

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130499-O/U/cs

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst und Ersatzoberrichterin Dr. Bachmann sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Aardoom

Urteil vom 18. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidrige Einreise**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 17. Juli 2013 (GG130180)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Juli 2013 (Urk. 11) ist dem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon bis und mit heute drei Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.– Gebühr Strafuntersuchung.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Juli 2013 beschlagnahmte Barschaft von Euro 500.– wird eingezogen und zur Kostendeckung verwendet.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Des Beschuldigten:

(Prot. II S. 5)

Freispruch

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 32; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Juli 2013 wurde der Beschuldigte A. _____ der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestraft, wovon im Zeitpunkt der Urteilsfällung drei Tagessätze durch Haft geleistet waren. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Juli 2013 beschlagnahmte Barschaft von Euro 500.– wurde eingezogen und zur Kostendeckung verwendet. Schliesslich wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt.

2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte noch vor Schranken am 17. Juli 2013 die Berufung an (Prot. I S. 14). Mit Eingabe vom 23. Oktober 2013 reichte der Beschuldigte die Berufungserklärung ein und stellte einerseits sinngemäss den Antrag auf Freispruch sowie andererseits ein Gesuch um Bestellung einer amtlichen Verteidigung (Urk. 28). Da der Beschuldigte eine amtliche Verteidigung beantragte und die Verfahrensleitung noch beim Bezirksgericht lag, übermittelte das Obergericht das Gesuch des Beschuldigten um Bestellung einer amtlichen Verteidigung mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 an die Vorinstanz

(Urk. 29). Diese wies das Gesuch mit Verfügung vom 4. November 2013 ab (Urk. 25).

II. Amtliche Verteidigung

1. Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte erneut ein Gesuch um Bestellung einer amtlichen Verteidigung (Prot. II S. 4).
2. Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn bei notwendiger Verteidigung nach Art. 130 StPO die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt oder der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt. Ein Fall notwendiger Verteidigung liegt insbesondere vor, wenn der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht (Art. 130 lit. b StPO).

Nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ordnet die Verfahrensleitung über die Fälle der notwendigen Verteidigung hinaus dann eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist. Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, 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 (Art. 132 Abs. 2 StPO). Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist (Art. 132 Abs. 3 StPO).

Die Nicht-Bagatellfälle sind nicht auf die in Art. 132 Abs. 3 StPO beispielhaft aufgezählten Fälle beschränkt (Urteil 1B_170/2013 vom 30. Mai 2013 E. 4.3). Bei der Prüfung, ob eine amtliche Verteidigung sachlich geboten ist, sind die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es bei der Frage, welche Sanktion der beschuldigten

Person droht, nicht auf die abstrakte Strafobergrenze an, sondern auf die konkrete Sanktion, mit der die beschuldigte Person im Falle einer Anklageerhebung und Verurteilung zu rechnen hat (BGE 124 I 188; BGE 120 Ia 45). Eine bedürftige Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person eingreift, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten. Droht zwar ein erheblicher, nicht aber ein besonders schwerer Eingriff, müssen zur relativen Schwere des Eingriffs besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die betroffene Person nicht gewachsen wäre, wenn sie auf sich selbst gestellt wäre (BGE 128 I 233). Bei der Beurteilung des Schwierigkeitsgrades sind verschiedene Umstände zu berücksichtigen wie beispielsweise der Umfang der Akten, Umstände des Sachverhalts und damit verbundene komplexe beweismässige Abklärungen (Zeugenbefragungen, Einholung von Gutachten etc.), die intellektuellen und sprachlichen Fähigkeiten der beschuldigten Person, mithin deren Fähigkeit, sich im Verfahren zurecht zu finden, ob andere Parteien im Verfahren anwaltlich vertreten sind, ob der Sachverhalt umstritten ist oder die beschuldigte Person geständig ist wie auch ob die rechtliche Qualifikation Anlass zu Zweifeln gibt beziehungsweise ob sich heikle Abgrenzungsfragen stellen (Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Art. 132 N 15; Urteil 1B 412/2011 vom 13. September 2011 E. 2.3).

3. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen. Aufgrund des Verschlechterungsverbot es steht daher vorliegend maximal die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe zur Diskussion. Eine höhere Strafe darf nicht ausgefällt werden. Es liegt daher ein Bagatellfall vor. In tatsächlicher Hinsicht wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am 14. Juli 2013 mit dem Zug von Österreich herkommend, die Einreisevorschriften missachtet zu haben, da er über kein anerkanntes Ausweispapier und das vorgeschriebene Visum verfügt habe. Zudem habe er es unterlassen, Abklärungen über die Bedingungen für die Einreise zur Stellung eines Asylantrages zu tätigen. Dieser Sachverhalt ist

einfach und übersichtlich. Sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hat der Beschuldigte den äusseren Sachverhalt anerkannt (Urk. 2 S. 1 f.; Urk. 3 S. 2 f.; Prot. I S. 8). Auch in rechtlicher Hinsicht ist nicht von einem komplexen Fall auszugehen. Der Beschuldigte lebte vorher in Frankreich, wo er auch aufgewachsen ist. Er hat die Schule mit dem Studium der Rechte abgeschlossen und bezeichnet sich selbst als Jurist. Zudem ist er seit zwanzig Jahren für eine Menschenrechtsorganisation tätig (Prot. I S. 4 f.). Er beherrscht die französische Sprache, was ihm ermöglicht, sich in einer Landessprache über das hiesige Rechtssystem zu informieren. Weiter hielt sich der Beschuldigte bereits einige Male legal mit einem Visum in der Schweiz auf (Urk. 2 S. 2). Aus den Vorbringen des Beschuldigten kann daher nicht gefolgert werden, dass er nicht dazu in der Lage ist, sich alleine im Strafverfahren zurechtzufinden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Beschuldigten die intellektuellen und sprachlichen Fähigkeiten fehlen würden, um die Vorwürfe zu verstehen und sich dazu zu äussern. Auch ergibt sich aus den Akten, dass er alleine sehr wohl in der Lage ist, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen und auf allfällige ihn entlastende Umstände hinzuweisen.

4. Da es sich somit vorliegend um einen Bagatelldfall handelt, welcher weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bietet, welchen der Beschuldigte nicht gewachsen wäre, sind die Voraussetzungen für die Bestellung einer amtlichen Verteidigung nicht erfüllt. Es erübrigt sich daher eine Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten. Das Gesuch um Bestellung einer amtlichen Verteidigung wurde daher anlässlich der Berufungsverhandlung abgewiesen.

III. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 14. Juli 2013 als tunesischer Staatsangehöriger von Österreich herkommend an einem nicht näher bekannten Grenzübergang aus einem sicheren Drittstaat in die Schweiz eingereist und mit dem Zug weiter bis zum Hauptbahnhof Zürich gereist zu sein, ohne über einen für eine rechtmässige Einreise notwendigen gültigen Reisepass und ohne über ein

für tunesische Staatsangehörige vorgeschriebenes Visum zu verfügen. Der Beschuldigte habe dies zumindest in Kauf genommen, da er es unterlassen habe, entsprechende Abklärungen über die Bedingungen für die Einreise zur Stellung eines Asylgesuches aus einem sicheren Drittstaat zu tätigen, zumal es ihm ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre, auch dort ein Asylgesuch zu stellen.

2. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, hat der Beschuldigte den der Anklage zugrunde liegenden äusseren Sachverhalt sowohl in der Untersuchung wie auch an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und heute zugegeben (Urk. 2 und 3; Prot. I S. 8; Prot. II S. 7 ff.). Dieses Geständnis deckt sich mit dem übrigen Untersuchungsergebnis. Der äussere Anklagesachverhalt ist soweit erstellt.

3. Der Beschuldigte bestritt jedoch von Beginn der Untersuchung an, in Kauf genommen zu haben, unrechtmässig in die Schweiz eingereist zu sein, weil er es unterlassen habe, entsprechende Abklärungen über die Bedingungen für die Einreise zur Stellung eines Asylgesuches aus einem sicheren Drittstaat zu tätigen. Vielmehr habe er bei einem Schweizer Konsulat abgeklärt, wie er vorgehen müsse, um Asyl in der Schweiz zu beantragen. Man habe ihm dort gesagt, dass er in die Schweiz einreisen bzw. an die Grenze fahren müsse, um Asyl zu ersuchen, was er auch sofort gemacht habe, als er am Hauptbahnhof in Zürich aus dem Zug ausgestiegen sei. Auch habe er sich vorgängig im Internet kundig gemacht (Urk. 3 S. 2).

3.1 Dies wiederholte er anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Prot. I S. 8 ff.) sowie der heutigen Berufungsverhandlung (Prot. II S. 11 ff.). Insbesondere anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte differenziert und plausibel aus, dass er sich bereits in Tunesien erkundigt hatte, was man tun müsse, um in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen und man ihm bei seiner Reise von Tunesien in die Schweiz in Ungarn die Wahl gelassen habe, dort Asyl zu beantragen, oder weiterzureisen. Er habe sodann ein Billet in die Schweiz gekauft, wobei man ihm am Bahnhof ein Billet nach Zürich empfohlen habe. Im Zug habe er geschlafen, er hätte jedenfalls keine Grenzkontrolle bemerkt und sei kurz vor Zürich aufgewacht. In Zürich habe er sich in eine Wechselstube begeben, um

ein Billet nach Bern zu kaufen und sodann den Polizeiposten aufgesucht, um zu melden, dass er sich im Land befinde und Asyl beantragen wolle. Auf Nachfrage hin, was er denn im Bern wollte, antwortete der Beschuldigte, er habe in Bern oder in Genf den Antrag auf Asyl stellen wollen, da er Französisch spreche (Prot. II S. 13).

3.2 Bei der Befragung des Beschuldigten fällt auf, dass er zwischen der Meldung, dass er sich im Land befinde und dem konkreten Stellen des Asylantrages genau differenziert. So wollte er der Polizei nur melden, dass er sich zwecks Stellung eines Asylantrages im Land befinde, jedoch das Gesuch noch nicht in Zürich stellen. Diese Erklärung lässt sich auch der vorinstanzlichen Befragung entnehmen (Prot. I S. 10 f.). Gerade weil er eine entsprechende Ausbildung als Jurist hat, erscheint nicht abwegig, dass der Beschuldigte die Vorgaben zur Stellung eines Asylantrages in der Schweiz, welche er vom Konsulat in Tunesien bekommen und dem Internet entnommen hat, minutiös einhalten wollte. Es steht auch fest, dass er tatsächlich direkt nach seiner Ankunft in Zürich von sich aus die Polizeistelle des Hauptbahnhofes aufsuchte, um diese Meldung zu erstatten (Urk. 1 S. 1). Da allgemein bekannt ist, dass im Zugverkehr zwischen der Schweiz und dem nahen Ausland nicht stets Grenzkontrollen erfolgen, hat sich der Beschuldigte somit der ihm als erstes bekannten behördlichen Stelle nach seiner Einreise ins Land gemeldet. Dies zeigt, dass sich der Beschuldigte sehr darum bemühte, sich richtig zu verhalten. Ihm kann nicht wiederlegt werden, dass er meinte, sich bei der ersten "Grenze", welche er in der Schweiz fand, melden zu müssen, damit er nachher an einem von ihm gewünschten Ort in der Schweiz sein Asylgesuch stellen konnte (vgl. Art. 19 AsylG). Damit kann ihm kein vorsätzliches Verhalten nachgewiesen werden.

3.3 Im Übrigen ist bezüglich der Möglichkeit, in Ungarn Asyl zu beantragen, festzuhalten, dass der Beschuldigte ein Schreiben des Bundesamtes für Migration vom 17. Dezember 2013 zu den Akten reichte (Urk. 35/1). Aus diesem geht hervor, dass in seinem Fall das Dublin-Verfahren beendet sei und das Bundesamt für Migration das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren durchführe. Sein Asylgesuch werde deshalb in der Schweiz geprüft. Offenbar geht die Schweiz somit

nicht von einer ungarischen Zuständigkeit aus. Somit kann dem Beschuldigten nicht der Vorwurf gemacht werden, er hätte sein Asylgesuch bereits in Ungarn stellen müssen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich ein (eventual-)vorsätzliches Handeln des Beschuldigten nicht erstellen lässt. Er ist somit vom Vorwurf der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG freizusprechen.

IV. Einziehung

Mit Verfügung vom 15. Juli 2013 beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gestützt auf Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO von der Barschaft des Beschuldigten Euro 500.– (Urk. 8). Da der Beschuldigte heute freizusprechen ist, ist ihm die beschlagnahmte Barschaft nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herauszugeben.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 4) ist zu bestätigen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt vollumfänglich, die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen sind somit auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Der Beschuldigte verbrachte drei Tage (Verhaftszeitpunkt: 14.07.2013, 18:45 Uhr [Urk. 9/1]; Entlassung: 17.07.2013, 15:45 Uhr [Urk. 17]) in Haft. Für diese Zeit hat der Beschuldigte Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 431 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 und Art. 429 Abs. 2 StPO).

2.1 Der Beschuldigte macht keine Entschädigung geltend und es sind keine Gründe für die Zusprechung einer solchen ersichtlich.

2.2 Die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen, wobei sich die Höhe der Genugtuungssumme für die im Zusammenhang mit der Haft erlittene Unbill naturgemäss nicht errechnen, sondern lediglich abschätzen lässt (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, N 8a zu § 109). Vorliegend erscheint eine aus der Gerichtskasse auszurichtende Genugtuung von Fr. 300.– für drei Tage erstandene Haft als angemessen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschuldigten um Bestellung eines amtlichen Verteidigers wird abgewiesen.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 4) wird bestätigt.
3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Juli 2013 beschlagnahmten € 500.– werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herausgegeben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.

6. Dem Beschuldigten wird für drei Tage erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 300.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

sowie hernach in vollständiger Ausfertigung an

- den 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 Kasse des Bezirksgerichts Zürich
- die Kantonspolizei Zürich, TEU-ZD-DA, mit separatem Schreiben gem. § 34a POG
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA.

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. Februar 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Aardoom