

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB140568-O/U/jv

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. S. Volken und  
lic. iur. Ch. Prinz sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. P. Rietmann

## **Beschluss vom 27. Februar 2015**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. Th. Brändli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,**

**10. Abteilung - Einzelgericht, vom 5. September 2014 (GG140132)**

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Urteil vom 5. September 2014 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 60 Tagen, wobei sie davon Vormerk nahm, dass ein Tag Freiheitsstrafe bereits durch Haft erstanden ist (Urk. 32).

1.2 Gegen dieses mündlich und schriftlich im Dispositiv eröffnete Urteil (Prot. I S. 10 f.) liess der Beschuldigte noch vor Schranken der Vorinstanz die Berufung anmelden (Prot. I S. 11). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 29/2) liess der Beschuldigte innert Frist am 11. Dezember 2014 dem Obergericht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 33).

1.3 Der Beschuldigte ficht das vorinstanzliche Urteil mit seiner Berufung vollumfänglich an. Dabei liess er zudem festhalten, dass die Vorinstanz im Rahmen der Beweiserhebung die Verteidigungsrechte des Beschuldigten und dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, indem sie in ihrem Urteil in einem zentralen Punkt auf eine Aktennotiz abgestellt habe, welche den Inhalt eines während der Beratung des Urteils geführten Telefongesprächs wiedergebe (Urk. 33 S. 2 f.). Mit Präsidialverfügung vom 5. Januar 2015 hielt die Verfahrensleitung der hiesigen Strafkammer hierauf gegenüber den Parteien fest, dass sich vor diesem Hintergrund die Frage einer Rückweisung an die Vorinstanz im Sinne von Art. 409 StPO stelle, wobei den Parteien Frist angesetzt wurde, um diesbezüglich Stellung zu nehmen. Darüber hinaus wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 38), worauf die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 15. Januar 2015 mitteilte, dass sie auf eine Anschlussberufung und auf eine Stellungnahme zur Frage der Rückweisung verzichte und dass die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt werde (Urk. 41). Mit Datum vom 9. Januar 2015 verzichtete auch die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zur Frage, ob eine Rückweisung vorzunehmen sei (Urk. 40). Der Beschuldigte liess demgegenüber mit Eingabe vom 27. Januar 2015 festhalten, dass er eine Rück-

weisung an die Vorinstanz befürworte, falls die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Obergericht bejaht werde (Urk. 42).

2.1. Zuzufolge des Umstands, dass die Berufung als vollkommenes Rechtsmittel eine vollständige Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils ermöglicht (Art. 398 Abs. 2 StPO; Schmid, Handbuch StPO, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 1530; Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 14 zu Art. 398 StPO), ergehen die Entscheide des Berufungsgerichts zumeist reformatorisch (Art. 408 StPO). Weist das erstinstanzliche Verfahren jedoch wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück. Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Art. 409 Abs. 1 und 2 StPO).

2.2 Eine solche Aufhebung und Rückweisung ist als Ausnahme gedacht und soll vorab dann ergehen, wenn grundlegende Verfahrensregeln zum Nachteil des Berufungsklägers verletzt worden sind. Damit soll erreicht werden, dass dem Betroffenen die Prüfung der anstehenden wesentlichen Tat- und Rechtsfragen durch zwei Instanzen gewährleistet ist. Art. 409 StPO verlangt jedoch nicht, dass sich zur Vermeidung eines Instanzenverlusts das erst- und zweitinstanzliche Gericht mit den genau gleichen Sachverhalten, Beweisen und identischen rechtlichen Kriterien auseinandersetzen muss. Die Bestimmung greift nur, wenn die Fehler des erstinstanzlichen Verfahrens und Urteils derart gravierend sind, dass die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich erscheint (Urteile des Bundesgerichts 6B\_630/2012 vom 15. Juli 2013 E. 2.2, 6B\_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.3.2 sowie 6B\_362/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 8.4.2 mit Hinweisen; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1318 1085 ff. Ziff. 2.9.3.3).

2.3 Gemäss Rechtsprechung und Literatur soll eine Rückweisung bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts, bei einer Verletzung des Anklageprinzips, aufgrund fehlender Zuständigkeit, unterbliebener korrekter Vorladung, nicht

gehöriger Verteidigung oder Verweigerung des rechtlichen Gehörs vorgenommen werden. Ebenso kann eine Rückweisung angezeigt sein, wenn die Vorinstanz nicht alle Anklagepunkte ordnungsgemäss behandelt hat (Eugster, in: Basler Kommentar zur StPO II, 2. Auflage, Basel 2014, N 1 zu Art. 409 StPO; Schmid, Handbuch, N 1576 f.; Schmid, StPO Praxiskommentar, N 2 f. zu Art. 409 StPO; je mit weiteren Hinweisen). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung können nicht besonders schwerwiegende Verfahrensmängel ausnahmsweise geheilt werden, wenn das Versäumte vor oberer Instanz mit gleicher Kognition nachgeholt wird. Die Heilung eines solchen Verfahrensmangels soll allerdings eine Ausnahme bleiben und ist gänzlich ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt (BGE 126 I 68, E. 2). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs ist dabei von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; Urteil BGer 8C\_13/2014 vom 20.3.2014 E. 3.5).

3.1 Die Vorinstanz hat am 5. September 2014 die Hauptverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher u.a. der zur Verhandlung erschienene Beschuldigte befragt wurde (Prot. I S. 5 ff.). Im unmittelbaren Anschluss an die Verhandlung fand die Beratung des Urteils statt. Während der Beratung nahm die zuständige Einzelrichterin telefonischen Kontakt mit dem Migrationsamt des Kantons Zürich auf (Prot. I S. 9). Den Inhalt dieses Telefongesprächs hielt sie in einer Aktennotiz fest. Dieser Notiz ist zu entnehmen, dass eine Frau B.\_\_\_\_\_, Mitarbeiterin des Migrationsamts des Kantons Zürich, der Einzelrichterin gegenüber – nach Durchsicht der den Beschuldigten betreffenden Akten – u.a. bestätigt habe, dass der Beschuldigte noch nie in Ausschaffungshaft genommen worden sei, wobei die Voraussetzungen hierzu nicht erfüllt seien. Da der Beschuldigte, trotz wiederholten Vorführungen vor Delegationen, noch von keinem Staat anerkannt worden sei, sei seine Ausschaffung nicht absehbar. Das Problem sei, dass der Beschuldigte nicht rückreisewillig sei und afrikanische Staaten, wie Guinea oder Liberia, Personen, die nicht freiwillig zurückkehren wollen, grundsätzlich nicht als Angehörige anerkennen würden (Urk. 19). Im Anschluss

an die Beratung informierte die Einzelrichterin den Beschuldigten und dessen Verteidiger darüber, dass im Rahmen der Beratung das erwähnte Telefongespräch stattgefunden habe und erläuterte die aus dem Gespräch gewonnenen Erkenntnisse (Prot. I S. 9). Gleich im Anschluss wurde das Urteil mündlich eröffnet (Prot. I S. 9 f.). Darüber, dass dem Beschuldigten und dessen Verteidiger eine erneute Möglichkeit zur Stellungnahme zu den aus dem Telefongespräch gewonnenen Erkenntnissen gegeben worden wäre, ist dem Protokoll nichts zu entnehmen (Prot. I S. 9). Teile der anhand des Telefongesprächs gewonnenen Erkenntnisse wurden sodann im Rahmen der rechtlichen Würdigung im Urteil der Vorinstanz verwendet (Urk. 32 S. 7 f.).

3.2 Der Verteidiger des Beschuldigten hält nun im vorliegenden Verfahren fest, die Vorinstanz habe in ihrem Urteil in einem zentralen Punkt auf die nach Abschluss der Hauptverhandlung und ohne Wissen bzw. Mitwirkung der Verteidigung und des Beschuldigten erstellte Aktennotiz abgestellt (Urk. 33 S. 2). Dadurch habe die Vorinstanz die Verteidigungsrechte des Beschuldigten sowie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Urk. 33 S. 3). Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei dabei formeller Natur, weshalb dessen Verletzung, unbesehen davon, ob die Vorinstanz bei Durchführung eines korrekten Verfahrens zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils führe. Würde der Mangel im Rahmen des Berufungsverfahrens geheilt, würde der Beschuldigte sodann eine Instanz verlieren, die den Fall unter Wahrung sämtlicher Verteidigungsrechte prüft, was dem Grundsatz der "double instance" widerspreche (Urk. 42 S. 1). Im Übrigen komme eine Rückweisung nicht einem blossen formalistischen Leerlauf gleich, zumal es spekulativ sei, darüber zu befinden, wie die Vorinstanz ohne eine Verletzung des rechtlichen Gehörs entschieden hätte (Urk. 42 S. 2).

4. Der in Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 107 StPO statuierte (sowie auch in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene) Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert in seinem Kerngehalt, dass jede Behörde, bevor sie einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, diesen davon in Kenntnis setzen und ihm Gelegenheit geben muss, sich vorgängig zu äussern. Im weiteren Sinn erfasst der

Anspruch auf rechtliches Gehör auch die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung (Vest/Horber, in: Basler Kommentar zur StPO II, 2. Auflage, Basel 2014, N 2 zu Art. 107 StPO). Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 133 I 270 E. 3.1; BGE 127 I 54 E. 2b S. 56). Aufgrund des Rechts des Beschuldigten zur Teilnahme am Beweisverfahren und aufgrund dessen Recht auf Äusserung zum Beweisergebnis darf das Gericht somit nur auf solche Beweise abstellen, die den Parteien hinreichend zur Kenntnis gebracht wurden, wobei ihnen Gelegenheit eingeräumt werden muss, um zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Sind diese Mindestanforderungen nicht erfüllt, darf das Gericht nicht auf den betreffenden Beweis abstellen.

5. Die Vorinstanz hat durch ihr während der Beratung geführtes Telefonat ausserhalb des von der StPO vorgesehenen Beweisverfahrens (Art. 341 ff. StPO) einen Beweis abgenommen. Dabei ist anhand des anlässlich der Hauptverhandlung geführten Protokolls davon auszugehen, dass sie dem Beschuldigten und seinem Verteidiger – unmittelbar nach der Beratung bzw. vor der Urteilseröffnung – die in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse erläuterte. Was genau erläutert wurde, ist dem Protokoll jedoch nicht zu entnehmen (Prot. I S. 9). Einsicht in die betreffend das Telefonat erstellte Aktennotiz (Urk. 19) wurde dem Beschuldigten und dem Verteidiger jedenfalls nicht gewährt, was darauf hinweist, dass die Aktennotiz wohl erst im Nachgang erstellt worden ist. Die Vorinstanz hat es sodann unterlassen, dem Beschuldigten und dessen Verteidiger betreffend die erläuterten Erkenntnisse aus dem Telefonat Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (Prot. I S. 9). Das in der Aktennotiz festgehaltene Gespräch bzw. die aus diesem gewonnenen Erkenntnisse fanden jedoch dessen ungeachtet Eingang in das Urteil der Vorinstanz. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte zwar bereits anlässlich der vorinstanzlichen Befragung nicht rückreisewillig zeigte, indem er festhielt, er stamme aus Liberia, sei jedoch im Moment nicht bereit, dorthin zurück zu reisen (Prot. S. 7 und S. 9). Die in der

rechtlichen Würdigung des Urteils gezogene Schlussfolgerung jedoch, gemäss welcher es darauf zurückzuführen sei, dass der Beschuldigte nicht durch Guinea oder Liberia als Angehöriger anerkannt worden sei, weil er seine Rückreise verweigere, stützt sich indes auf die Aktennotiz, welche in diesem Zusammenhang im Urteil der Vorinstanz auch explizit zitiert wird (Urk. 32 S. 7 Ziff. 4.). Der Aktennotiz bzw. dem darin protokollierten Gespräch kam hinsichtlich der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz somit eine wesentliche Bedeutung zu. Des Weiteren liess das Migrationsamt des Kantons Zürich der Einzelrichterin – wohl im Zusammenhang mit dem zwischen ihr und dem Migrationsamt geführten Telefongespräch – am 5. September 2014, um 11.04 Uhr, eine Reihe von Dokumenten aus den Akten des Migrationsamtes zukommen. Diese wurden als Urk. 20 zu den Akten genommen. Auch in diese Akten konnte der Beschuldigte und sein Verteidiger keinen Einblick nehmen, war doch die Hauptverhandlung bereits rund zwei Stunden vor Eingang der Unterlagen beendet (vgl. Prot. I. S. 9; Ende der Hauptverhandlung 09.50 Uhr). Dessen ungeachtet nimmt die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf diese Dokumente Bezug (Urk. 32 S. 5 Ziff. 3). Das rechtliche Gehör des Beschuldigten – mithin sein Recht auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung sowie auf Äusserung zum Beweisergebnis – wurde durch das Vorgehen der Vorinstanz klar verletzt. Die Verletzung dieser grundlegenden Verfahrensregel zum Nachteil des Beschuldigten stellt dabei einen wesentlichen Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO dar. Das Bundesgericht hält in seiner ständigen Rechtsprechung – wie bereits erwähnt – zwar fest, dass nicht besonders schwerwiegende Verfahrensmängel geheilt werden können, wenn das Versäumte (also die Gewährung des rechtlichen Gehörs) vor einer oberen Instanz mit gleicher Kognition nachgeholt wird. Nachdem die Heilung von Verfahrensmängeln gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung indes die Ausnahme bildet und als gänzlich ausgeschlossen zu erachten ist, wenn die Parteirechte schwerwiegend verletzt worden sind (BGE 126 I 68) – was vorliegend in Anbetracht der Offensichtlichkeit und Wesentlichkeit der Gehörsverletzung bejaht werden muss –, erweist sich eine Rückweisung an die Vorinstanz als unumgänglich. Sodann ist – im Sinne der weiteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. BGE 137 I 195 E. 2.3.2) – auch nicht leichtthin

anzunehmen, eine Rückweisung führe zu einem blossen formalistischen Leerlauf, zumal es nicht undenkbar erscheint, dass der Beschuldigte oder dessen Verteidiger der Schlussfolgerung der Vorinstanz, nach welcher der Beschuldigte nicht durch Guinea oder Liberia als Angehöriger anerkannt worden sei, weil er seine Rückreise verweigert habe, durch eine Stellungnahme widerlegen könnte.

6. Dass sich eine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigt, verdeutlichen darüber hinaus die nachfolgend aufgeführten weiteren Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens:

6.1 Dem Protokoll der Vorinstanz lässt sich entnehmen, dass dem Beschuldigten für die Hauptverhandlung eine Dolmetscherin zur Seite gestellt wurde. Noch vor der Urteilsberatung wurde die Dolmetscherin für ihren Einsatz mit Fr. 150.– entschädigt. Aufgrund der entsprechenden Protokollnotiz (Prot. I. S. 9) erscheint dabei fraglich, ob die Dolmetscherin noch zugegen war, als die Einzelrichterin den Beschuldigten über ihr Telefonat mit dem Migrationsamt in Kenntnis setzte. Ob der Beschuldigte demnach überhaupt in der Lage war, den Ausführungen der Richterin zu folgen, bleibt unklar. Dem Protokoll lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass ihm die Erkenntnisse gemäss Urk. 19 übersetzt worden wären. Im Anschluss an die Eröffnung des Urteils findet sich im Protokoll zwar der Vermerk, dass der Entscheid mündlich eröffnet, übersetzt und erläutert worden sei, dies steht allerdings in einem Widerspruch dazu, dass die Entschädigung der Dolmetscherin nach Beendigung der Hauptverhandlung und vor der Beratung des Entscheides erfolgte. Ob die Dolmetscherin bei der Eröffnung des Entscheides tatsächlich noch zugegen war, wird aus den Akten nicht ersichtlich.

6.2 Die Protokollierung der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ist sodann auch darin zu beanstanden, dass sich dem Protokoll nicht entnehmen lässt, dass das Beweisverfahren geschlossen worden wäre respektive, dass den Parteien Gelegenheit eingeräumt worden wäre, weitere Beweisanträge zu stellen (Art. 345 StPO). Ebenso hält das Protokoll nicht fest, dass das Gericht die Parteiverhandlung wieder aufgenommen hat, nachdem es das Verfahren noch nicht für

spruchreif erachtete und eine Beweisergänzung für angezeigt hielt (Art. 349 StPO).

7. Das vorinstanzliche Urteil ist in Anwendung von Art. 409 StPO aufzuheben und die Sache zur ordentlichen Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurückzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO). Sodann ist dem Beschuldigten für die Kosten seiner erbetenen Verteidigung für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'036.60 aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Urk. 44/2).

9. Beim vorliegenden Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 BGG mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden kann (vgl. Schmid, Praxis-kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 409 StPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 5. September 2014 wird aufgehoben und im Sinne der Erwägungen zur ordentlichen Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen ausser Ansatz.
4. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 1'036.60 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- den erbetenen Verteidiger, im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten)
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann – unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes – bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (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  
I. Strafkammer

Zürich, 27. Februar 2015

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

lic. iur. P. Rietmann