Rückweisung ist namentlich dann geboten, wenn der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren nicht gehörig verteidigt war (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 2 zu Art. 409 StPO). Wie oben gezeigt wurde, war der Beschuldigte im bisherigen Verfahren unzureichend verteidigt, weshalb das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 423 und 428 Abs. 1 StPO). Ferner ist dem Beschuldigten zur Deckung seiner Fahrkosten aus der Staatskasse eine Umtriebsentschädigung von Fr. 20.– zu bezahlen (Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO).

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschuldigten wird ein amtlicher Verteidiger beigegeben.
2. Als amtlicher Verteidiger wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ bestellt.
3. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 23. April 2013 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen
4. Das Berufungsverfahren wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Dem Beschuldigten wird aus der Staatskasse eine Umtriebsentschädigung von Fr. 20.– zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an
 - den Beschuldigten
 - Rechtsanwalt lic. iur. X._____
 - 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.
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, 18. Oktober 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

Dr. Bruggmann