

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



0Geschäfts-Nr.: SB150180-O/U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken
und Dr. iur. D. Schwander sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
S. Maurer

Urteil vom 31. August 2015

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. U. Krättli

Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend

mehrfache Widerhandlung gegen das Ausländergesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -
Einzelgericht, vom 19. Februar 2015 (GG140228)**

sowie

**Beschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung - Einzelgericht vom 19. Februar 2015 (GG140228)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. September 2014 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 49 S. 19ff.)

Es wird verfügt:

1. Auf das Verfahren betreffend vorsätzliches Vergehen gegen das Ausländergesetz i.S.v. Art. 115 Abs. 2 AuG (Anklagesachverhalt Ziff. 2, rechtswidrige Einreise ins Ausland im Zusammenhang mit der Reise in die Niederlanden) wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Eröffnung an beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, schriftlich und begründet Beschwerde eingereicht werden.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist der vorsätzlichen Vergehen gegen das Ausländergesetz i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG (Anklagesachverhalt Ziff. 1, rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt) sowie i.S.v. Art. 115 Abs. 2 AuG (Anklagesachverhalt Ziff. 2, rechtswidrige Einreise ins Ausland im Zusammenhang mit der Reise nach Luxemburg) nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Dem Beschuldigten werden Fr. 600.– als Genugtuung aus der Staatskasse zugesprochen.
3. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Rechtsanwältin lic. iur. X._____ wird für ihre Aufwendungen als amtliche Verteidigerin aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Leistungen mit 8.0 % MwSt.:

Honorar	Fr.	7'455.00
Barauslagen	Fr.	218.45
		<hr/>
Zwischentotal	Fr.	7'673.45
MwSt.	Fr.	613.90
		<hr/>
Entschädigung total, inkl. MwSt.	Fr.	8'287.35
		<hr/> <hr/>

5. (Mitteilungen)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 4f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 78 S. 1f.)

1. Es sei der Beschuldigte der vorsätzlichen Vergehen gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG (Anklagesachverhalt Ziffer 1, rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt) sowie i.S.v. Art. 115 Abs. 2 AuG (Anklagesachverhalt Ziffer 2, rechtswidrige Einreise nach Luxembourg) frei zu sprechen.
2. Auf das Verfahren betreffend vorsätzliches Vergehen gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 2 AuG (Anklagesachverhalt Ziffer 2, rechtswidrige Einreise in die Niederlande) sei nicht einzutreten.
3. Die seitens der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gegen den Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichtes Zürich erhobene Beschwerde sei abzuweisen.

4. Es sei dem Beschuldigten eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 600.– sowie Schadenersatz von Fr. 100.– für Fahrkosten auszurichten.
5. Es seien die bezirksgerichtlichen sowie die obergerichtlichen Verfahrenskosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, definitiv auf die Staatskasse zu nehmen. Weiter sei die Honorarnote der Sprechenden vom 24. August 2015 um Fr. 907.20 (inkl. MwSt.) zu erweitern.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 54 S. 6)

1. Es seien die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Februar 2015 im Verfahren GG140228 aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei im Sinne der in der Anklage vom 23. September 2014 gestellten Anträge zu verurteilen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 19. Februar 2015 wurde wie eingangs im Dispositiv wiedergegeben auf die Anklage nicht eingetreten respektive wurde der Beschuldigte A._____ vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (AuG) freigesprochen (Urk. 49 S. 19). Gegen diese Entscheidung meldete die Anklagebehörde mit Eingaben vom 27. Februar 2015 innert gesetzlicher Frist Berufung an respektive erhob Beschwerde bei der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Art. 399 Abs. 1 StPO; Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; Urk. 43 und Urk. 62/2). Die Berufungserklärung der Anklagebehörde ging, nachdem ihr das begründete Urteil am 25. März 2015 zugestellt wurde (Urk. 48/1), ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 54). Die III. Strafkammer überwies das Beschwerde-

verfahren mit Beschluss vom 5. Mai 2015 zur Erledigung der Beschwerde im Berufungsverfahren an die zuständige Berufungskammer (Urk. 61). Die Verteidigung hat sinngemäss auf Anschlussberufung verzichtet (Urk. 52 und 59; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 54; Prot. II S. 6).

2. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft wurde auf sein Gesuch hin und im Einverständnis mit der Verteidigung von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 74 und 75).

3. Die Anklagebehörde hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung ausdrücklich nicht beschränkt (Urk. 54; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Verteidigung beantragt die Bestätigung der angefochtenen Entscheide (Urk. 52; Urk. 78 S. 1f.). Demnach sind die Entscheide der Vorinstanz im Berufungsverfahren vollumfänglich angefochten und in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 404 Abs. 1 StPO).

II. Schuldpunkt

1.1. Dem Beschuldigten A._____ wird in Ziffer 1. der Anklageschrift vom 23. September 2014 vorgeworfen, am 7. Juli 2011 aus einem Nachbarland in Kenntnis der hiesigen Einreisevorschriften in die Schweiz eingereist zu sein, ohne über einen Reisepass und das erforderliche Visum zu verfügen. Nach der Abweisung seines Asylgesuchs am 5. August 2011 habe er sich bis zu seiner Ausreise im Oktober 2011 widerrechtlich in der Schweiz aufgehalten. Da er sich um den Stand seines am Tag der Einreise angestregten Asylverfahrens nicht erkundigt habe, habe er Letzteres zumindest in Kauf genommen (Urk. 24 S. 2f.).

1.2. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten vom zitierten Anklagevorwurf freigesprochen. Zur Begründung hat sie zusammengefasst das Folgende erwogen (Urk. 49 S. 10f. und S. 14-16): Dass der Beschuldigte am 7. Juli 2011 in die Schweiz eingereist sei, sei eingestanden und durch die Akten erstellt. Hingegen sei die Darstellung des Beschuldigten nicht zu widerlegen, er sei durch die Grenzbeamten in Chiasso zur Stellung eines Asylgesuchs nach Altstätten gewiesen

worden, was einer mündlichen Einreisebewilligung entspreche. Sodann gehe aus den migrationsamtlichen Akten hervor, dass sich die Schweiz nach den Überführungen des Beschuldigten aus der Niederlande und Luxemburg für dessen asylrechtliche Behandlung zuständig erachtet habe. Der Beschuldigte habe somit als Asylsuchender einen Anspruch auf Einreise in die Schweiz gehabt. Schliesslich könne dem Beschuldigten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass er sich nach dem 15. Juli 2011, dem Datum seines Verlassens des EVZ Altstätten, noch in der Schweiz aufgehalten habe.

1.3. Die appellierende Anklagebehörde macht im Berufungsverfahren zusammengefasst geltend, bei der Darstellung des Beschuldigten, er habe an der Grenze in Chiasso ein Asylgesuch stellen wollen und sei durch die dortigen Beamten nach Altstätten weiterverwiesen worden, handle es sich um eine nachgeschobene, unbelegte und daher unglaubhafte Schutzbehauptung. Der Beschuldigte habe wohl am Tag, nicht jedoch anlässlich seiner Einreise, sondern erst später in Altstätten ein Asylgesuch gestellt (Urk. 54 S. 2f.). Ferner habe der Beschuldigte eingestanden, sich nach dem Zeitpunkt der Erledigung seines Asylgesuchs in der Schweiz aufgehalten zu haben. Die nachgeschobene Bestreitung sei unglaubhaft; die Interpretation der massgeblichen Befragung des Beschuldigten durch Verteidigung und Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar (Urk. 54 S. 3f.).

1.4. Die Verteidigung hat die Berufung der Anklagebehörde anlässlich der Berufungsverhandlung – zusammengefasst – dahingehend beantwortet, die Würdigung der Vorinstanz der Aussagen bzw. der tatsächlichen Gegebenheiten sei nachvollziehbar und in sich schlüssig. Es komme hinzu, dass sich der Beschuldigte als Flüchtling und libyscher Staatsangehöriger auf das Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge berufen könne. Ferner habe der Beschuldigte in der Schweiz am Tag seiner Einreise – und damit unverzüglich – in Altstätten ein Asylgesuch gestellt. Das Geständnis des Beschuldigten "Ja. Ich bin dann nach Holland gegangen." sei keinesfalls als solches zu qualifizieren, sondern habe sich einzig auf die Bejahung der Tatsache, dass er nach Holland ausgereist sei, bezogen (Urk. 78 S. 5ff.).

1.5.1. In seiner polizeilichen Befragung vom 26. Juni 2013 sagte der Beschuldigte aus, er habe bei seiner Einreise in die Schweiz ("gut möglich") am 7. Juli 2011 keine Reisepapiere besessen und er sei an der Grenze nicht kontrolliert worden (Urk. 2 S. 3).

In seiner staatsanwaltschaftlichen Befragung sagte er aus, er habe bei seiner Einreise am 7. Juli 2011 von Italien her kommend direkt an der Grenze Asyl beantragt (Urk. 15 S. 11f.). Vorher habe er "ab 1987 oder 1988" in Italien gelebt, wobei er zwischenzeitlich nach Libyen zurück gekehrt sei (Urk. 15 S. 13). In die Schweiz sei er gekommen, weil er hier habe ein Asylgesuch stellen wollen; sein Vater sei in Libyen getötet worden; er habe in Libyen bei der Polizei gearbeitet, weshalb er, der Beschuldigte, in Italien mit dem Tode bedroht worden sei und daher habe flüchten wollen (Urk. 15 S. 11). Den zusammenfassenden Vorhalt, er habe sich ab seiner Einreise am 7. Juli 2011 bis zum Oktober 2011 in der Schweiz aufgehalten und sei dann nach Holland ausgereist, beantwortete er mit: "Ja, ich bin dann nach Holland gegangen" (Urk. 15 S. 9).

Anlässlich der Hauptverhandlung gab der Beschuldigte an, er habe nach 30 Jahren in Italien in der Schweiz ein Asylgesuch stellen wollen, weil er in Italien aufgrund der Tätigkeit seines Vaters als Polizist in Libyen durch libysche Personen bedroht worden sei. Sein eigener Sohn sei nach Libyen gereist (Prot. I S. 9). Er sei ohne Pass und Visum in die Schweiz eingereist und habe in Chiasso ein Asylgesuch gestellt; "die Leute an der Grenze" hätten ihn nach Altstätten geschickt. Illegal in der Schweiz aufgehalten habe er sich nicht, da er nach dem Stellen seines Asylgesuchs am 7. Juli 2011 ausgereist sei, er könne sich jedoch überhaupt nicht erinnern, wann; es treffe zu, dass er nach Holland gegangen sei, er wisse jedoch auch nicht mehr, wann (Prot. I S. 12).

Anlässlich der Berufungsverhandlung schliesslich hat der Beschuldigte ausgeführt, er sei in Italien bedroht worden, weshalb er hier Asyl beantragt habe. In Chiasso habe er sich den Behörden gestellt, wo man ihm ein Ticket gegeben habe, um zur Asylempfangsstelle zu fahren. Das Asylgesuch habe er in Chiasso gestellt, befragt worden sei er in Altstätten. Wie lange er anschliessend geblieben

sei, könne er nicht genau sagen, vielleicht 15 bis 20 Tage. Es sei möglich, dass er im Oktober 2011 nach Holland gereist sei (Urk. 77 S. 6ff.).

1.5.2. Unstrittig ist, dass der Beschuldigte am 7. Juli 2011 aus Italien kommend in Chiasso in die Schweiz eingereist ist. Vorab erweisen sich die Aussagen des Beschuldigten im gesamten Verfahren als äusserst unverlässlich, was auch die Verteidigung konstatiert (Urk. 78 S. 6, S. 8 und S. 10): Praktisch durchwegs macht er Vergesslichkeit geltend und schildert einen schlechten generellen und insbesondere auch psychischen Gesundheitszustand; er habe sich schon in psychiatrischer Behandlung befunden und müsse verschiedene Medikamente, so auch Psychopharmaka, einnehmen; ferner sei er vier Tage bewusstlos gewesen und habe operiert werden müssen. Die Aussagen des Beschuldigten sind denn auch voller Widersprüche.

Zweifellos zutreffend ist die Darstellung der Anklagebehörde, für das Stellen eines Asylgesuchs des Beschuldigten habe keine zeitliche Dringlichkeit bestanden (Urk. 54 S. 2). Wenn der Beschuldigte ausführt, er habe 30 Jahre unbehelligt in Italien gelebt, er sei zwischenzeitlich immer wieder in Libyen ein- und ausgereist und sein Sohn sei freiwillig nach Libyen zurückgekehrt (Urk. 15 S. 13; Prot. I S. 8f.), erscheint die von ihm geschilderte, plötzliche Verfolgungssituation in Italien durch "libysche Personen" als Folge der Polizeitätigkeit des Vaters in Libyen alles andere als überzeugend. Der Beschuldigte hätte mit der Anklagebehörde problemlos vor seiner Einreise um ein Visum ersuchen können. Dies tat er eingeständenerweise nicht. Zum eigentlichen Stellen seines Asylgesuchs ist der Beschuldigte auf seiner ersten Angabe zu behaften, wonach er bei der Einreise nicht kontrolliert worden sei (Urk. 2 S. 3). Seine anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme – und auch heute (Prot. II S. 8) – gemachte, spätere Aussage, er sei an der Grenze zur schweizerischen Polizei gegangen und habe Asyl beantragt, widerspricht sodann diametral seiner in der gleichen Einvernahme früher gemachten Aussage, er sei "einfach in die Schweiz eingereist und habe später Asyl beantragt" (Urk. 15 S. 7). Die Schilderung anlässlich der Haupt- sowie der Berufungsverhandlung, er sei in Chiasso durch die Behörden nach Altstätten geschickt worden, wirkt zu seiner bisherigen Darstellung nachgeschoben. Dies ist

mit der appellierenden Anklagebehörde und entgegen der Vorinstanz (im angefochtenen Entscheid in der rechtlichen Würdigung erwogen) als Schutzbehauptung und damit unglaubhaft zu taxieren. Hätte der Beschuldigte tatsächlich bei der Einreise die Behörden kontaktiert und wäre weitergewiesen worden, hätte er bei seiner ersten und eingangs seiner zweiten Befragung keinen Grund gehabt, dies zu verschweigen und eine gegenteilige Einreiseversion zu schildern. Hingegen ist die nachgeschobene Änderung seiner Darstellung durchaus verständlich, wurde er sich doch mittlerweile des ihm vorgehaltenen Tatvorwurfs bewusst.

Gleiches – aber noch deutlicher – gilt für die Behauptung des Beschuldigten, er habe die Schweiz nicht erst im Oktober 2011 verlassen. Diese Schutzbehauptung musste dem Beschuldigten durch die Vorinstanz eigentlich vorformuliert werden. Mit der Anklagebehörde hat der Beschuldigte in der Untersuchung die Frage, ob er sich von Juli bis Oktober 2011 in der Schweiz aufgehalten habe und dann nach Holland ausgereist sei, bejaht (Urk. 15 S. 9). Dass der Beschuldigte mit seiner Bejahung einzig die Ausreise nach Holland bestätigt habe, nicht aber deren ihm vorgehaltenen Zeitpunkt, ist ebenso eine allzu wohlwollende Interpretation der Vorinstanz, wie die Erwägung, der Beschuldigte habe in seiner Aussage gemäss Urk. 15 S. 9 geltend gemacht, sich am 5. August 2011 oder sogar vorher nicht in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 49 S. 11; vgl. Urk. 38 S. 3f.). Der Beschuldigte hat hier offensichtlich einiges verwechselt: So sagte er auf entsprechende Frage, der abschlägige Asylentscheid sei ihm bei seiner Ausreise bekannt gewesen (Urk. 15 S. 9). Nun wird aber vorliegend – einerseits zu seinen Gunsten und andererseits wohl zutreffend – davon ausgegangen, dass der Beschuldigte in Unkenntnis des Entscheids vom 5. August 2011 untergetaucht und ausgereist ist. Allerdings mutmasste auch die Verteidigung – entgegen dem Beschuldigten –, er habe die Schweiz "infolge des Nichteintretensentscheides" verlassen (Urk. 38 S. 5).

Auf die massgebliche Aussage anlässlich der Hauptverhandlung musste der Beschuldigte dann eigentlich gehoben werden und sie ist denn auch – wie die appellierende Anklagebehörde richtig erkennt – das klare Resultat einer Suggestivfrage (Prot. I S. 12); insbesondere da er nur wenige Fragen später aussagte,

mangels Erinnerung keinerlei konkrete Angaben zum Ausreisedatum machen zu können. Die Mutmassung der Vorinstanz (und der Verteidigung, Urk. 38 S. 4), der Beschuldigte habe sich lediglich einige Tage in der Schweiz aufgehalten, um dann nach Holland weiterzureisen, deckt sich auch in keiner Weise mit den Schilderungen des Beschuldigten: Anfänglich sagte er aus, er sei für 6 Monate in der Schweiz aufgenommen worden *und dann* nach Holland gereist; später korrigierte er dies – auf Vorhalt, es sei unmöglich, dass er sich vor seiner Ausreise nach Holland 6 Monate in der Schweiz aufgehalten habe – auf 3 Monate (Urk. 15 S. 6). Selbst die Verteidigung konzidiert, dass der Beschuldigte bei dieser Aussage auf seine Aufenthaltsdauer in der Schweiz Bezug genommen hat (Urk. 38 S. 5). Eine Ausreise bereits nach wenigen Tagen oder Wochen hat der Beschuldigte selber nie ins Feld geführt. Eine Ausreise sogar noch am Tag des Stellen des Asylgesuchs (Urk. 38 S. 4) ist komplett abwegig, würde es doch keinerlei Sinn machen, auf der Durchreise quasi im Vorbeigehen noch schnell ein Asylverfahren einzuleiten.

1.5.3. Somit besteht entgegen der Vorinstanz kein Zweifel an der Schilderung gemäss Anklageziffer 1., dass der Beschuldigte einerseits am 7. Juli 2011 ohne Reisepass und Visum in die Schweiz eingereist ist und sich zur Stellung eines Asylgesuchs nach Altstätten begeben hat, sowie dass er sich andererseits – auch nach Abweisung seines Asylgesuchs am 5. August 2011 – weiter bis ca. Oktober 2011 in der Schweiz aufgehalten hat.

1.6.1. Die Vorinstanz hat das zum Tatbestand der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG Notwendige angeführt und zurecht festgestellt, der Beschuldigte habe grundsätzlich den objektiven Tatbestand erfüllt (Urk. 49 S. 14). Anschliessend hat sie die Besonderheiten der für einen Asylsuchenden geltenden Einreisebestimmungen gemäss Asylgesetz angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 49 S. 14f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Entgegen der Vorinstanz erhielt der Beschuldigte gemäss obigem Beweisresultat bei seiner Einreise keine mündliche Einreisebewilligung im Sinne von Art. 21 AsylG.

Die weiteren, in diesem Zusammenhang durch die Vorinstanz angestellten rechtlichen Erwägungen gehen an der Sache vorbei, weshalb sich die Anklagebehörde im Berufungsverfahren denn auch nicht damit auseinander gesetzt hat (Urk. 54):

Die Mutmassung der Vorinstanz, der Beschuldigte habe allenfalls in Italien ein Asylgesuch gestellt (Urk. 49 S. 15f.), ist müssig: Der Beschuldigte hat klar ausgesagt, illegal in Italien gelebt zu haben und dann in die Schweiz ausgereist zu sein, weil er in Italien bedroht worden sei; dass er in Italien ein Asylgesuch gestellt habe, wurde nie auch nur andeutungsweise erwähnt. Inwieweit der Beschuldigte durch die Tatsache, dass die Schweiz sich nach seinen jeweiligen Rückführungen aus Holland respektive Luxemburg für die Asylverfahren zuständig erklärte, exkulpiert werden sollte (Urk. 49 S. 16), ist nicht nachvollziehbar: Die Schweiz ist bereits auf sein erstes, am 7. Juli 2011 gestelltes Asylgesuch eingetreten und hat dieses behandelt. Sein nachmaliger Status als Asylsuchender hat den Beschuldigten bei seiner Einreise vom 7. Juli 2011 jedoch nicht davon entbunden, sich an die *konkreten* Einreisebestimmungen zu halten (vgl. auch BGE 132 IV 29 E. 2.3).

Somit hat der Beschuldigte den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in der Tat erfüllt. Indem er "einfach in die Schweiz eingereist ist und später Asyl beantragt hat", hat er subjektiv in Kauf genommen, Schweizer Einreisebestimmungen zu verletzen. Eine mündliche Einreiseerlaubnis im Sinne von Art. 21 AsylG erhielt er nicht.

Vollständigkeitshalber ist noch das Folgende zu erwägen: Gemäss Art. 31 Abs. 1 FK (durch die Schweiz ratifiziertes internationales Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Flüchtlingskonvention) ist die illegale Einreise und der unrechtmässige Aufenthalt eines Flüchtlings gerechtfertigt, wenn dieser triftige Gründe für seine Einreise darlegen kann, unmittelbar aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt und sich unverzüglich den Behörden stellt (vgl. BGE 135 IV 1 E. 4.3). Der Beschuldigte ist weder direkt aus Libyen eingereist, noch hat er – gemäss den obigen Erwägungen – triftige Gründe für seine Einreise überzeugend darlegen können. Der Beschuldigte lebte nach eigenen Angaben 30 Jahre unbehelligt in Italien und reiste in dieser Zeit mehrmals in Libyen ein und aus. Ein

entsprechender Rechtfertigungsgrund liegt entgegen der Verteidigung (Urk. 38 S. 2f.; Urk. 78 S. 6ff.) in concreto nicht vor.

1.6.2. Zum rechtswidrigen Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG hat die Vorinstanz das Notwendige angeführt (Urk. 49 S. 17). Gemäss obigem Beweisergebnis hat sich der Beschuldigte auch nach der Erledigung seines Asylverfahrens und damit rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten, bis er nach Holland ausgereist ist. Indem er sich um das Asylverfahren und damit sein Bleiberecht futierte, hat er dies subjektiv auch in Kauf genommen. Ein Rechtfertigungsgrund, wie ihn die Verteidigung analog zum Vorwurf der rechtswidrigen Einreise geltend macht, (Urk. 38 S. 5; Urk. 78 S. 10), ist wiederum zu verwerfen. Demnach ist er in Aufhebung des angefochtenen Freispruchs diesbezüglich schuldig zu sprechen.

2.1. Dem Beschuldigten wird sodann in Ziffer 2. der Anklageschrift vom 23. September 2014 vorgeworfen, im Oktober 2011 sowie im Februar 2012 aus der Schweiz aus- und ohne Reisepapiere und widerrechtlich in ein Nachbarland ein- und von dort nach Holland respektive Luxemburg weitergereist zu sein (Urk. 24 S. 3). Dadurch habe er sich der mehrfachen rechtswidrigen Einreise ins Ausland schuldig gemacht.

2.2. Die Verteidigung hat im Hauptverfahren den Antrag auf Schuldigsprechung des Beschuldigten gestellt (Urk. 38 S. 1). Heute beantragt sie betreffend rechtswidriger Einreise nach Luxembourg einen Freispruch und betreffend rechtswidrige Einreise in die Niederlanden ein Nichteintreten (Urk. 78 S. 1).

2.3. Die Anklagebehörde konzidiert in ihrer Berufungserklärung und -begründung (vgl. Urk. 75), es sei in der Tat so, dass nicht mit genügender Sicherheit habe eruiert werden können, über welches Nachbarland der Beschuldigte in die Niederlanden resp. nach Luxemburg gereist sei. Klar sei jedoch, dass er mit dem Zug über ein Nachbarland der Schweiz in die im Norden liegenden Länder gereist sei. Mithin falle aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten eine Ausreise via Italien und mit allergrösster Wahrscheinlichkeit über Österreich und Liechtenstein von vornherein ausser Betracht. Es würden daher für die beiden Ausreisen die Nachbarländer Deutschland und Frankreich verbleiben, womit es dem Beschul-

digten zumutbar und möglich gewesen sei, sich in ausreichendem Masse zu verteidigen (Urk. 54 S. 5).

2.4.1. Die Vorinstanz ist auf die Anklage betreffend den Tatvorwurf der Reise via ein Nachbarland nach Holland nicht eingetreten (Urk. 49 S. 19). Zur Begründung wurde zusammengefasst erwogen, die Formulierung der Anklageschrift verletze das Anklageprinzip, da nicht umschrieben sei, in welches der möglichen Nachbarländer der Beschuldigte ausgereist sei, um letztendlich nach Holland zu gelangen (Urk. 49 S. 6). Vom Vorwurf der illegalen Ausreise in einen Nachbarstaat im Zusammenhang mit der Reise nach Luxemburg hat die Vorinstanz den Beschuldigten freigesprochen zusammengefasst mit der Begründung, auf die Schilderung der Reiseroute des Beschuldigten sei nicht abzustellen und es bleibe daher unklar, in welches Nachbarland der Beschuldigte ausgereist sei (Urk. 49 S. 11-13).

2.4.2. Die Anklage bestimmt den Prozessgegenstand. Sie hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Straftaten in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe genügend konkretisiert sind. Dieses Anklageprinzip gewährleistet zugleich die Verteidigungsrechte und das Gehörsrecht der Angeklagten (Entscheid des Bundesgerichts 6B_389/2010 vom 27. September 2010 E. 1.3.1 mit Verweisen; 6B_716/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.3), wobei der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt die Subsumtion aller objektiven (und subjektiven) Tatbestandsmerkmale ermöglichen muss (WOHLERS in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 12 zu Art. 9).

Dem Beschuldigten wird in der Anklage vorgeworfen, widerrechtlich in ein nicht näher bekanntes Nachbarland der Schweiz gereist zu sein (Urk. 24 S. 3). Die Anklage führt nicht näher aus, in welches Nachbarland der Beschuldigte eingereist sein soll, dies könnten daher sämtliche Nachbarländer der Schweiz, also Deutschland, Frankreich, Italien, Liechtenstein oder Österreich, gewesen sein. Eine hinreichend präzise Umschreibung des Staates, in den der Beschuldigte eingereist sein soll, fehlt damit. Ferner unterbleibt in der Anklageschrift die Erwähnung, welche der in jenem Staat geltenden Einreisebestimmungen der Beschuldigte verletzt haben soll. Zentrale Tatbestandselemente von Art. 115

Abs. 2 AuG definieren sich nämlich nach Massgabe des ausländischen Rechts, einerseits, wann die ausländische Person in den anderen Staat einreist, und andererseits, welche Einreisebestimmungen dort gelten, weshalb Schweizerische Gerichte bei der Beurteilung dieses Tatbestandes auch ausländisches Recht anzuwenden haben (VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO in: Carroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, N 13 zu Art. 115). Die Anklage spricht lediglich von "widerrechtlich". Die ausländischen Einreisebestimmungen werden nicht erwähnt, obwohl sie – wie soeben aufgezeigt – zentrales Tatbestandselement von Art. 115 Abs. 2 AuG sind. Den Anforderungen des Anklageprinzips ist somit nicht Genüge getan. In Anwendung von Art. 329 Abs. 4 StPO ist das Verfahren bezüglich des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 2 AuG – trotz des Antrags der Verteidigung vor Vorinstanz auf Schuldspruch (vorne Ziff. 2.2) – gemäss Anklageziffer 2. daher einzustellen.

Bei dieser Art der prozessual begründeten Erledigung des Verfahrens betreffend Anklageziffer 2. erübrigt sich eine materielle Auseinandersetzung mit der abenteuerlich-wohlwollenden (und entsprechend unhaltbaren) Beweiswürdigung der Vorinstanz, in welcher freimütig gemutmasst wurde, der Beschuldigte habe die Schweiz in Richtung Österreich, Liechtenstein oder Italien verlassen, um in das geografisch in entgegengesetzter Richtung liegende Luxemburg zu gelangen (vgl. Urk. 49 S. 13). Bereits ein kurzer Blick auf eine Europa-Landkarte lässt keinen Raum für derlei Spekulationen.

3. Insgesamt ist der vorinstanzliche Freispruch betreffend rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt (Anklageziffer 1.) aufzuheben und der Beschuldigte – in teilweiser Gutheissung der Berufung der Anklagebehörde – anklagegemäss schuldig zu sprechen. Das Verfahren betreffend mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 2 AuG gemäss Anklageziffer 2. ist einzustellen.

III. Sanktion

1. Die Anklagebehörde beantragt eine Bestrafung des Beschuldigten mit 90 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 12. April 2012 (Urk. 49 S. 2; Urk. 54 S. 6 i.V.m. Urk. 24 S. 4). Die Verteidigung hat vor Vorinstanz eine Bestrafung des Beschuldigten wegen illegaler Ausreise in ein Nachbarland mit 35 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 10.– beantragt (Urk. 49 S. 2); heute stellte sie wegen des nun beantragten Freispruchs bzw. Nichteintretens auf die Anklage keine Anträge zur Sanktion (Urk. 78). Die Vorinstanz hat sich infolge ihres – heute teilweise aufzuhebenden – Freispruchs nicht mit der Sanktionsfrage auseinander gesetzt (Urk. 49).

2. Die vorliegend schwerste zu sanktionierende Tat ist das rechtswidrige Verweilen in der Schweiz. Der Strafrahmen gemäss diesem Tatbestand beträgt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Strafschärfend liegt Tatmehrheit vor (Art. 49 Abs. 1 StGB). Strafmilderungsgründe liegen keine vor. Gemäss der herrschenden bundesgerichtlichen Praxis sind Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Da der Beschuldigte sämtliche der heute zu sanktionierenden Taten vor Erlass des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Graubünden begangen hat (Urk. 57) und heute – wie damals – eine Geldstrafe auszufallen ist, hat die heutige Sanktion als Zusatzstrafe zu ergehen (Art. 49 Abs. 2 StGB; BGE 137 IV 57ff.). Zu den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung ist auf die einschlägigen Vorgaben des Bundesgerichts zu verweisen (Art. 47 StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.4ff.; 134 IV 17 E. 2.1).

3. Die objektive Tatschwere des illegalen Verweilens wiegt noch leicht; der Beschuldigte ist nach Stellen seines Asylgesuchs einfach untergetaucht und hat sich in der Folge bis zu seiner Ausreise nach Holland zumindest einige Wochen ohne Bewilligung in der Schweiz aufgehalten. Subjektiv hat der Beschuldigte eventualvorsätzlich gehandelt. Er kannte den negativen Asylentscheid vom 5. August 2011 und die damit verbundene Wegweisung zwar nicht, er musste

jedoch damit rechnen und hat sich schlicht um seinen Aufenthaltsstatus futiert. Als Motiv kommt einzig Bequemlichkeit in Frage. In seiner Schuldfähigkeit war der Beschuldigte nicht eingeschränkt.

Für das illegale Verweilen im Land ist – auch in Berücksichtigung der Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft Zürich für Massendelikte – eine Einsatzstrafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe festzusetzen. Diese ist in Abgeltung der rechtswidrigen Einreise angemessen zu erhöhen: Das Verschulden betreffend das rechtswidrige Einreisen wiegt ebenfalls noch leicht. Der Beschuldigte ist zwar ohne Papiere und Visum in die Schweiz eingereist; er hat jedoch noch gleichentags ein Asylgesuch gestellt. Hätte er dies bereits an der Grenze getan, wäre er komplett straffrei geblieben. Die Einsatzstrafe ist um 20 Tagessätze Geldstrafe zu erhöhen. Somit resultiert nach der Beurteilung der Tatkomponente dieser beiden Delikte eine Geldstrafe von 50 Tagessätzen.

4. Zur Täterkomponente ist auf die Depositionen des Beschuldigten abzustellen, auch wenn diese wenig verlässlich wirken: Er wurde in Libyen geboren und lebte ca. 30 Jahre illegal in Italien, wo er sich als Schwarzarbeiter auf dem Bau betätigte. Zwischenzeitlich reiste er wiederholt in seine libysche Heimat, wo seine Ehefrau sowie der ältere Sohn lebten, die bei einem Autounfall vor einigen Jahren offenbar tödlich verunglückten. Der verbliebene Sohn des Beschuldigten lebt zurzeit in Italien. Der Beschuldigte macht heute psychische und physische Probleme geltend, die von einer tätlichen Auseinandersetzung im November 2011 herrühren sollen. Er verfügt weder über Vermögen noch Schulden und hat kein Einkommen (Urk. 15 S. 13f.; Prot. I S. 7ff.; Urk. 77 S. 1ff.).

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wiegen strafzumessungsneutral. Eine besondere Strafempfindlichkeit aufgrund seiner behaupteten gesundheitlichen Probleme weist er nicht auf, droht ihm doch keine Freiheitsstrafe. Er hat keine Vorstrafen, was ebenso neutral wirkt wie die fehlende Einsicht, Reue und Geständnisbereitschaft.

Die Täterkomponente wirkt sich auf die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene Einsatzstrafe weder erhöhend noch senkend aus.

Die vorliegend auszusprechende Geldstrafe hat – wie bereits erwogen – als Zusatzstrafe zur am 12. April 2012 von der Staatsanwaltschaft Graubünden ausgesprochenen Geldstrafe zu ergehen. Im Verfahren, welches zur Verurteilung der Staatsanwaltschaft Graubünden führte, wurde der Beschuldigte wegen versuchten Diebstahls (sowie geringfügiger Zechprellerei, geringfügiger Sachbeschädigung sowie mehrfachen geringfügigen Diebstahls, welche als Übertretungen jedoch mit Busse zu ahnden waren) bestraft (MA-Urk. 5). Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips wäre für sämtliche massgeblichen Delikte (inkl. der heute zu beurteilenden rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthaltes) eine hypothetische Gesamtstrafe von 70 Tagessätzen Geldstrafe ausgesprochen worden.

Somit ist der Beschuldigte – nach Abzug der Grundstrafe (30 Tagessätze) – mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen als Zusatzstrafe zur zitierten Vorstrafe zu bestrafen.

5. Die erstandene Haft von 3 Tagen ist anzurechnen respektive haben 3 Tagessätze Geldstrafe als abgegolten zu gelten (Urk. 6; Art. 51 StGB).

6. Der Beschuldigte hat Aussicht weder auf einen legalen Aufenthaltsstatus in der Schweiz noch auf ein Einkommen. Daher ist die Höhe der Tagessätze auf das Minimum gemäss bundesgerichtlicher Praxis von Fr. 10.– festzusetzen (Art. 34 Abs. 2 StGB; BGE 135 IV 180 = Pra 2010 Nr. 44 E. 1.4; Urteil des Bundesgerichtes 6B_792/2011 vom 19. April 2012 E. 1.4).

7. Dem Beschuldigten als Ersttäter ist mit dem Antrag der Anklagebehörde der bedingte Strafvollzug unter Ansetzung der gesetzlich minimalen Probezeit von 2 Jahren zu gewähren (Art. 42 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 StGB).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Gerichtsgebühr für das Hauptverfahren ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Gemäss Kostenblatt beträgt die Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung Fr. 1'300.–, welche angesichts von § 4 lit. d der Verordnung über die Gebühren,

Auslagen und Entschädigungen der Strafverfolgungsbehörden (GebV StrV, LS 323.1) als angemessen erscheint. Auslagen im Vorverfahren sind keine entstanden (Urk. 20).

1.2. Die vorinstanzliche Festsetzung der Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung ist zu bestätigen (Dispositiv-Ziff. 4.).

1.3. Zuzufolge des – zumindest teilweisen – Schuldspruches sind dem Beschuldigten ein Teil der Kosten der Untersuchung sowie des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). In Gewichtung der betreffenden Anklagevorwürfe sowie des damit verbundenen Bearbeitungsaufwands erscheint angemessen, die Kosten der Untersuchung sowie die vorinstanzlichen Kosten (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Drittel der Gerichtskasse zu überbinden.

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2.2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) dem Beschuldigten zu zwei Dritteln aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

3.1 Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt einer Rückforderung über zwei Drittel der Kosten der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

3.2 Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, reichte dem Gericht für das Berufungsverfahren für ihre Aufwendungen und Auslagen eine Honorarnote über Fr. 5'005.80 ein (Urk. 72A). Heute verlangt sie die Zuspreehung von weiteren Fr. 907.20 (Urk. 78 S. 2).

Gemäss § 23 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 AnwGebV setzt sich die Vergütung für amtliche Verteidigung aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen. Die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung beträgt vor den

Bezirksgerichten Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.– (§ 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV). Gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV wird die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen, wobei auch berücksichtigt wird, ob das Urteil vollumfänglich oder nur teilweise angefochten worden ist. Wenn die Verteidigerin im vorliegenden Berufungsverfahren eine Honorarforderung und Auslagen von knapp Fr. 6'000.– geltend macht, erscheint das in casu nicht angemessen. Das – zwar vollumfänglich angefochtene – vorinstanzliche Urteil weist gerade einmal 21 Seiten (inkl. Rubrum und Urteilsdispositiv) auf und der Aktenumfang ist gering. Ferner war der Beschuldigte mit bloss drei Anklagevorwürfen (rechtswidrige Einreise, rechtswidriger Aufenthalt, rechtswidrige Einreise ins Ausland) – alle aus dem Bereich des AuG und insofern in sachlichem Zusammenhang stehend – konfrontiert. Angemessen erscheint es daher, die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, im Berufungsverfahren für ihre Aufwendungen und Auslagen mit pauschal Fr. 5'000.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

4. Dem Beschuldigten ist – entgegen der Vorinstanz – keine Genugtuung für die erstandene Haft zuzusprechen, da diese – wie bereits erwogen (vgl. vorne Ziff. III.5.) – auf die auszufällende Sanktion anzurechnen ist.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie
 - des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Das Verfahren gegen den Beschuldigten wird bezüglich des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 2 AuG gemäss Anklageziffer 2. eingestellt.

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.– als Zusatzstrafe zur Sanktion gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 12. April 2012, wovon 3 Tagessätze durch erstandene Haft abgegolten sind.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Die Gerichtsgebühr für das Hauptverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.– Auslagen Vorverfahren
Fr. 1'300.– Gebühr Führung Strafuntersuchung
6. Die vorinstanzliche Festsetzung der Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung wird bestätigt (Dispositiv-Ziff. 4.).
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'000.– amtliche Verteidigung.
8. Die Kosten der Untersuchung sowie beider gerichtlicher Verfahren (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschuldigten zu zwei Dritteln auferlegt und im verbleibenden Drittel auf die Gerichtskasse genommen.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen unter Vorbehalt einer Rückforderung über zwei Drittel der Kosten der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. Dem Beschuldigten wird für die erstandene Haft keine Genugtuung zugesprochen.
11. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Bundesamt für Migration

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung all-fälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials.

12. 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
I. Strafkammer

Zürich, 31. August 2015

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. S. Maurer