

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190394-O/U/gs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Samokec

## Urteil vom 4. März 2021

in Sachen

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

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

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

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Kloiber,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung - Einzelgericht, vom 8. Mai 2019 (GG190004)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2018 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 56 S. 64 f.)

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 7'567.10 amtliche Verteidigung  
  
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

**Berufungsanträge:**

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 66 S. 3 f. und Urk. 74 S. 2)

1. Die Dispositivziffern 1. (Schuldspruch), 2. (Strafe) und 3. (Vollzug) sowie 5. erster Teilsatz (Kostenaufgabe) des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung - Einzelgericht, vom 08.05.2019 (GG190004) seien aufzuheben.

2. Auf die Anklageschrift vom 22.08.2018 sei nicht einzutreten. Die Anklageschrift vom 22.08.2018 sei an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, den Strafbefehl vom 06.09.2017 als Anklageschrift dem Bezirksgericht Zürich zu überweisen respektive es sei der Strafbefehl vom 06.09.2017 als Anklageschrift zu behandeln.
3. Das Strafverfahren gegen Herrn A. \_\_\_\_\_ betreffend rechtswidrigen Aufenthalt sei einzustellen.
4. Eventualiter sei Herr A. \_\_\_\_\_ vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen.
5. Subeventualiter sei Herr A. \_\_\_\_\_ wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen und mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen.
6. Der bei Herrn A. \_\_\_\_\_ abgenommene Wangenschleimhautabstrich und ein allenfalls erstelltes DNA-Profil seien unbesehen vom Verfahrensausgang zu vernichten und ein bereits erfolgter Eintrag im Informationssystem sei unverzüglich zu löschen.
7. Herrn A. \_\_\_\_\_ sei für die widerrechtliche Haft vom 25.04.2017 sowie vom 26.07.2017 bis am 28.07.2017 eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 1'500.– zuzüglich 5% Zinsen seit dem 28.07.2017 zuzusprechen.
8. Die Kosten des Vorverfahrens, des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
9. Die Anschlussberufungsanträge der Staatsanwaltschaft seien abzuweisen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 71 S. 1, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen vorab auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 56 S. 4 ff.). Betreffend den Verlauf des vorliegenden Strafverfahrens (Urk. 56 S. 8 ff.) ist was folgt noch zu ergänzen:

Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ (fortan Beschuldigter) wurde am 25. April 2017, um 03:10 Uhr, durch die Stadtpolizei Zürich wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das AuG vorläufig festgenommen, zur weiteren Abklärung auf die Regionalwache City verbracht und dort um 04:54 Uhr wieder entlassen. In der Folge wurde die Fachgruppenleitung Ausländerbelange beauftragt, weitere Abklärungen bei den damals zuständigen Migrationsbehörden des Kantons Thurgau zu tätigen (Urk. 1 S. 2, Urk. 33/1: Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich, S. 140 f.). In der Folge wurde der Beschuldigte auf den 26. Juli 2017, 08:00 Uhr, zur polizeilichen Einvernahme vorgeladen (Urk. 1 S. 2). Dabei wurde der Beschuldigte wegen Widerhandlung gegen das AuG verhaftet und anschliessend polizeilich einvernommen (vgl. Urk. 2). Am 27. Juli 2017, 09:20 Uhr, wurde der Beschuldigte aus der Haft entlassen und von der Kantonspolizei Zürich am 28. Juli 2017 dem (zuständigen) Migrationsamt des Kantons Thurgau zugeführt (Urk. 6/1-2, Urk. 33/2: Akten des Migrationsamtes des Kantons Thurgau S. 9 ff.). Am 23. August 2017 befragte alsdann die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (fortan Staatsanwaltschaft) den Beschuldigten (vgl. Urk. 3). Am Ende der betreffenden Einvernahme wurde der Beschuldigte von der untersuchungsführenden Staatsanwältin darüber in Kenntnis gesetzt, dass Anklage an das Einzelgericht des Bezirks Zürich erhoben werde, nachdem der Beschuldigte mit dem Erlass eines Strafbefehls nicht einverstanden gewesen war (Urk. 3 S. 7 f.). Am 6. September 2017 erliess die Staatsanwaltschaft dann - entgegen der ursprünglichen Information - einen Strafbefehl wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AUG und bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von

120 Tagen bzw. vier Monaten. Als Beginn des rechtswidrigen Aufenthalts wird darin ein Mal (unter "Datum und Zeit") der 26. Dezember 2013, ein anderes Mal (unter "Tatvorgehen") der 27. November 2013 angegeben. Das Ende des rechtswidrigen Aufenthaltes wurde von der Staatsanwaltschaft beide Male auf den 26. Juli 2017 datiert (Urk. 8). Dagegen erhob der Beschuldigte mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 fristgerecht Einsprache (Urk. 9). Nach erfolgter Einsprache fand am 12. März 2018 sodann die staatsanwaltschaftliche Einvernahme statt (Urk. 12). Am 22. August 2018 erhob die Staatsanwaltschaft daraufhin Anklage gegen den Beschuldigten beim Einzelgericht des Bezirks Zürich und beantragte dessen Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts sowie dessen Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten. Als Deliktszeitraum wird darin unter dem Titel "Datum und Zeit" zunächst der Zeitraum vom 26. Dezember 2013 bis zum 26. Juli 2017 angegeben. In der Beschreibung des Tatvorgehens wird der Deliktszeitraum dann allerdings auf den 27. November 2013 bis 12. März 2018 terminiert (Urk. 22 S. 2).

2. Mit Urteil vom 8. Mai 2019 (Urk. 56) erkannte das Einzelgericht in Strafsachen des Bezirks Zürich den Beschuldigten des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG für schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten. Weitere Einzelheiten des Entscheides können dem Ingress dieses Urteils entnommen werden.

3. Das Urteil wurde mündlich eröffnet (Prot. I S. 9 ff.). Das Urteilsdispositiv (Urk. 49) wurde dem Beschuldigten und seinem amtlichen Verteidiger übergeben und der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 13. Mai 2019 zugestellt (Prot. I S. 11; Urk. 51/1). Mit Eingabe vom 17. Mai 2019 meldete die Verteidigung die Berufung an (Urk. 52). Am 4. Juni 2019 erfolgte die Mitteilung der Berufungsanmeldung an die Staatsanwaltschaft (Urk. 54). Das Urteil ging dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft je am 9. August 2019 (Urk. 55/1-2) in begründeter Fassung zu (Urk. 56).

4. Unter dem 27. August 2019 reichte die Verteidigung sodann die Berufungserklärung ein (Urk. 58). Aus dieser geht hervor, dass vom Beschuldigten zunächst ein Nichteintreten auf die Anklageschrift vom 22. August 2018 und eine Rückwei-

sung an die Staatsanwaltschaft verbunden mit der Anweisung, dem Bezirksgericht Zürich den Strafbefehl vom 6. September 2017 als Anklageschrift zu überweisen, verlangt wird. Alsdann beantragt der Beschuldigte die Einstellung des Verfahrens, da er - wie sich aus der nachträglich eingereichten Berufungsbegründung ergibt (vgl. Urk. 66 S. 18) - aus prozessökonomischen Gründen und mit Blick auf die bereits jetzt bestehende Verletzung des Beschleunigungsgebots auf die Rückweisung verzichtet. Eventualiter lässt der Beschuldigte den Antrag stellen, er sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen. Subeventualiter - im Falle eines Schuldspruchs - ficht der Beschuldigte die Strafzumessung an. Er beantragt die Ausfällung einer Geldstrafe (statt einer Freiheitsstrafe). Daneben verlangt er die Vernichtung des abgenommenen Wangenschleimhautabstrichs und eines allenfalls erstellten DNA-Profiles und eine Genugtuung für die widerrechtliche Haft von CHF 1'500.—. Beweisanträge stellte die Verteidigung keine. Mit Präsidialverfügung vom 28. August 2019 wurde der Staatsanwaltschaft in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 401 StPO und Art. 34 StGB eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um gegebenenfalls zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nicht-eintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 60). In der Folge erhob die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 2. September 2019 Anschlussberufung. Sie verlangt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten. Beweisanträge stellte die Staatsanwaltschaft keine (Urk. 60). Mit Präsidialverfügung vom 12. September 2019 wurde die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt (Urk. 63).

5. In der Folge wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 11. Februar 2020 vorgeladen (Urk. 65). Daraufhin liess der Beschuldigte die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens beantragen (Urk. 66). Am 9. Januar 2020 reichte der Beschuldigte sodann eine schriftliche Berufungsbegründung ein (Urk. 66). Diese weist einen Umfang von 79 Seiten auf. Mit Eingabe vom 21. Januar 2020 zog die Staatsanwaltschaft die Anschlussberufung zurück und stellte Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 71). Gleichzeitig erklärte sie sich mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden (Urk. 71). Mit Präsidialverfügung vom 22. Januar 2020 wurde die schriftliche

Durchführung des Berufungsverfahrens verfügt und gleichzeitig die Ladung für die Berufungsverhandlung vom 11. Februar 2020 abgenommen. Dem Beschuldigten wurde sodann Frist anberaumt, um eine schriftliche Ergänzung der Berufungsbegründung einzureichen (Urk. 72). Mit Eingabe vom 23. Januar 2020 verzichtete der Beschuldigte auf eine Ergänzung der schriftlichen Berufungsbegründung (Urk. 74).

6. Bereits unter dem 21. August 2019 war überdies ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt worden (Urk. 57), welcher mit dem bereits bei den Akten liegenden (Urk. 7/1) inhaltlich übereinstimmt.

## **II. Umfang der Berufung**

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt (vgl. Schmid, Praxiskommentar, Zürich / St. Gallen 2009, N 1 zu Art. 402). Der Beschuldigte beantragt, es sei auf die Anklage nicht einzutreten, eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich aufzuheben und er sei von Schuld und Strafe freizusprechen (Urk. 66 S. 3). Damit sind sämtliche Ziffern des vorinstanzlichen Urteils - mit Ausnahme der Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 4) - angefochten und stehen zur Disposition. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung ist unangefochten geblieben und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO).

## **III. Prozessuales**

### **1. Nichteintreten auf die Anklage**

1.1. Der Beschuldigte rügt, dass mittels Copy-Paste der Anklagesachverhalt aus dem Strafbefehl vom 6. September 2017 übernommen und in die Anklageschrift vom 22. August 2018 eingefügt worden sei. Anstelle des 26. Juli 2017 (Datum der polizeilichen Einvernahme, Urk. 2) sei beim Tatvorgehen in der Anklageschrift

nunmehr der 12. März 2018 (Datum der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, Urk. 12) eingefügt worden, wobei dieses Datum nicht mit dem Datum bei der Rubrik "Datum und Zeit" übereinstimme. Zudem sei die im Strafbefehl ausgefallte viermonatige unbedingte Freiheitsstrafe auf eine solche von acht Monaten verdoppelt worden. Neue Straftaten seien seit Erlass des Strafbefehls nicht bekannt geworden und der Tatvorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts bzw. der rechtlichen Qualifikation sei absolut identisch. Ein solches Vorgehen sei unzulässig und widerspreche zumindest dem Fairnessgebot im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, welches verbiete, nach erfolgter Einsprache gegen die beschuldigte Person die Strafe zu verschärfen. Auch wenn der rechtswidrige Aufenthalt ein Dauerdelikt darstelle, bewirke eine Verurteilung (oder eine Bestrafung mittels Strafbefehl) eine Zäsur. Würde ein entsprechendes Vorgehen der Staatsanwaltschaft geschützt, dann bedeute dies nichts anderes, als dass die Staatsanwaltschaft nach Erlass des Strafbefehls wegen rechtswidrigen Aufenthalts und nach erfolgter Einsprache, einen "Anreiz" haben könnte und es vor allem selbst in der Hand hätte, das Strafverfahren hinauszuzögern, weil sich dann der Deliktszeitraum automatisch erweitere und sich somit das beantragte Strafmass empfindlich erhöhen liesse. Die amtliche Verteidigung kommt daher zum Schluss, dass auf die Anklageschrift vom 22. August 2018 nicht einzutreten sei. Vielmehr sei diese an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen mit der Anweisung, dem Gericht den Strafbefehl vom 6. September 2017 als Anklageschrift zu überweisen. Aus prozessökonomischen Gründen sowie mit Blick auf die bereits bestehende Verletzung des Beschleunigungsgebots könne jedoch auf eine Rückweisung verzichtet und der Strafbefehl vom 6. September 2017 als Anklageschrift behandelt werden (Urk. 66 S. 11 ff.).

1.2. Die Vorinstanz hält fest, der Erlass eines neuen Strafbefehls oder die Erhebung einer selbständigen Anklage sei nur zulässig, wenn die Abnahme weiterer Beweise zu einer geänderten Sach- oder Rechtslage mit einem anderen Strafmass oder einer anderen Sanktion bzw. einer anderen rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts oder zur Entdeckung neuer Straftaten führe. Diese Konstellationen sei in casu erfüllt. Der rechtswidrige Aufenthalt sei ein Dauerdelikt. Die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts bewirke dessen Zäsur. Indem der Beschuldigte Einsprache gegen den Strafbefehl erhoben habe, sei vorläufig keine Zäsur des

rechtswidrigen Aufenthalts eingetreten. Vielmehr habe das strafbare Verhalten des Beschuldigten während des Einspracheverfahrens angedauert, da er trotz der rechtskräftig verfügten Wegweisung in der Schweiz verblieben sei. Es liege damit ein veränderter Sachverhalt vor, weshalb die Staatsanwaltschaft nicht an ihren ursprünglichen Strafbefehl gebunden sei; das Verbot der *reformatio in peius* gelte nicht. Mit der Erhebung der Einsprache seitens des Beschuldigten sei die Staatsanwaltschaft verpflichtet gewesen, das Vorverfahren zu vervollständigen, insbesondere die nötigen Beweise (Beizug der Akten des Migrationsamtes) zu erheben und den Beschuldigten einzuvernehmen. Nach einer vertieften Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage habe die Staatsanwaltschaft eine Strafe von acht Monaten als angemessen erachtet. Da der Staatsanwaltschaft nunmehr eine Strafe über den Grenzwerten von Art. 352 Abs. 1 lit. a -d StPO als verschuldensadäquat erschienen sei, sei der Erlass eines neuen Strafbefehls nicht mehr möglich gewesen, sondern die Staatsanwaltschaft sei verpflichtet gewesen, Anklage im Sinne von Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO zu erheben (Urk. 56 S. 10).

1.3.1. Die Erwägungen der Vorinstanz sind zutreffend und zu übernehmen. Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine Busse oder eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen für ausreichend hält (Art. 352 Abs. 1 lit. a und b StPO). Nach Art. 353 Abs. 1 StPO enthält der Strafbefehl unter anderem den Sachverhalt, welcher der beschuldigten Person zur Last gelegt wird (lit. c), die dadurch erfüllten Straftatbestände (lit. d) und die Sanktion (lit. e). Die beschuldigte Person kann gegen den Strafbefehl innert 10 Tagen schriftlich Einsprache erheben (Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO). Sie muss ihre Einsprache nicht begründen (Art. 354 Abs. 2 StPO). Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO).

Wird gegen einen Strafbefehl Einsprache erhoben, so nimmt die Staatsanwaltschaft die weiteren Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind (Art. 355 Abs. 1 StPO). Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 355 Abs. 3 StPO, ob sie am Strafbefehl festhält (lit. a),

das Verfahren einstellt (lit. b), einen neuen Strafbefehl erlässt (lit. c) oder Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt (lit. d). Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft, am Strafbefehl festzuhalten, so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens; der Strafbefehl gilt als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO).

1.3.2. Die Staatsanwaltschaft kann gemäss Art. 355 Abs. 3 lit. c StPO nach einer Einsprache einen "neuen" Strafbefehl erlassen. Der Erlass eines zweiten, inhaltlich gleichlautenden Strafbefehls ist gesetzlich hingegen nicht vorgesehen und daher nicht zulässig. Für die Frage, ob ein zweiter Strafbefehl mit dem ersten identisch ist, ist auf den Schuldspruch sowie die Sanktion der Strafbefehle abzustellen. Der Lehre und Rechtsprechung folgend darf nach einer Einsprache ein zweiter Strafbefehl nur ergehen, wenn der ursprüngliche Strafbefehl bezüglich Schuldspruch und/oder Sanktion zu ändern ist (Urteile 6B\_1305/2017 vom 16. November 2018 E. 2.3; 6B\_248/2015 vom 13. Mai 2015 E. 4.1; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 11 zu Art. 355 StPO; dies., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1368; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 5 zu Art. 355 StPO; FRANZ RIKLIN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 355 StPO).

1.3.3. Voraussetzung für die Änderung des ursprünglichen Strafbefehls im Schuld- und/oder Strafpunkt ist gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung eine veränderte Beweis- und/oder Rechtslage. Verlangt wird, dass die Modifikation des Schuldspruchs und/oder der Sanktion auf eine geänderte Sach- und/oder Rechtslage zurückzuführen ist (Urteil 6B\_248/2015 vom 13. Mai 2015 E. 4.1; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.9 vom 2. Mai 2013 E. 2.1; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, a.a.O., N. 11 zu Art. 355 StPO; dies., Handbuch, a.a.O., N. 1368; RIKLIN, a.a.O., N. 4 zu Art. 355 StPO; vgl. auch SCHWARZENEGGER, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 355 StPO). Eine blosser Neubeurteilung der Sanktion bei unverändertem Sachverhalt ist nicht zulässig (Urteil 6B\_1321/2018 vom 26. September 2019 E. 1.3.3, Urteil 6B\_248/2015 vom

13. Mai 2015 E. 4.1; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrechts sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, N. 2595; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, a.a.O., N. 11 zu Art. 355 StPO). Damit wird die Möglichkeit der Neubeurteilung durch die Staatsanwaltschaft im Einspracheverfahren trotz fehlenden Verbots der reformatio in peius zugunsten des Einsprechers eingeschränkt (Urteil 6B\_1321/2018 vom 26. September 2019 E. 1.3.3, Urteil 6B\_248/2015 vom 13. Mai 2015 E. 4.1). Die Staatsanwaltschaft darf im Einspracheverfahren bei unverändertem Sachverhalt folglich keinen neuen Strafbefehl mit einer schärferen Sanktion erlassen (RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, a.a.O., N. 2595; ähnlich SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, a.a.O., N. 11 zu Art. 355 StPO). Dies ergibt sich gemäss SCHMID/JOSITSCH (Praxiskommentar, a.a.O., N. 11 zu Art. 355 StPO) und RIEDO/FIOLKA/NIGGLI (a.a.O., N. 2595) aus dem in Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO verankerten Fairnessgebot. Zulässig ist es gemäss der Rechtsprechung hingegen, in einem zweiten Strafbefehl in Berücksichtigung der tatsächlichen Argumente des Einsprechers und des daraus folgenden neuen Sachverhalts eine tiefere Sanktion auszusprechen, auch wenn in der Einsprache nicht bloss eine Reduktion des Strafmasses, sondern eine Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurde (Urteil 6B\_1321/2018 vom 26. September 2019 E. 1.3.3, Urteil 6B\_248/2015 vom 13. Mai 2015 E. 4.2 f.).

1.3.4.1. Das andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Verweilen im Lande gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist - wie der Tatbestand des Verweisungsbruchs gemäss Art. 291 StGB - ein Dauerdelikt (BGE 135 IV 6 E. 3.2 mit Hinweisen; BGE 104 IV 186 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 2.3; 6S.485/2005 vom 8. Februar 2006 E. 1.2.1). Eine Dauerstraftat liegt vor, wenn die Begründung des rechtswidrigen Zustands mit den Handlungen, die zu seiner Aufrechterhaltung vorgenommen werden bzw. mit der Unterlassung seiner Aufhebung eine Einheit bildet und das auf Fortführung des deliktischen Erfolgs gerichtete Verhalten vom betreffenden Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss mitumfasst wird (BGE 132 IV 49 E. 3.1.2.2; BGE 131 IV 83 E. 2.1.2 und 2.4.5; BGE 84 IV 17 E. 2). Das Delikt ist mit der Verwirklichung des Tatbestandes somit nicht abgeschlossen, sondern der rechtswidrige Zustand wird durch den fortdauernden Willen des Täters aufrechterhalten und erneuert sich gewis-

sermassen fortlaufend (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 2005, § 12 N. 10; CLAUS ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2005, § 10 N. 105).

Die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts bewirkt nach der Rechtsprechung dessen Zäsur. Da die Verurteilung nur die Herbeiführung und die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bis zum Urteilszeitpunkt erfasst, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil als selbständige Tat zu werten. Die Tateinheit wird durch die Verurteilung aufgehoben, und für neue Delikte gilt der Grundsatz "ne bis in idem" nicht (BGE 145 IV 449 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 2.3). In diesen Fällen ist daher eine neue Verurteilung für die vom ersten Urteil nicht erfassten Tathandlungen (vgl. BGE 118 IV 269 E. 4) möglich (Urteil des Bundesgerichts 6S.485/2005 vom 8. Februar 2006 E. 1.2.1).

1.3.4.2. Der Beschuldigte hat Einsprache gegen den Strafbefehl vom 6. September 2017 erhoben. Damit trat keine Zäsur seines rechtswidrigen Aufenthaltes in der Schweiz ein. Vielmehr dauerte sein strafbares Verhalten während des Einspracheverfahrens weiter an, da er trotz rechtskräftig verfügter Wegweisung in der Schweiz verblieb. Die Verteidigung übersieht, dass eine Zäsur nur durch eine rechtskräftige Verurteilung bewirkt werden kann, was vorliegend gerade nicht der Fall ist. Damit liegt ein veränderter Sachverhalt vor und eine Neuurteilung der Sanktion ist zulässig. Gelangt die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Neuurteilung zur Auffassung, dass eine schärfere Sanktion angemessen ist und überschreitet diese die Strafbefehlskompetenz der Staatsanwaltschaft, dann hat diese Anklage beim erstinstanzlichen Gericht zu erheben. Anlass zur Anklageschrift vom 22. August 2018 ist der durch das Verhalten des Beschuldigten verlängerte Deliktszeitraum von rund acht Monaten und offenbar neue Erkenntnisse hinsichtlich der Sach- und Rechtslage. Obgleich der Beschuldigte auch nach Erhebung der Einsprache weiterhin geständig war, war klar, dass der Beschuldigte nach wie vor in Abrede stellte, den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes erfüllt zu haben. Angesichts dessen war (weiterhin) von einer umstrittenen rechtlichen Würdigung des Verhaltens des Beschuldigten auszugehen. Bei dieser Sachlage bestand kein Anspruch des Beschuldigten auf Erledigung des Strafverfahrens

durch einen Strafbefehl. Der Staatsanwaltschaft kann daher - entgegen dem Vorbringen der Verteidigung (Urk. 66 S. 15) - nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie Anklage an das Einzelgericht erhob.

1.3.4.3. Die Verteidigung macht ferner eine unzulässige Erweiterung des Deliktszeitraums durch die Staatsanwaltschaft geltend. So habe diese ihrem Strafbefehl vom 6. September 2017 (Urk. 8) die Bestrafung des Beschuldigten für den rechtswidrigen Aufenthalt für die Dauer vom 27. November 2013 bis zum 26. Juli 2017 zugrunde gelegt. Nachdem der Beschuldigte Einsprache gegen diesen Strafbefehl erhoben habe und nach der Abnahme weiterer Beweise, habe die Staatsanwaltschaft schliesslich am 22. August 2018 (Urk. 22) Anklage gegen den Beschuldigten wegen rechtswidrigem Aufenthalt erhoben, wobei der Deliktszeitraum nun mit 27. November 2017 bis 12. März 2018 angegeben worden sei. Der Deliktszeitraum sei damit bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage von ursprünglich vier Monaten auf insgesamt acht Monate erweitert worden, was sich auch in einer Erhöhung der von der Staatsanwaltschaft beantragten Strafe niedergeschlagen habe. Ein solches Vorgehen ist nach Ansicht der Verteidigung nicht zulässig und widerspricht dem Fairnessgebot im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO (Urk. 66 S. 11 ff.).

Diesem Vorbringen der Verteidigung ist entgegenzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft bei einer Einsprache gegen einen Strafbefehl nicht an dessen ursprüngliche Fassung gebunden ist und auch das Verschlechterungsverbot in einem solchen Fall nicht gilt, sofern dem neuen Strafbefehl nicht derselbe, unveränderte Sachverhalt des alten Strafbefehls zugrunde gelegt wird (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1321/2018 vom 26. September 2019 E.1.3.3.). Dass die Staatsanwaltschaft den Deliktszeitraum in ihrer Anklage im Vergleich zu ihrem Strafbefehl vom 6. September 2017 erweiterte, weil der Beschuldigte auch nach der Erhebung seiner Einsprache gegen vorgenannten Strafbefehl nicht aus der Schweiz ausreiste, und für den nun längeren deliktischen Zeitraum auch eine höhere Strafe beantragte, ist damit nicht zu beanstanden. Der Einwand der Verteidigung, die Staatsanwaltschaft habe beim Erlass des Strafbefehls vom 6. September 2017 (Urk. 8) das Ende des Deliktszeitraum am 26. Juli 2017 belassen und nicht auf den 6. September 2017 festgesetzt (Urk. 66 S. 15) vermag daran nichts zu än-

dem. Im Übrigen hat die Vorinstanz zur Recht darauf hingewiesen, dass das Gericht nicht an das in der Anklageschrift beantragte Strafmass gebunden ist, sondern die angemessene Strafe nach den Grundsätzen und Strafzumessungsregeln von Art. 47 ff. StGB frei festsetzt (Urk. 56 S. 13; Art. 82 Abs. 4 StPO).

## **2. Verletzung des Anklageprinzips**

### 2.1. Angabe des Deliktszeitraums

2.1.1. Der Beschuldigte moniert, es sei unklar, in welchem Zeitraum er sich gemäss Auffassung der Staatsanwaltschaft "illegal" in der Schweiz aufgehalten haben soll. In der Anklageschrift vom 22. August 2018 werde unter dem Titel "Datum und Zeit" der Beginn der rechtswidrigen Handlung auf den 26. Dezember datiert, während unter dem Titel "Tatvorgehen" der 27. November 2013 als Beginn der rechtswidrigen Handlung aufgeführt sei. Auch betreffend das Ende des rechtswidrigen Aufenthaltes werde eine Auswahlendung präsentiert. Ein Mal werde unter dem Titel "Datum und Zeit", der 26. Juli 2017 (Datum der polizeilichen Einvernahme, Urk. 2) genannt, ein anderes Mal unter dem Titel "Tatvorgehen" der 12. März 2018 (Datum der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, Urk. 12). Nach Auffassung der Verteidigung wird dadurch das Anklageprinzip verletzt (Urk. 66 S. 34 ff.).

2.1.2. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, es sei der Verteidigung beizupflichten, dass der Deliktszeitraum aus der Anklageschrift nicht zweifelsfrei entnommen werden könne. Der Beschuldigte sei aber mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. November 2013 wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt worden. Der betreffende Strafbefehl sei in Rechtskraft erwachsen. Die Verurteilung habe zu einer Zäsur geführt; die Tateinheit sei aufgehoben worden und der nach der Verurteilung andauernde Verbleib in der Schweiz sei als selbständiges Delikt zu behandeln. Der "Beginn" des rechtswidrigen Aufenthalts sei daher auf den 27. November 2013 zu terminieren. Da sich der Beschuldigte aktuell immer noch in der Schweiz aufhalte, dauere sein rechtswidriger Aufenthalt weiter an. Für das "Ende" des deliktischen Verhaltens des Beschuldigten sei daher auf das spätere der beiden von der Staatsanwaltschaft genannte Datum abzustellen, mithin auf den 12. März 2018. Aufgrund des

Umstands, dass ein Dauerdelikt vorliege, lasse sich der massgebende Deliktszeitraum trotz der widersprüchlichen und unpräzisen Angaben in der Anklageschrift somit ohne Weiteres auf die Zeitperiode zwischen dem 27. November 2013 und 12. März 2018 festsetzen. Eine Verletzung des Anklageprinzips liege darin nicht vor. Dem Beschuldigten sei stets klar gewesen, wessen er konkret angeklagt werde (Urk. 56 S. 14 ff.).

2.1.3. Es ist der Vorinstanz in der Entscheidung zu folgen, dass trotz der widersprüchlichen Zeitangaben die Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklageschrift in einer Weise erfüllt ist, die es dem Beschuldigten ermöglicht hat, sich effektiv zu verteidigen. Der Anklagevorwurf wird im Kontext der weiteren Angaben im "Tatvorgehen" auch zeitlich umschrieben. Eine Beweisproblematik wird durch die vorgenommene Beschreibung der Zeit der Tatausführung unter dem Titel "Datum und Zeit" nicht eröffnet. Der Anklage zugrunde liegt ein rechtswidriger Aufenthalt des Beschuldigten in der Schweiz. Strafrechtlich entscheidet sich die Rechtsfolge danach, ob sich der Beschuldigte ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz aufgehalten hat und es ihm möglich und zumutbar war, legal aus der Schweiz auszureisen und rechtmässig in sein Heimatland zurückzukehren. Die Zeit der Tatausführung unter dem Titel "Datum und Zeit" bildet keine ausschlaggebende Angabe, mit der ein Schuldspruch steht oder fällt oder eine effektive Verteidigung behindert oder in Frage gestellt würde. Diese Zeitangabe wurde offensichtlich versehentlich aus dem Strafbefehl vom 6. September 2017 in die Anklage kopiert. Es bestand für den Beschuldigten kein Zweifel, welches Verhalten ihm vorgeworfen wird. Die Verfahrensfairness ist nicht tangiert. Der Anklagegrundsatz (Art. 9 Abs. 1 StPO) ist nicht verletzt.

## 2.2. Haftzeiten und Geburtsdatum des Beschuldigen

2.2.1. Die Verteidigung rügt sodann, dass in der Anklageschrift vom 22. August 2018 die Haft vom 26. Juli 2017, 08:00 Uhr, bis 27. Juli 2017, 09:20 Uhr, falsch berechnet bzw. das Ende der Haft falsch erfasst worden sei (der Beschuldigte sei frühestens am 28. Juli 2017 aus der Haft entlassen worden). Zudem sei die Haft vom 25. April 2017 von 03:10 Uhr bis 04:54 Uhr vergessen worden. Und ferner sei auch das Geburtsdatum des Beschuldigten falsch wiedergegeben worden:

Der Beschuldigte sei am tt. März 1975 und nicht am tt. Januar 1975 geboren (Urk. 66 S. 37).

2.2.2. Es nicht ganz klar, was die Verteidigung daraus ableiten will: Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass die angeblich nicht zutreffenden Angaben zu den Haftzeiten und zum Geburtsdatum von untergeordneter Bedeutung sind und eine wirksame Verteidigung nicht verunmöglicht haben. Dies wird ausdrücklich anerkannt (Urk. 66 S. 37). Aus welchem Grund die Staatsanwaltschaft nicht in der Lage war, die Haftzeiten und das Geburtsdatum des Beschuldigten korrekt anzugeben und ob die für die Verteidigung nachvollziehbar ist, ist vorliegend nicht von Relevanz. Eine Verletzung des Anklageprinzips liegt nicht vor.

### 2.3. Nichterwähnung des Zeitraums des Wiedererwägungsgesuches

2.3.1. Die Verteidigung beanstandet, dass es auf jeden Fall nicht ersichtlich sei, weshalb der in der Anklageschrift vom 22. August 2018 explizit erwähnte Aufenthalt des Beschuldigten in der JVA Realta vom 11. März 2014 bis 9. Juni 2014 legal, der in der Anklageschrift nicht aufgeführte Aufenthalt während dem ebenfalls aktenkundigen - beim Staatsekretariat für Migration (SEM) und Bundesverwaltungsgericht hängigen - Wiedererwägungsverfahren vom 5. Dezember 2014 bis 27. Januar 2015 und vom 1. Juli 2015 bis 9. Juli 2015 jedoch illegal gewesen sein soll. Dass sich die Anklage darüber ausschweige sei - entgegen der Annahme der Vorinstanz - mit dem Anklageprinzip nicht vereinbar (Urk. 66 S. 37 f.).

2.3.2. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten stets bewusst gewesen sein musste, dass sich der Anklagevorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts auf den Zeitraum vom 27. November 2013 bis 12. März 2018 bezog. Im Gegensatz zum Zeitraum, in welchem der Beschuldigte zum Vollzug einer Freiheitsstrafe in der JVA Realta inhaftiert war, erwähnte die Anklageschrift den Zeitraum, während welchem das Wiedererwägungsgesuch beim SEM und beim Bundesverwaltungsgericht pendent war, nicht. Der Beschuldigte musste also davon ausgehen, dass die Staatsanwaltschaft diese Zeitspanne nicht vom Deliktszeitraum ausnahm. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung monierte die Verteidigung denn auch die Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft. Inwiefern mit der Nichterwähnung des Zeitraums des Wiedererwägungsgesuchs das

Anklageprinzip verletzt sein soll, erschliesst sich nicht. Es handelt sich hierbei vielmehr - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 56 S. 16 f.) - um eine Rechtsfrage.

#### 2.4. Keine Umschreibung der Unterlassung in der Anklageschrift

2.4.1. Die Verteidigung rügt eine (weitere) Verletzung des Anklageprinzips, indem sie geltend macht, dass der in der Anklageschrift wiedergegebene Anklagesachverhalt von einem aktiven Begehen ausgehe. Tatsächlich handle es sich beim Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts um ein Unterlassungsdelikt, weshalb die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift insbesondere konkret hätte umschreiben müssen, an welche Unterlassungen sie den Deliktsvorwurf knüpfte, und zudem hätte belegen müssen, dass der Beschuldigte die Möglichkeit gehabt habe, den verpönten Erfolg zu verhindern, mithin Tatmacht gehabt habe. Indem es die Staatsanwaltschaft versäumt habe, konkret zu umschreiben, inwiefern der Beschuldigte bei der irakischen Botschaft hätte Papiere beschaffen und in den Nordirak gelangen können, liege eine Verletzung der Anklageschrift vor (Urk. 66 S. 55 ff.).

2.4.2. Die Vorinstanz hat hiezu im Wesentlichen unter Hinweis auf den bundesgerichtlichen Entscheid 6P.151/2002 vom 5. März 2003 und den obergerichtlichen Entscheid SB130006 vom 7. Mai 2013 erwogen, dass bei Unterlassungsdelikten - wie dem vorliegenden - die Anklageschrift unter anderem bezeichnen müsse, welche Handlungen geboten gewesen wären. Umschreibe die Anklageschrift das dem Beschuldigten vorgeworfene strafbare Verhalten jedoch als aktives Tun, verletze der Schuldspruch wegen einer Unterlassung das Anklageprinzip. Es könne allerdings nicht darauf ankommen, ob der Anklagesachverhalt als aktives Tun oder als Unterlassen geschildert werde, sondern es sei allein massgebend, ob sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden seien, aus denen auch auf eine Unterlassung geschlossen werden könne, selbst wenn der Sachverhalt als aktives Tun umschrieben werde. Vorliegend seien sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden, um dem Beschuldigten eine Unterlassung vorzuwerfen: seine Stellung als weggewiesener Asylbewerber, der Ablauf der Ausreisefrist am 28. Januar 2010 und die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands vom 27. November

2013 bis zum 12. März 2018 in der Schweiz. Die Unterlassung, d.h. die nicht erfolgte fristgerechte Ausreise, ergebe sich zwanglos daraus, dass sich der Beschuldigte im massgebenden Zeitraum noch in der Schweiz aufgehalten habe. Die Unterlassung sei somit logisch in der Schilderung des rechtswidrigen Zustandes enthalten. Unter diesen Voraussetzungen - so die Vorinstanz folgernd - werde das Anklageprinzip nicht verletzt (Urk. 56 S. 17).

2.4.3. Wie vorstehend bereits erwogen (vgl. Erwägungen 2.1.3) kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat (Art. 9 Abs. 1 StPO). Was unter einem "genau umschriebenen Sachverhalt" konkret zu verstehen ist, führt Art. 325 StPO näher aus, welche Bestimmung den Inhalt der Anklageschrift festlegt. Die sich aus dem Anklageprinzip ergebenden Anforderungen an die Anklageschrift sind in den lit. f und g dieser Bestimmung ausformuliert: "Die Anklageschrift bezeichnet: ... möglichst kurz, aber genau: die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (sowie) die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Der Beschuldigte muss aus der Anklage ersehen können, wessen er angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (BGE 143 IV 63 E. 2.2).

2.4.4. Die Kritik der Verteidigung geht ins Leere. Die Anklageschrift hat den Sachverhalt so darzustellen, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (BGE 126 I 19 E. 2a). Im Grundsatz gehört dazu die Angabe sämtlicher Sachverhaltselemente die notwendig sind, um den Sachverhalt unter den als anwendbar erachteten Straftatbestand zu subsumieren. Ein Sachverhalt, der sich dem als anwendbar erklärten Tatbestand nicht zuordnen lässt, kann nicht Grundlage einer Verurteilung bilden. Bei Unterlassungsdelikten muss die Anklageschrift unter anderem bezeichnen, welche Handlungen geboten

gewesen wären (BGer 6P.151/2002 vom 5. März 2003, E. 3; 6P.1/2006 vom 9. Juni 2006, E. 1.4.1.). Wo die Anklageschrift aktives Tun umschreibt, ist eine Verurteilung wegen Unterlassung nicht möglich (BGer 6P.1/2006 vom 9. Juni 2006, E. 1.4.1.). Die Staatsanwaltschaft schliesst, der Beschuldigte habe sich trotz Kenntnis des Umstandes, dass das Bundesamt für Migration mit Verfügung vom 14. Januar 2010 auf sein Asylgesuch nicht eingetreten und er gleichzeitig angewiesen worden sei, das Land unverzüglich zu verlassen, vom 27. November 2013 bis 12. März 2018 weiterhin in der Schweiz aufgehalten. Der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt ist zwar in der Anklageschrift als aktives Tun dargestellt. Wie die Vorinstanz aber zu Recht betont, ist entscheidend, ob in der Anklageschrift sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden sind, aus denen *auch* auf eine Unterlassung geschlossen werden kann. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass im streitbetroffenen Anklagesachverhalt sämtliche Sachverhaltselemente vorhanden sind, um dem Beschuldigten eine Unterlassung vorzuwerfen. Die Unterlassung ergibt sich zwangslos daraus, dass sich der Beschuldigte im massgeblichen Zeitraum noch in der Schweiz aufgehalten hat und nicht ausgereist ist. Für den Beschuldigten war ohne weiteres erkennbar, dass ihm der Vorwurf gemacht wird, gewusst zu haben, dass er aufgrund des abschlägigen Asylentscheids die Schweiz zu verlassen hatte. Die Anklageschrift enthält in casu - wie von der Verteidigung geltend gemacht (Urk. 66 S. 55 und S. 57) - die massgeblichen einzelnen Vorgänge und Sachverhalte, die den einzelnen Merkmalen des Straftatbestandes entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_638/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 1.4.2.). Die Anklageschrift ist keine "Subsumtionskrücke"; entscheidend ist allein, dass sich der geschilderte Lebensvorgang unter den Straftatbestand subsumieren *lässt*. Eine Gesamtbetrachtung der Anklageschrift ergibt daher, dass das Anklageprinzip nicht verletzt ist.

### **3. Verletzung des Beschleunigungsverbots**

3.1. Die Verteidigung macht geltend, es liege eine massive Verletzung des Beschleunigungsgebotes gemäss Art. 5 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor. Die Vorinstanz habe zwar korrekterweise eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes festgestellt, deren Schwere jedoch falsch gewichtet. Nicht zutreffend sei vor allem die vorinstanzliche Erwägungen, wonach

die Verfahrensverzögerung (nur) im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sei (Urk. 66 S. 8). Zur Begründung führt die Verteidigung an, das Verfahren habe bis zum Zeitpunkt der (abgenommenen) Berufungsverhandlung bisher beinahe drei Jahre gedauert und es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine derart lange Verfahrensdauer legitimiert werden könnte, zumal das Verfahren in tatsächlicher Hinsicht nicht als besonders schwierig oder aufwändig eingestuft werden könne. Das seit drei Jahren andauernde Strafverfahren sei gesundheitlich sehr belastend für den Beschuldigten. Er leide namentlich unter Stress, Kopf- und Rückenschmerzen sowie Bluthochdruck (Urk. 66 S. 7 ff.).

3.2. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Strafzumessung den Verfahrensablauf - mit Ausnahme des Umstandes, dass der Beschuldigte am 25. April 2017 durch die Stadtpolizei Zürich wegen Verdachts auf Widerhandlung gegen das AuG vorläufig festgenommen wurde, mithin das vorliegende Strafverfahren bereits in diesem Zeitpunkt und nicht erst mit der polizeilichen Einvernahme vom 26. Juli 2017 ins Rollen kam (vgl. Urk. 1 und 2) - detailliert und korrekt beschrieben. Es kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 56 S. 57). Die Erstinstanz stellte dabei fest, dass im Zeitraum zwischen der Einsprache gegen den Strafbefehl am 3. Oktober 2017 und der Anklageerhebung am 22. August 2018, mithin während fast elf Monaten, keine relevanten Untersuchungshandlungen vorgenommen worden seien. Der Beschuldigte sei einzig am 12. März 2018 durch die Staatsanwaltschaft einvernommen worden, wobei dem Beschuldigten anlässlich dieser Einvernahme nur der Anklagesachverhalt vorgehalten worden sei. Diese Untätigkeit der Staatsanwaltschaft sei zu lang und verstosse unbesehen der allfällig erhöhten Geschäftslast der Untersuchungsbehörde gegen das Beschleunigungsgebot, zumal sich die Sache als nicht besonders komplex dargestellt habe, der Beschuldigte von Anfang an geständig gewesen sei und kooperiert habe, abgesehen von zwei Aktenbeizügen keine weiteren Beweiserhebungen zu tätigen gewesen seien und der Aktenumfang entsprechend überschaubar geblieben sei, Hinzu komme, dass das Strafverfahren sehr belastend auf den Beschuldigten auswirke. In der Folge berücksichtigte die Vorinstanz die Verletzung des Beschleunigungsgebots im Rahmen der Strafzumessung als leicht strafmildernd (Urk. 56 S. 57 f.).

3.3. Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV). Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermittelt diesbezüglich keinen weitergehenden Schutz als Art. 29 Abs. 1 BV (BGE 143 IV 373 E. 1.3.1; BGE 133 IV 58 E. 8; BGE 130 IV 54 E. 3.3.1; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 5 Abs. 1 StPO nehmen die Strafbehörden die Strafverfahren unverzüglich an die Hand und bringen sie ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss. Das Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, ein Strafverfahren mit der gebotenen Beförderung zu behandeln, nachdem die beschuldigte Person darüber in Kenntnis gesetzt wurde. Sie soll nicht länger als notwendig den Belastungen eines Strafverfahrens ausgesetzt sein (BGE 133 IV 158 E. 8). Die Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer entzieht sich starren Regeln. Ob sich die Dauer als angemessen erweist, ist in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen (BGE 130 I 312 E. 5.2 mit Hinweisen).

3.4. Vorliegend ist unbestritten, dass das Beschleunigungsgebot verletzt wurde. Die Vorinstanz erachtete die Dauer zwischen der Einsprache des Beschuldigten gegen den Strafbefehl am 3. Oktober 2017 und der Anklageerhebung am 22. August 2018 zu Recht als zu lang.

3.5.1. Folgen einer Verletzung des Beschleunigungsgebots sind meistens die Strafreduktion, manchmal der Verzicht auf Strafe oder, als ultima ratio in Extremfällen, die Einstellung des Verfahrens (BGE 143 IV 373 E. 1.4.1 und 1.4.2; BGE 135 IV 12 E. 3.6; BGE 133 IV 158 E. 8; BGE 130 I 112 E. 5.3; BGE 130 IV 54 E. 3.3.1; BGE 117 IV 124 E. 4d; Urteil 6B\_462/2014 vom 27. August 2015 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 141 IV 369; je mit Hinweisen). Bei der Frage nach der sachgerechten Folge ist zu berücksichtigen, wie schwer die beschuldigte Person durch die Verfahrensverzögerung getroffen wurde, wie gravierend die ihr vorgeworfenen Taten sind und welche Strafe ausgesprochen werden müsste, wenn das Beschleunigungsgebot nicht verletzt worden wäre. Rechnung zu tragen ist auch den Interessen der Geschädigten und der Komplexität des Falls. Schliesslich ist in Betracht zu ziehen, wer die Verfahrensverzögerung zu vertreten hat (BGE 143 IV 373 E. 1.4.1 und 1.4.2; BGE 117 IV 124 E. 4e).

3.5.2. Erstrangige Folgen einer Verletzung des Beschleunigungsgebots sind die Strafreduktion und allenfalls der Verzicht auf Strafe. Eine Verfahrenseinstellung kommt nur in Extremfällen in Betracht, wenn die Verfahrensverzögerung dem Betroffenen einen Schaden von aussergewöhnlicher Schwere verursachte (BGE 143 IV 373 E. 1.4.1 und 1.4.2; BGE 133 IV 158 E. 8 mit Hinweis). Gemäss den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 66 S. 7 f.) und den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 56 S. 57) ist das Strafverfahren bzw. die Verfahrensverzögerung sehr belastend für den Beschuldigten. Aus dieser Formulierung lässt sich nicht herauslesen, dass dem Beschuldigten ein solcher Schaden in aussergewöhnlicher Schwere erwachsen ist. Selbst die Verteidigung argumentiert an anderer Stelle nicht damit, dass ein Extremfall vorliege. Sie hält "lediglich" dafür, dass die Verfahrensverzögerung nicht dazu führen dürfe, dass das ab dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende und für den Beschuldigten nachteilige neue Sanktionenrecht zur Anwendung gelange (Urk. 66 S. 10). Dass ein solcher Extremfall vorliegen könnte, zog die Vorinstanz angesichts der Gesamtumstände zu Recht überhaupt nicht in Erwägung. Dementsprechend kommt vorliegend ein Strafverzicht oder gar eine Einstellung des Verfahrens nicht in Frage. An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass es im Berufungsverfahren zwischen dem Abschluss des Schriftenswechsels Ende Januar 2020 (Urk. 74) bis zur heutigen Entscheidfällung zu einer erneuten Verzögerung gekommen ist.

#### **4. Verletzung des rechtlichen Gehörs**

4.1. Der Beschuldigte hatte im Vorverfahren mehrere Beweisanträge gestellt. So ersuchte er die Staatsanwaltschaft unter anderem darum, es seien die vollständigen Akten der Migrationsämter der Kantone Zürich und Thurgau und die vollständigen Vollzugsunterstützungsakten des Staatssekretariats für Migration (SEM) einzureichen (Urk. 18). Die Staatsanwaltschaft wies die betreffenden Beweisanträge mit Verfügung vom 21. August 2018 ab. Zur Begründung hielt sie dafür, die

notwendigen Akten der beiden erwähnten Migrationsämter und des SEM seien bereits beigezogen. Daraus ergäben sich die erforderlichen Informationen betreffend die Vollstreckung (Urk. 19). Der Beschuldigte rügt eine Verletzung der Aktenbeizugspflicht. Er habe in der Folge die betreffenden Akten selber einreichen müssen. Er erblickt darin einen Gehörmangel (Urk. 67 S. 18 ff.). Die Vorinstanz hat sich hiezu nicht geäußert.

4.2. Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher einen wichtigen und deshalb eigens aufgeführten Teilaspekt des allgemeineren Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt, ergibt sich für die beschuldigte Person das grundsätzlich uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (vgl. zudem Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO) und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E 2.2 S. 89; Urteil 6B\_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.1; je mit Hinweisen). Das Akteneinsichtsrecht soll sicherstellen, dass die beschuldigte Person als Verfahrenspartei von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und sich wirksam und sachbezogen verteidigen kann. Die effektive Wahrnehmung dieses Anspruchs setzt notwendigerweise voraus, dass die Akten vollständig sind. In einem Strafverfahren bedeutet dies, dass die Beweismittel, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Hauptverhandlung erhoben werden, in den Untersuchungsakten vorhanden sein müssen und dass aktenmässig belegt sein muss, wie sie produziert wurden. Damit soll die beschuldigte Person in die Lage versetzt werden zu prüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann. Dies ist Voraussetzung dafür, dass sie ihre Verteidigungsrechte überhaupt wahrnehmen kann, wie dies Art. 32 Abs. 2 BV verlangt (BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88 f.; Urteile 6B\_376/2018 vom 25. September 2018 E. 5.1; 6B\_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3).

4.3. Wie erwähnt wurden die Beweisanträge der Verteidigung betreffend den Beizug der vollständigen Akten der Migrationsämter der Kantone Zürich und Thurgau sowie der vollständigen Vollzugsunterstützungsakten des SEM von der Staatsan-

waltschaft am 21. August 2018 abgewiesen (Urk. 18 und 19). Mit Verfügung vom 29. Januar 2019 wurde dem Beschuldigten vom Einzelgericht Frist angesetzt, um Beweisanträge zu stellen (Prot. I S. 2; Dispositivziffer 8). In der Folge reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 6. Februar 2019 die oberwähnten Akten dem Einzelgericht ein. Beweisanträge stellte er keine, auch nicht im Rahmen der Vorfragen anlässlich der Hauptverhandlung. Nachdem die Verteidigung die zum Beizug beantragten Akten selber ins Recht gelegt hat, kann davon ausgegangen werden, dass sie von diesen auch entsprechend Kenntnis genommen hat und sich wirksam und sachbezogen verteidigen konnte. Die Verteidigung rügt denn auch nicht, es sei ihr das Akteneinsichtsrecht nicht gewährt worden. Inwiefern dem Beschuldigten mit dem Nichtbezug der Akten seitens der Staatsanwaltschaft das rechtliche Gehör verweigert wurde, ist nicht ersichtlich.

## **5. Verletzung der Teilnahmerechte**

5.1. Die Verteidigung beanstandete anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, dass der "Fragenkatalog rechtswidriger Aufenthalt abgewiesener Asylbewerber" vom 28. Juni 2017 (Urk. 6/3) sowie die schriftlichen Auskünfte bzw. der Bericht des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 26) bzw. vom 8. April 2019 (Urk. 40) nicht zulasten des Beschuldigten verwendet werden dürfen (Urk. 66 S. 21 ff.).

5.2. Die Vorinstanz erwog hiezuvunächst, dass dem Beschuldigten der vom Migrationsamt des Kantons Thurgau ausgefüllte "Fragenkatalog rechtswidriger Aufenthalt abgewiesener Asylbewerber" vom 28. Juni 2017 vor Erlass des Strafbefehls vom 6. September 2017 nicht vorgehalten worden sei. Er - der Beschuldigte - habe daher keine Gelegenheit gehabt, sich dazu zu äussern. Damit seien die Teilnahmerechte des Beschuldigten verletzt worden und der betreffende Fragenkatalog dürfe nur zu Gunsten des Beschuldigten verwendet werden (Urk. 56 S. 20 f.). Alsdann erwog die Vorinstanz, die schriftliche Auskunft des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 26) und der Bericht des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40) seien ein gemäss Art. 195 StPO verwertbares Beweismittel. Die schriftliche Auskunft des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 28) sei zwar ohne Information des Beschuldigten bzw. der Verteidigung erfolgt. Da die Vorinstanz diese schriftlichen Auskunft jedoch mit Verfügung vom 29. Januar 2019 der Verteidigung zugestellt

habe, seien die Teilnahme- und Fragerechte des Beschuldigten ausreichend gewahrt worden (Urk. 56 S. 21). Nachdem die Vorinstanz dem SEM sowie den beiden Migrationsämtern der Kantone Zürich und Thurgau den Fragenkatalog habe zukommen lassen, habe das SEM die Fragen beantwortet. Dieses Antwortschreiben sei der Verteidigung umgehend zugestellt worden, weshalb auch in Bezug auf den Bericht des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40) die Teilnahme und Fragerechte des Beschuldigten ausreichend gewahrt seien (Urk. 56 S. 22).

5.3.1. Die Verteidigung erachtet die Erwägungen der Vorinstanz als nicht überzeugend. Sie moniert zunächst, dem Beschuldigten sei betreffend den "Fragenkatalog rechtswidriger Aufenthalt abgewiesener Asylbewerber" kein Teilnahmerecht bzw. kein rechtliches Gehör gewährt worden, womit der Fragebogen mit der Vorinstanz nicht zu seinen Ungunsten verwendet werden dürfe. Nur bringe das dem Beschuldigten nicht sonderlich viel. Denn aufgrund der Antworten in diesem Fragebogen sei seitens der Stadtpolizei Zürich entschieden worden, dass eine Zuführung an die Staatsanwaltschaft bzw. eine Bestrafung möglich sei (Urk. 66 S. 22 f.).

Es ist (auch) hier nicht ganz klar, was die Verteidigung mit ihren Ausführungen eigentlich will. Die Vorinstanz hat im Sinne der Verteidigung erwogen, dass aufgrund der Verletzung der Teilnahmerechte des Beschuldigten der erwähnte Fragenkatalog nur zu Gunsten des Beschuldigten verwertet werden darf. Ob dies dem Beschuldigten "viel bringe oder nicht" hatte die Vorinstanz nicht zu entscheiden. Ebenso wenig zielführend sind die weiteren Ausführungen der Verteidigung, dass nicht ersichtlich sei, welche Person diesen Fragebogen ausgefüllt habe, dass Sachbearbeiterinnen oder Sachbearbeiter des Migrationsamts oft einen kaufmännischen Hintergrund haben, dass nicht nachvollziehbar sei, inwiefern ein unbekannter Sachbearbeiter, höchstwahrscheinlich ohne juristischen Hintergrund, einen "Fragenkatalog rechtswidriger Aufenthalt abgewiesener Asylbewerber" ausfülle, der komplexe und selber für Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte nicht einfach zu beantwortende Fragen aufwerfe, und dass solche Fragen nicht durch einen unbekanntem Sachbearbeiter zuhanden der Stadtpolizei Zürich beantwortet werden könnten (Urk. 66 S. 23 f.). Alle diese Ausführungen gehen an der Sache vorbei und erweisen sich vorliegend als nicht relevant.

5.3.2.1. Die Verteidigung wendet ein, dass die Staatsanwaltschaft bzw. die Vorinstanz bei der Einholung der Amtsberichte vorgängig der Verteidigung den Fragenkatalog hätte zustellen und ihr Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen hätte geben sollen. Vor allem hätte Staatsanwaltschaft und die Erstinstanz dem Beschuldigten die schriftliche Auskunft des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 26) und den Bericht des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40) vorhalten und ihr Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen ansetzen müssen. Die habe die Staatsanwaltschaft bzw. die Vorinstanz nicht getan und damit die Teilnahme und Fragerechte des Beschuldigten verletzt. Die beiden Amtsberichte seien daher (ebenfalls) nur zu Gunsten des Beschuldigten verwertbar (Urk. 66 S. 24 ff.).

5.3.2.2. Die Einholung amtlicher Berichte durch Strafbehörden über Vorgänge, die im Strafverfahren bedeutsam sein können, ist in Art. 195 Abs. 1 StPO – welcher einen Sonderfall von Art. 145 StPO regelt – ausdrücklich vorgesehen. Von Gutachten unterscheiden sich amtliche Berichte dadurch, dass zum einen für deren Erstellung nicht die besonderen Voraussetzungen gemäss Art. 183 ff. StPO einzuhalten sind und dass diese zum anderen in der Regel nicht besondere Fachkenntnisse erfordern bzw. dass diese Fachkenntnisse zur Erstellung eines Berichts oder Zeugnisses nur in geringem Umfang eingesetzt werden müssen. Als amtliche Berichte gelten etwa schriftliche Feststellungen der Polizei über den technischen Zustand eines Fahrzeuges, polizeiliche Berechnungen von Geschwindigkeiten aufgrund von standardspezifischen Schablonen, polizeiliche Auswertungen von Fahrtenschreibern, Berichte betreffend die Eichung eines Messgeräts etc. (vgl. DONATSCH, in: Donatsch/ Lieber/ Summers/ Wohlers [Hrsg.], Kommentar StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 195 N 5 und N 11 f.). Die als Beweismittel vorgesehenen Amtsberichte stellen auch einen verfahrensökonomischen Ersatz für eine Einvernahme eines Beamten oder Behördenmitglieds als Zeugen dar; da sich die befragten Personen ohnehin regelmässig auf ihre Unterlagen stützen müssen, dürften solche Amtsberichte häufig prozessökonomischer und sachdienlicher als Zeugeneinvernahmen sein (vgl. SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 195 N 1). Problematisch ist bei einer derartigen Beweiserhebung, dass Teilnahmerechte, namentlich dem Recht des Beschuldigten auf Stellung von Ergänz-

zungsfragen nicht genügend Rechnung getragen wird, es sei denn, dieses Recht wird nachträglich noch gewährt. Werden die Teilnahmerechte nicht hinreichend gewährt, dürfen schriftliche Berichte nicht zu Lasten der betroffenen Partei verwertet werden (HÄRING, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO I, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 145 N 11).

5.3.2.3. Zutreffend ist, dass die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz dem Beschuldigten bei der Einholung der Auskunft bzw. des Berichts den Fragenkatalog für das SEM nicht vorgängig zugestellt hat. Mithin hatte der Beschuldigte keine Gelegenheit vorgängig Ergänzungsfragen stellen. Die Vorinstanz hat die schriftliche Auskunft des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 26), inklusive das Amtshilfesuch der Staatsanwaltschaft vom 30. Oktober 2018 (Urk. 24) und das E-Mail des SEM vom 12. November 2018 (Urk. 25) dem Beschuldigten aber mit Verfügung vom 29. Januar 2019 (Prot. I S. 2) zugestellt. Mithin wurde ihm der Inhalt dieser Unterlagen zur Kenntnis gebracht bzw. "vorgehalten". Gleichzeitig ist ihm Frist zur Stellung von Beweisanträgen angesetzt worden. Innert der anberaumten Frist hat der Beschuldigte aber keine Beweisanträge gestellt, insbesondere hat er keine Ergänzungsfragen zu den Auskünften des SEM beantragen lassen. Die Teilnahme- und Fragerechte des Beschuldigten wurden daher gewährt.

Den Bericht des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40), inklusive die Auskunftersuchen (beinhaltend den Fragenkatalog) an das SEM und die Migrationsämter der Kantone Zürich und Thurgau (Urk. 37/1.3) hat die Vorinstanz dem Beschuldigten sodann am 10. April 2019 (Urk. 42/1) zukommen lassen. Mithin wurde ihm der Inhalt dieser Unterlagen (ebenfalls) zur Kenntnis gebracht bzw. "vorgehalten". Zutreffend ist allerdings, dass dem Beschuldigten nicht Frist angesetzt wurde, um entsprechende Ergänzungsfragen zu stellen, was der Beschuldigte kritisiert, indem er geltend macht, das rechtliche Gehör und die Teilnahme- und Fragerechte seien eine "Bringschuld" der Verfahrensleitung bzw. der Strafbehörden (Urk. 67 S. 27). Die Kritik des Beschuldigten ist unbegründet. Zum einen hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, der Beschuldigte habe sich in seiner Eingabe vom 26. April 2019 nicht zum Bericht des SEM vom 8. April 2019 geäußert und keine zusätzlichen Auskünfte beantragt (Urk. 56 S. 22). Insbesondere hat er auch nicht beantragt, es sei ihm formell Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen anzusetzen.

Zum andern legt der Beschuldigte nicht dar, inwieweit eine Fristansetzung zur Stellung von Ergänzungsfragen an den Beamten des SEM erforderlich gewesen sein soll und welche über die im Amtsbericht vom 8. April 2019 hinausgehenden Informationen der Beamten hätten liefern können. Dies ist auch nicht ersichtlich.

5.3.2.4. Nicht nachvollziehbar ist schliesslich auch das Vorbringen der Verteidigung, wonach die beiden Berichtersteller des SEM, B.\_\_\_\_\_ (Urk. 25 und Urk. 26) und C.\_\_\_\_\_ (Urk. 37/1-3 und Urk. 40) auf ihre Rechte und Pflichten im Sinne von Art. 162 StPO hätten aufmerksam gemacht werden müssen (Urk. 66 S. 28). Schriftliche Berichte nach Art. 145 StPO können ausnahmsweise an Stelle einer Einvernahme von Beschuldigten, Auskunftspersonen oder Zeugen oder zu ihrer Ergänzung eingeholt werden. Amtliche Berichte nach Art. 195 StPO werden von Beamten erstellt. Hierbei braucht es keine Belehrungen über Rechte und Pflichten. Die Kritik der Verteidigung ist nicht zielführend. Die schriftliche Auskunft des SEM vom 13. November 2018 (Urk. 26) und der Bericht des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40) sind somit verwertbar.

## **6. Kein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK**

6.1. Die Verteidigung stellt sich aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller von der Staatsanwaltschaft gemachter prozessualer Fehler auf den Standpunkt, dass das vorliegende Strafverfahren insgesamt nicht mehr fair im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewesen sei und es für den Beschuldigten nicht möglich gewesen sei, sich gehörig zu verteidigen. Bereits aus all diesen prozessualen Gründen sei das vorliegende Strafverfahren mit so gravierenden Mängeln behaftet, dass der Anklage die Grundlage entzogen und der Strafbefehl vom 6. September 2017 bzw. die Anklageschrift vom 22. August 2018 aufzuheben sei (Urk. 66 S. 30 ff.).

6.2. Verfahrensfairness ist ein Grundsatz des schweizerischen Strafverfahrensrechts (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO). Fairness ist eine Qualität des Verhaltens; der Gedanke der Fairness hat eine deontologische Struktur (ROXIN/GRECO, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, S. 54, Rz. 49c). Strafverfahrensrechtlich wirkt sich Unfairness in einer Regelverletzung aus, die im Einzelnen der Darlegung bedarf, inwiefern der angefochtene Akt die StPO, in der die Verfahrensregeln differenziert normiert sind, verletzt.

6.3. Die Rüge der Verteidigung verfängt nicht. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 56 S. 23) und vorstehend erwogen wurde, erweisen sich die Beanstandungen der Verteidigung betreffend die prozessualen Fehler im vorliegenden Strafverfahren als unbegründet. Weitere Ausführungen hiezu erübrigen sich daher.

#### **IV. Sachverhalt**

1. In der Anklageschrift vom 22. August 2018 (Urk. 22) wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, sich in Kenntnis seines abschlägigen Asylentscheids vom 14. Januar 2010 und der gleichzeitigen Ausreiseaufforderung des Bundesamtes für Migration (fortan BFM) seit der letzten Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Zürich Limmat wegen illegalem Aufenthalt vom 27. November 2013 bis 12. März 2018 weiterhin in der Schweiz aufgehalten zu haben. Der Beschuldigte sei nicht aus der Schweiz ausgereist, obwohl er gewusst habe, dass er sich illegal in der Schweiz aufhalte, was er auch gewollt bzw. billigend in Kauf genommen habe.

1.2. Der Beschuldigte zeigte sich hinsichtlich des ihm zur Last gelegten Verhaltens geständig. So anerkannte er, dass er sich seit seiner letzten Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. November 2013 illegal in der Schweiz aufhalte (Urk. 3 S. 2 ff., act. 12 S. 3 ff. und act. 45 S. 6 f.). Dem Beschuldigten war auch bekannt, dass sein Asylgesuch abgelehnt worden und er zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet war (Urk. 2. S. 2; Urk. 12 S. 3 f.; Urk. 45 S. 5 ff.). Eine Rückkehr in den Irak wird vom Beschuldigten denn auch ausgeschlossen (Urk. 2 S. 3; Urk. 3 S. 3; Urk. 45 S. 10 f.). Der Anklagesachverhalt ist damit rechtsgenügend erstellt.

2. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte im Zeitraum vom 11. März 2014 bis 9. Juni 2014, in welchem er sich im Vollzug in der JVA Realta befand, nicht rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten hat. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 56 S. 23 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.1. Das weitere Vorbringen der Verteidigung betreffend die Anzahl der Einvernahmen und deren konkreten Erkenntnisgewinn (Urk. 66 S. 33) geht an der Sache vorbei, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.2. Die Verteidigung führt im Zusammenhang mit der Sachverhaltserstellung weiter aus, dass die beigezogenen Migrationsakten nicht zulasten des Beschuldigten verwertbar seien (Urk. 66 S. 33). Der Verteidigung ist beizupflichten, dass der Beizug von Akten eines Migrationsverfahrens zu einer Kollision der im migrationsrechtlichen Verfahren geltenden Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 4 AsylG und Art. 90 AuG mit dem im strafrechtlichen Verfahren verankerten nemo tenetur-Grundsatz führt (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB190320 vom 15. November 2019 Erw. II.6.2.; vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, in: Plädoyer 5/2016 S. 121 f.; THOMAS SCHAAD, Verhältnis zwischen der ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht und den strafprozessualen Verweigerungsrechten, in: Jusletter vom 20. März 2017; vgl. auch MAGDA ZIHLMANN, Anwendbarkeit von nemo tenetur im KESR-Verfahren und Auswirkungen auf die Verwertbarkeit im parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren, in: forumpoenale 2/2018 S. 125 ff.). Allerdings steht der nemo tenetur-Grundsatz der Verwertung von Aktenstücken aus dem migrationsrechtlichen Verfahren nicht entgegen, solange diese von den Behörden unabhängig vom Willen des Beschuldigten erlangt werden konnten. Es ist in casu nicht ganz klar, was die Verteidigung im Zusammenhang mit der Erstellung des Sachverhalts mit diesen Vorbringen überhaupt will. Der Sachverhalt ist - wie vorstehend aufgezeigt - rechtsgenügend erstellt. Weitere Ausführungen hiezu erübrigen sich daher.

## **V. Rechtliche Würdigung**

1. Am 1. Januar 2019 ist das neue Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) in Kraft getreten. Der Beschuldigte hatte das ihm zur Last gelegte Verhalten noch vor Inkrafttreten des AIG begangen. Da sowohl das AIG in dessen Art. 115 als auch das im Zeitpunkt der Tat in Kraft stehende AuG in dessen

Art. 115 für den rechtswidrigen Aufenthalt eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsehen, erweist sich das neue Recht nicht als das mildere. Zur Anwendung gelangt deshalb das AuG (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG).

2. Des rechtswidrigen Aufenthalts macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts in der Schweiz aufhält (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG). Das Nichtverlassen des Landes nach Ablauf des bewilligten Aufenthalts ist bei objektiver Unmöglichkeit der Ausreise strafrechtlich nicht vorwerfbar, weil das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetzt, anders handeln zu können. Eine illegale Ausreise in ein Drittland kann nicht verlangt werden (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E.3.2.2 f.).

3.1. Das anklagegegenständliche Verhalten des Beschuldigten erfüllt denn auch sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Auf das von diesem am 28. Dezember 2009 gestellte dritte Asylgesuch trat das BFM mit Entscheid vom 14. Januar 2010 (Urk. 13/15, Urk. 41/3) nicht ein und wies den Beschuldigten aus der Schweiz weg (Dispositivziffern 1 und 2). Sodann forderte das BFM den Beschuldigten auf, die Schweiz am Tag nach Eintritt der Rechtskraft zu verlassen und verpflichtete den Kanton Thurgau, die Wegweisungsverfügung zu vollziehen (Dispositivziffern 3 und 4). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge organisierte das BFM für den 16. Juni 2010 einen unbegleiteten Linienflug, mit welchem der Beschuldigte zwangsweise in sein Heimatland zurückgeschafft werden sollte und konnte hierfür beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (fortan EJPD) die Ausstellung eines Laissez-Passer erwirken (Urk. 33/1; Akten des BFM). Da der Beschuldigte jedoch erklärte, dass er unter keinen Umständen bereit sei, die Schweiz zu verlassen, sich entsprechend unkooperativ verhielt und nicht dazu bewegt werden konnte, das Flugzeug selbstständig zu besteigen, musste der Wegweisungsvollzug abgebrochen werden (Urk. 33/2; Akten der Migrationsamtes des Kantons Thurgau). Am 22. Juni 2010 wurde der Beschuldigte mit Strafverfügung des Bezirksamtes Kreuzlingen wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art 115 Abs. 1 lit. b AuG mit einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse von

Fr. 480.– bestraft (Urk. 7/1 und Urk. 20). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. November 2013 wurde der Beschuldigte erneut wegen mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art 115 lit. b und c AuG mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft (Urk. 7/1 und 7/3, Urk. 20). Im Zeitraum von 13. März 2014 bis zum 9. Juni 2014 befand sich der Beschuldigte alsdann zum Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. November 2013 ausgefallten unbedingten Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt Realta (Urk. 4/3). Mit Eingabe vom 5. Dezember 2014 ersuchte der Beschuldigte daraufhin um Wiedererwägung des ablehnenden Asylentscheids von 14. Januar 2010. Das BFM wies mit Entscheid vom 16. Dezember 2014 (Urk. 13/17) das Wiedererwägungsgesuch ab und bestätigte gleichzeitig die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Entscheids vom 14. Januar 2010 (Dispositivziffern 1 und 2). Hiegegen erhob der Beschuldigte Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Diese wurde mit Urteil vom 27. Januar 2015 (Urk. 13/18) abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Dispositivziffer 1). Unter dem 1. Juli 2015 stellte der Beschuldigte ein weiteres Wiedererwägungsgesuch, auf welches das BFM in der Folge mit Verfügung vom 9. Juli 2015 nicht eintrat. Der ablehnende Asylentscheid vom 14. Januar 2010 (Urk. 13/19) wurde dabei erneut als rechtskräftig und vollstreckbar erklärt (Dispositivziffern 1 und 2). Seit seiner letzten Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat am 27. November 2013 verblieb der Beschuldigte indessen bis heute in der Schweiz. Demzufolge hielt er sich im anklagegegenständlichen Zeitraum vom 27. November 2013 bis zum 12. März 2018 illegal in der Schweiz auf. Dass der Beschuldigte um seinen illegalen Aufenthalt in der Schweiz und seine Ausreisepflicht wusste, ergibt sich daraus, dass er nicht nur im abschlägigen Asylentscheid, sondern - wie vorstehend erwogen - auch danach von den Migrationsbehörden zur Ausreise aus der Schweiz aufgefordert wurde und selber zwei Wiedererwägungsgesuche gegen den ablehnenden Asylentscheid vom 14. Januar 2010 gestellt hat. Zudem wurde der Beschuldigte zwei Mal wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt (Strafbefehle des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 22. Juni 2010 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. November 2013). Im Übrigen stellte er auch nicht in Abrede, gewusst zu haben, dass er die Schweiz zu verlassen habe.

3.2.1. Nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person - etwa aufgrund einer Weigerung des Heimatlands, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3; BGE 125 II 217 E. 2) - objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können. Ein in der Schweiz illegal anwesender Ausländer darf daher nicht nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt werden, wenn ihm eine legale Ausreise aus der Schweiz objektiv nicht möglich ist (siehe dazu etwa Urteile 6B\_274/2016 vom 15. Mai 2017 E. 1.6.1; 6B\_320/2013 vom 29. August 2013 E. 2.1; 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2; je mit Hinweisen).

3.2.2. Die Vorinstanz hat die objektive Möglichkeit und Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bejaht. Sie erwog hierzu zusammengefasst, dass das Bundesverwaltungsgericht nach einlässlicher Auseinandersetzung mit der Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in die drei damaligen kurdischen Provinzen des Nordiraks (Dohuk, Erbil und Suleimaniyah) mit Urteil vom 14. März 2008 (BVGer 2008/5) festgehalten habe, dass sich sowohl die Sicherheits- als auch die Menschenrechtsslage in dieser Region im Verhältnis zum restlichen Irak relativ gut darstelle. Gestützt auf die vorgenommene Lageanalyse sei das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gekommen, dass ein Wegweisungsvollzug in die drei kurdischen Provinzen dann zumutbar sei, wenn die betreffende Person ursprünglich aus der Region stamme, oder eine längere Zeit dort gelebt habe und über ein soziales Netz (Familie, Verwandtschaft oder Bekanntenkreis) oder aber über Beziehungen zu herrschenden Parteien verfüge. Diese Praxis sei in den folgenden Jahren vom Bundesverwaltungsgericht mehrfach bestätigt worden, letztmals mit Urteil vom 14. Dezember 2015 (BVGer 3737/2015) (Urk. 56 S. 28/29). Gestützt auf diese Rechtsprechung hätten das Bundesverwaltungsgericht und das BFM auch im Laufe des migrationsrechtlichen Verfahrens betreffend den Beschuldigten (letztmals mit Urteil vom 27. Januar 2015: Urk. 13/18) festgehalten, dass es diesem möglich und zumutbar sei, in sein Heimatland zurückzukehren. Gemäss den

Ausführungen der Migrationsbehörden - so die Vorinstanz fortfahrend - beständen Flugverbindungen in den Nordirak und die für die Rückkehr notwendigen Reisedokumente könnten bei der zuständigen Vertretung des Iraks beschafft werden. Sodann herrsche in den von der kurdischen Regionalregierung kontrollierten vorerwähnten nordirakischen Provinzen keine Situation allgemeiner Gewalt. Zudem würden auch keine individuelle Gründe gegen die Zumutbarkeit der Rückkehr in den Nordirak sprechen. Der Beschuldigte verfüge über ein tragfähiges familiäres Beziehungsnetz im Irak und habe dort auch Arbeitserfahrung sammeln können (Urk. 56 S. 28/29). Die Vorinstanz führte sodann weiter aus, dass eine Veränderung der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten vorliegend nicht geltend gemacht werde, weshalb davon auszugehen sei, dass der Beschuldigte im Nordirak nach wie vor über ein soziales Netz verfüge, auf dessen Unterstützung er zählen könne (Urk. 56 S. 30). Zur Frage der Flugverbindung verwies die Vorinstanz auf das Urteil des Bundesgerichts vom 11. Mai 2018 (BGer 2C\_312/2018), wonach die Flughäfen im Nordirak wieder direkt angeflogen werden können. Zudem habe das Bundesgericht festgehalten, dass die irakischen Behörden bei der Rückführung von in der Schweiz straffällig gewordenen Staatsbürgern kooperieren würden, was der im betreffenden Fall gescheiterte Rückführungsversuch vom 20. Februar 2018 belege. Neben begleiteten Rückflügen seien auch Sonderflüge in den Irak nicht ausgeschlossen; der letzte habe im Juni 2017 stattgefunden (Urk. 56 S. 31). Es stehe somit fest - so die Vorinstanz fortfahrend - dass zumindest bis kurze Zeit vor dem Unabhängigkeitsreferendum in Irakisch-Kurdistan vom 25. September 2017 sowie einige Monate danach begleitete Rück- und Sonderflüge nach Bagdad organisiert werden konnten und spätestens ab Mitte Mai 2018 auch die Flughäfen Erbil und Suleimaniya im Nordirak für den Flugverkehr wieder zugänglich gewesen seien (Urk. 56 S. 31). Schliesslich sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte ohne Weiteres die für eine freiwillige Rückkehr in den Irak erforderlichen Reisepapiere, insbesondere ein irakisches Laissez-Passer, bei der irakischen Botschaft in Bern hätte beschaffen können (Urk. 56 S. 32).

3.2.3. Die Verteidigung rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, dass ihm eine Rückkehr in den Nordirak objektiv möglich und zumutbar gewesen sei. Eine Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1

lit. b AuG scheidet damit aus. Sie argumentiert zusammengefasst damit, dass es sich bei Dohuk und Mossul, woher der Beschuldigte stamme bzw. wo er zuletzt gelebt habe, um ein Kriegsgebiet handle, im Nordirak ein Flugverbot existiere, es keine direkten Flüge in den Nordirak gebe und dieser komplett isoliert und die Beschaffung von Reisepapieren durch die irakische Botschaft unmöglich sei (Urk. 66 S. 51 ff., insbesondere S. 55).

3.2.4. Von einer objektiven Unmöglichkeit im Sinne des Schuldprinzips ist gemäss der bisherigen Rechtsprechung auszugehen, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung triftige Gründe sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 mit Hinweis). Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Ausreise trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine längerdauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bzw. an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 mit Hinweisen). Als rechtliche Gründe können der Wegweisung das Gebot des Non-refoulements oder eine Unzumutbarkeit des Vollzugs entgegenstehen, weil der Ausländer im Heimatstaat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre (Art. 83 Abs. 3 und 4 AuG; vgl. BGE 125 II 217 E. 2). Diesbezüglich sind die Prüfungspflichten des Strafgerichts allerdings beschränkt: Gegenstand seines Verfahrens bildet ausschliesslich Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, indessen nicht auch die Wegweisungsfrage; über diese entscheiden die zuständigen ausländerrechtlichen Behörden an sich abschliessend und verbindlich (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 mit Hinweis). Das Strafgericht hat die Rechtswidrigkeit des Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG diesbezüglich grundsätzlich nur zu verneinen, wenn sich der zu sichernde Wegweisungsentscheid als offensichtlich unzulässig erweist (vgl. BGE 125 II 217 E. 2; BGE 121 II 59 E. 2c; zur Überprüfungsbefugnis von Verwaltungsverfügungen durch das Strafgericht vgl. auch BGE 129 II 246 E. 2.1).

3.2.5.1. Die Verteidigung beanstandet, dass die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur allgemeinen Lage inzwischen 12 Jahre (BVGer 2008/5 Urteil vom 14. März 2008) bzw. über 4 Jahre (BVGer E-

3737/2015 Urteil vom 14. Dezember 2015) alt seien und vor allem die Entwicklung mit dem Aufstieg der Terrororganisation Islamischer Staat (IS) seit dem Jahre 2014 vollständig ausser Acht lasse. In Dohuk und Mossul herrsche praktisch Krieg (Urk. 56 S. 51).

3.2.5.2. Die Beanstandung der Verteidigung ist unbegründet. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt hat, hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 14. März 2008 (BVGer 2008/5) einlässlich mit der Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in die drei damaligen kurdischen Provinzen des Nordiraks (Dohuk, Erbil und Suleimaniya) auseinandergesetzt. Es hielt diesbezüglich fest, dass sich sowohl die Sicherheits- als auch die Menschenrechtslage in dieser Region im Verhältnis zum restlichen Irak relativ gut darstelle. Gestützt auf die vorgenommene Lageanalyse kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass ein Wegweisungsvollzug in die kurdischen Provinzen dann zumutbar ist, wenn die betreffende Person ursprünglich aus der Region stammt, oder eine längere Zeit dort gelebt hat und über ein soziales Netz (Familie, Verwandtschaft oder Bekanntenkreis) oder aber über Beziehungen zu den herrschenden Parteien verfügt, wobei bei alleinstehenden Frauen, Familien mit Kindern, Kranken sowie Betagten grosse Zurückhaltung angebracht sei (vgl. BVGer 2008/5 E. 7.5, insbesondere E. 7.5.1 und 7.5.8). Diese Praxis wurde in den folgenden Jahren durch das Bundesverwaltungsgericht bekräftigt. Im Urteil vom 14. Dezember 2015 (BVGer E-3737/2015) hat das Bundesverwaltungsgericht die Lage im Nordirak und die Zumutbarkeitspraxis neuerlich überprüft. Festgestellt wurde, dass in den vier Provinzen der ARK aktuell nach wie vor nicht von einer Situation allgemeiner Gewalt im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG auszugehen ist. Mit Urteil vom 11. September 2020 (BVGer E-5964/2018) hat das Bundesverwaltungsgericht die Lage erneut überprüft und die Praxis wiederum bestätigt. Es hat zudem festgehalten, dass an dieser Einschätzung, welche jeweils auf die aktuell herrschende Lage fokussiere, auch das am 25. September 2017 in der ARK durchgeführte Referendum, in dem offenbar eine Mehrheit der Kurden für die Unabhängigkeit vom Irak votiert habe, nichts ändere. Den begünstigenden individuellen Faktoren - insbesondere denjenigen eines tragfähigen familiären Beziehungsnetzes - sei angesichts der Belastung der behördlichen Infrastrukturen durch im Irak intern Vertriebene (Internally

Displaced Persons [IDPs]) gleichwohl ein besonderes Gewicht beizumessen (vgl. auch Urteile des BVGer E-5608/2018 vom 19. Dezember 2019 E. 7.3.2 ; BVGer D-6065/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 8.2).

Der Beschuldigte stammt aus D.\_\_\_\_\_ in der nordirakischen Provinz Dohuk, wo er bis ins Jahr 2002 gelebt hat. Alsdann zog er nach Mossul und reiste von dort 2003 in die Schweiz (Urk. 3 S. 5). Wie sich aus den Akten ergibt, lebt seine Familie, insbesondere seine Mutter und seine sieben Geschwister, welche alle verheiratet sind und Kinder haben, immer noch in D.\_\_\_\_\_ in der Provinz Dohuk (Urk. 3 S. 5, Urk. 45 S. 3). Auch daraus erhellt, dass nicht von einer Situation allgemeiner Gewalt in der Provinz Dohuk auszugehen ist, zumal der Beschuldigte nicht geltend macht, seine Familie sei Opfer von Gewalttaten geworden. Gemäss eigenen Angaben besitzt der Beschuldigte dort Land und Wohnung (Urk. 3 S. 6). Vor diesem Hintergrund ist von einem tragfähigen familiären Beziehungsnetz sowie einer gesicherten Wohnsituation auszugehen. Gesundheitliche Probleme, die dem Vollzug entgegenstehen könnten, gehen aus den Akten nicht hervor. Der Beschuldigte leidet an Rücken- und Nackenschmerzen und geht deswegen in die Physiotherapie. Zudem leidet er an Stress und innerer Unruhe (Urk. 3 S. 3, Urk. 12 S. 4, Urk. 45 S. 8). Der Gesundheitszustand des Beschuldigten im anklagegegenständlichen Zeitraum führt nicht zur objektiven Unmöglichkeit einer Rückreise in den Irak. Ebensowenig liegt aufgrund des damaligen Gesundheitszustands des Beschuldigten eine Notstandssituation vor, welche dessen rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz zu rechtfertigen vermögen würde. Auch in finanzieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Existenz des Beschuldigten - nebst der vorhandenen Unterkunftsmöglichkeit und einem familiären Umfeld - bei einer Rückkehr gesichert wäre. Der Beschuldigte besuchte gemäss seinen Angaben die ordentliche Schulzeit, welche er mit der Matura abschloss. Nach dem Tod seines Vaters übernahm er dessen Lebensmittelgeschäft und machte nebenbei eine Ausbildung als Koch. Anschliessend führte er tagsüber das Lebensmittelgeschäft und arbeitete abends bzw. nachts in einem Restaurant (Urk. 3 S. 5, Urk. 45 S. 3). Es ist anzunehmen, dass es ihm möglich sein wird, sich bei einer Rückkehr in seine Heimat wieder in den Arbeitsmarkt integrieren zu können und in einem Restaurant oder einem Lebensmittelgeschäft zu arbeiten. Sodann wird er gemäss seinen ei-

genen Angaben von Familienangehörigen und Freunden aus dem Irak finanziell in der Schweiz unterstützt (Urk. 2 S. 2, Urk. 3 S. 2 und 6). Von 2007 bis im August 2017 hat ihm die Familie ungefähr 70'000 US-Dollar geschickt (Urk. 3 S. 6). Daraus kann zwanglos geschlossen werden, dass sich seine Familienangehörigen nicht in einer finanziellen Notlage befinden, sondern über genügend finanzielle Mittel verfügen, um den Beschuldigten mit Geld zu versorgen, was auch die Vorinstanz bereits zutreffend bemerkt hat (Urk. 56 S. 30).

3.2.6.1. Die Verteidigung rügt, dass im Zusammenhang mit dem Unabhängigkeitsreferendum in Irakisch-Kurdistan im Jahre 2017 durch die irakische Zentralregierung ein Flugverbot über den Nordirak verhängt worden sei. Es habe gar keine Flüge mehr in den Nordirak gegeben. Wie der Beschuldigte unter diesen Umständen, zumindest im Jahre 2017 habe in den Nordirak gelangen können, sei nicht nachvollziehbar und darüber schweige sich die Vorinstanz aus. Insoweit die Vorinstanz sodann ausführe, dass ab Mai 2018 die Flughäfen in Erbil und Suleimaniya wieder zugänglich gewesen seien, so befinde sich dieser Zeitpunkt ausserhalb der anklagerelevanten Zeitspanne und sei daher gänzlich unbeachtlich (Urk. 66 S. 53).

3.2.6.2. Die Rüge der Verteidigung ist unbehelflich. Der anklagerelevante Zeitraum erstreckt sich nämlich zunächst vom 27. November 2013 bis 12. März 2018. Das von der Verteidigung vorgebrachte Flugverbot im Zusammenhang mit dem Unabhängigkeitsreferendum vom 25. September 2017 betrifft "lediglich" den Zeitraum danach. Dass vom 27. November 2013 bis zum 25. September 2017 keine Flüge in den Nordirak mehr möglich waren, behauptet selbst der Beschuldigte nicht. Das Bundesgericht hat denn auch mit Urteil vom 11. Mai 2018 ausgeführt, dass Sonderflüge in den Irak nicht ausgeschlossen seien; der letzte habe im Juni 2017 stattgefunden (Urteil 2C\_312/2018 vom 11. Mai 2018). Sodann wies das Bundesgericht darauf hin, dass am 20. Februar 2018 ein gescheiterter begleiteter Rückflug mit den irakischen Behörden habe organisiert werden können. Aus diesen Erwägungen erhellt, dass - wenn überhaupt - nur ab dem 25. September 2017 (Unabhängigkeitsreferendum) bis zum 20. Februar 2018 keine Flüge in den Nordirak mehr möglich waren. Spätestens ab Mitte Mai 2018 waren dann wieder internationale Flüge direkt zu den Flughäfen Erbil oder Suleimaniya möglich. In

diesem Zusammenhang ist sodann zu bemerken, dass der Beschuldigte sich geweigert hat, den für ihn auf den 16. Juni 2010 hin organisierten begleiteten Rückflug anzutreten und in der Folge wiederholt erklärt hat, nicht in seine Heimat zurückkehren zu wollen. Der Beschuldigte hat überdies nicht behauptet, er habe im tatrelevanten Zeitraum, insbesondere auch im Zeitraum vom 25. September 2017 bis zum 20. Februar 2018 gegenüber den zuständigen Migrationsbehörden den Wunsch geäussert, nunmehr freiwillig in den Nordirak heimzukehren und um die (erneute) Organisation eines unbegleiteten Linienflugs gebeten. Dies lässt sich - wie die Vorinstanz korrekt erwogen hat - auch nicht den Migrationsakten entnehmen. Ebensowenig hat der Beschuldigte rechtsgenügend dargetan, geschweige denn belegt, er habe sich selber bemüht, im anklagerelevanten Zeitraum eine Flugverbindung in den Nordirak zu buchen, auch nicht im Zeitraum des verhängten Flugverbots.

3.2.7.1. Die Verteidigung wendet ein, es sei für irakische Staatsangehörige, insbesondere für solche kurdischer Ethnie nicht möglich, bei der irakischen Botschaft in Bern einen Pass zu beschaffen (Urk. 66 S. 54).

3.2.7.2. Dieser Einwand der Verteidigung ist (ebenfalls) unbegründet. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte für die freiwillige Rückkehr in sein Heimatland nicht notwendigerweise über einen Reisepass oder eine gültige Identitätskarte verfügen muss. Vielmehr genügt bereits ein irakisches Laissez-Passer für die Einreise in den Irak. Gemäss Auskunft des SEM stellt die irakische Botschaft in Bern jederzeit Reisedokumente für irakische Staatsangehörige aus, die freiwillig in den Irak zurückkehren möchten (Urk. 40 S. 2 f.). Zudem ist - wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend erwogen hat (Urk. 56 S. 32) - gerichtsnotorisch, dass ausreisewilligen Ausländern von den Behörden effizient geholfen wird, die erforderlichen Reisedokumente zu beschaffen. Dementsprechend hätte der Beschuldigte die für ihn zuständigen Migrationsbehörden um Unterstützung betreffend die Beschaffung der erforderlichen Papiere nachsuchen können, was er indes nachweislich nicht getan hat. Der Beschuldigte kann keine konkreten Bemühungen zur Organisation seiner Ausreise und der Beschaffung von Reisepapieren vorweisen. Gemäss eigenen Aussagen hat er auch seit seiner Ausreisepflichtaufforderung vom 14. Januar 2010 keinerlei Bemühungen zur Ausreise aus der

Schweiz getroffen. Vielmehr machte er stets deutlich, dass er die Schweiz nicht verlassen wolle. Mithin ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass ein irakisches Laissez-Passer bei der irakischen Botschaft hätte beschafft werden können.

3.2.8. Sofern der Beschuldigte die Ausreise im tatrelevanten Zeitpunkt nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2015 (Urk. 13/18) als unzumutbar erachtete, hätte er sich nach Bekanntwerden der veränderten tatsächlichen Umstände an die Migrationsbehörden wenden müssen (Urteil 6B\_566/2017 vom 9. November 2017 E. 3.3 und 3.4), wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (Urk. 56 S. 29). Dies hat der Beschuldigte indes nicht getan.

3.2.9. Der Beschuldigte hat damit nicht rechtsgenügend dargelegt, inwiefern ihm die Ausreise im Sinne des strafrechtlichen Schuldprinzips objektiv unmöglich war. Die Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist demnach ungeachtet der Vorbringen des Beschuldigten gegeben.

4.1. Die Verteidigung bringt vor, dass die Migrationsbehörden im anklagegegenständlichen Zeitraum nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung getroffen hätten. So seien zwischen Juni 2010 und Juli 2017 überhaupt keine Vollzugsbemühungen getätigt und es sei nicht einmal ein Ausreisegespräch mit dem Beschuldigten durchgeführt worden. Eingrenzung (Art. 74 AuG), Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG) und Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG) wären vorliegend zulässig gewesen, von den Behörden aber nicht angeordnet worden (Urk. 66 S. 39 ff.). Ferner liege im Vergleich zu anderen deckungsgleichen oder ähnlich gelagerten Fällen eine willkürliche und ungleiche Behandlung der Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft vor (Urk. 66 S. 47 ff.). Und schliesslich stelle die langjährige Untätigkeit der Behörden eine Duldung des rechtswidrigen Zustandes dar, die grundsätzlich geeignet sei, einen Vertrauensschutz zu begründen (Urk. 66 S. 50). Dementsprechend stehe die EU-Rückführungsrichtlinie einer Verurteilung des Beschuldigten entgegen, und das Strafverfahren sei einzustellen (Urk. 66 S. 39).

4.2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass den Behörden nicht anzulasten sei, dass sie von der Anordnung von Zwangsmassnahmen abgesehen hätten,

da solche gemäss den Erwägungen zur Eingrenzung (Urk. 56 S. 39 f.) zur Ausschaffungshaft (Urk. 56 S. 40 ff.) und zur Durchsetzungshaft (Urk. 56 S. 42 ff.) nicht verhältnismässig bzw. sinnlos gewesen wären (Urk. 56 S. 45). Insgesamt hätten die Behörden somit sämtliche zumutbaren Vorkehrungen für den Vollzug der Wegweisungsentscheidung getroffen, ohne dass der Beschuldigte tatsächlich habe ausgeschafft werden können, und obwohl die Ausreise objektiv möglich und zumutbar gewesen wäre. Die EU-Rückführungsrichtlinie stehe daher einer Verurteilung des Beschuldigten nicht entgegen (Urk. 56 S. 45).

4.3. Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach befasst. Auf diese grundlegenden Erwägungen kann verwiesen werden (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.6). Demzufolge räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein, jedoch sind nationale Strafbestimmungen nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2; 6B\_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5; 6B\_617/2012 und 6B\_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5) und die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3). Dabei kann sich ein Staat nicht darauf beschränken, mit einer Strafandrohung oder einer Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthalts bloss indirekt Druck auf den Drittstaatenangehörigen auszuüben, damit dieser das Land unkontrolliert verlässt, sich aber weiterhin im Schengen-Raum aufhält. Nach den Intentionen der EU-Rückführungsrichtlinie soll dies vermieden und der Drittstaatsangehörige effektiv in sein Heimatland ausgeschafft werden (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_713/2012 vom 19. April 2013 E.1.3). Zur Art der vom Gemeinwesen zu ergreifenden Massnahmen bzw. Zwangsmassnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung äussert sich die EU-Rückführungsrichtlinie nicht. Gemäss der europäischen Rechtsprechung beziehen sich die Begriffe Massnahmen und Zwangsmassnahmen aber auf jegliches Vorgehen, das auf wirksame Weise unter

Beachtung der Verhältnismässigkeit zur Rückkehr des Betroffenen führt (BGE 143 IV 249 E. 3.1 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH C-329/11 vom 6. Dezember 2011 in Sachen Achughbajian). Zwangsmassnahmen zur Durchführung der Abschiebung sind schliesslich nur als letztes Mittel vorzunehmen (Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Wenn die Anwendung von Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht ermöglicht hat, ist eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts auch gemäss Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rückführungsrichtlinie wieder zulässig (ZÜND, in: OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 115 AuG N 12 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH).

4.4.1. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die schweizerischen Migrationsbehörden "alles Zumutbare unternommen" haben, um den Beschuldigten in den Irak zurückzuführen bzw. zur freiwilligen Rückreise in sein Heimatland zu bewegen.

4.4.2. Der Beschuldigte verliess am 1. Mai 2003 sein Heimatland und gelangte mit Hilfe eines Schleppers in die Türkei. Von Istanbul aus fuhr er in einem Lastwagen versteckt bis in die Schweiz, wo er am 1. Juni 2003 ankam (Urk. 13/5 und Urk. 13/6). Tags darauf stellte der Beschuldigte in Chiasso ein erstes Asylgesuch, welches mit Verfügung des BFM vom 30. November 2005 abgelehnt wurde, da er die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllte. Mit selbigem Entscheid wurde die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz verfügt, jedoch wegen Unzumutbarkeit nicht vollzogen. Vielmehr wurde der Vollzug der Wegweisung zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben (Urk. 13/7). Diese Verfügung des BFM focht der Beschuldigte in der Folge nicht an und sie erwuchs daher in Rechtskraft. Nach einer Analyse der Sicherheits- und Menschenrechtssituation im Irak hob das BFM die angeordnete vorläufige Aufnahme des Beschuldigten in der Schweiz mit Verfügung vom 28. März 2008 auf und wies diesen unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall an, die Schweiz bis am 23. Mai 2008 zu verlassen (Urk. 13/8). Die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde wie das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. Mai 2008 ab (Urk. 13/9). Daraufhin wurde dem Beschuldigten am 16. Mai 2008 eine neuerliche Frist bis zum 13. Juni 2008 angesetzt, um die Schweiz zu verlassen und in sein Heimatland zurückzukehren (Urk. 33/1: Akten des Migrationsamts des Kantons Zürich S. 61).

Mit Eingabe vom 27. Juni 2008 ersuchte der Beschuldigte sodann um Wiedererwägung der mittlerweile rechtskräftig gewordenen Verfügung des BFM vom 28. März 2008. Das BFM trat jedoch mit Verfügung vom 2. Juli 2008 auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten nicht ein (Urk. 13/16).

Nachdem das EJPD von der irakischen Botschaft ermächtigt worden war, für den Beschuldigten ein Laissez-Passer auszustellen, reiste dieser am 30. Juli 2008 zwangsweise mit einem unbegleiteten Linienflug über Jordanien in den Irak zurück. Nachdem er in Erbil gelandet war, begab sich der Beschuldigte nach E. \_\_\_\_\_, wo er sich während sieben Tagen bei seinem Onkel versteckte. Am 7. August 2008 verliess der Beschuldigte erneut den Nordirak und begab sich illegal in die Türkei. Dort wurde er zwei Mal In Haft genommen. Daraufhin wurde ihm jeweils für zwei Monate eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt, weil er sich als Palästinenser ausgab. Anfang Februar 2009 gelang dem Beschuldigten dann mit einem Lastwagen die Weiterreise in die Schweiz, wo er am 5. Februar 2009 eintraf. Noch gleichentags stellte er in Kreuzlingen ein zweites Asylgesuch (Urk. 13/10, Urk. 13/11, Urk. 33/1: Akten des BFM). Das BFM trat mit Verfügung vom 3. März 2009 auf das Asylgesuch des Beschuldigten nicht ein und ordnete zugleich seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug der Wegweisungsverfügung an (Urk. 13/12). Gegen diesen Nichteintretensentscheid beschwerte sich der Beschuldigte anschliessend beim Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 18. März 2009 abwies (Urk. 13/13). Das BFM plante daraufhin für den 9. September 2009 eine erneute zwangsweise Rückreise des Beschuldigten in sein Heimatland mittels eines (zweiten) unbegleiteten Linienflugs und konnte hierfür beim EJPD die Ausstellung eines Laissez-Passer erwirken. Die Rückreise des Beschuldigten musste aber kurzfristig annulliert werden, da der Beschuldigte als verschwunden galt (Urk. 331: Akten des BFM, Urk. 33/2: Akten des Migrationsamts des Kantons Thurgau S. 114 ff.). Der Beschuldigte war nämlich bereits im Juni 2009 selbständig nach Finnland gereist und hatte dort ebenfalls ein Asylgesuch gestellt (Urk. 2 S. 3, Urk. 3 S. 4 und Urk. 45 S. 5 und 7). Am 13. November 2009 beantragten die finnischen Asylbehörden gestützt auf das Dublin-Verfahren die Wiederaufnahme des Beschuldigten in die Schweiz. Nachdem das BFM am 26. November 2009 diesem Ersuchen

stattgegeben hatte, kehrte der Beschuldigte am 21. Dezember 2009 per Flugzeug von Helsinki herkommend in die Schweiz zurück.

Eine Woche später stellte der Beschuldigte am 28. Dezember 2009 in Kreuzlingen ein drittes Asylgesuch (Urk. 13/14, Urk. 33/2: Akten des Migrationsamts des Kantons Thurgau S. 106 ff.). In der Folge trat das BFM (auch) auf das dritte Asylgesuch des Beschuldigten nicht ein und ordnete (wiederum) seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug der Wegweisungsverfügung an (Urk. 13/15). Diese Verfügung des BFM erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Daraufhin organisierte das BFM für den Beschuldigten einen (dritten) unbegleiteten Linienflug, mit welchem er zwangsweise in den Irak zurückgeschafft werden sollte, und erwirkte hierfür beim EJPD ein Laissez-Passer (Urk. 33/1: Akten des BFM). Da der Beschuldigte erklärte, dass er unter keinen Umständen bereit sei, die Schweiz zu verlassen, sich entsprechend unkooperativ verhielt und nicht dazu bewegt werden konnte, das Flugzeug selbständig zu besteigen, wurde der Wegweisungsvollzug abgebrochen (Urk. 33/2: Akten des Migrationsamts des Kantons Thurgau S. 56 ff.).

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2014 ersuchte der Beschuldigte die Wiedererwägung des ablehnenden Asylentscheids vom 14. Januar 2010. Das BFM wies mit Verfügung vom 16. Dezember 2014 das Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten ab und bestätigte die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 14. Januar 2010 (Urk. 13/17). Die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Januar 2015 abgewiesen (Urk. 13/18). Auf ein neuerliches Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten vom 1. Juli 2015 trat das BFM mit Verfügung vom 9. Juli 2015 nicht ein und bestätigte (erneut) die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des ablehnenden Asylentscheids vom 14. Januar 2010 (Urk. 13/19).

4.4.3. Aus den vorstehenden Erwägungen und der von der Vorinstanz eingeholten schriftlichen Auskunft des SEM vom 8. April 2019 (Urk. 40) erhellt, dass die Migrationsbehörden während des anklagegegenständlichen Zeitraums vom 27. November 2013 bis 12. März 2018 gänzlich untätig geblieben sind. Tatsächlich ruhte der Fall, nachdem der Beschuldigte den Antritt des unbegleiteten Linien-

flugs nach Erbil am 16. Juni 2010 verweigert hatte (Urk. 40 S. 4). Mithin trafen die Migrationsbehörden während beinahe 8 Jahren (bis 12. März 2018) keinerlei weiteren (Zwangs-)Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung. Insbesondere wurde weder Ausschaffungs- noch Durchsetzungshaft angeordnet.

4.5.1. Die Vorinstanz gelangte in diesem Zusammenhang zum Schluss, dass betreffend den Beschuldigten weder die Möglichkeit der Anordnung von Ausschaffungs- noch von Durchsetzungshaft bestanden habe. Zur Begründung erwog sie zusammengefasst, dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Beschuldigte seit seiner Weigerung Mitte Juni 2010, das Flugzeug zu besteigen, gegenüber den zuständigen Migrationsbehörden den Wunsch geäussert habe, nunmehr freiwillig in den Nordirak zurückzukehren. Vielmehr habe er wiederholt bekräftigt, dass er keine Möglichkeit sehe in den Irak zurückzukehren. Er werde in seiner Heimat nach wie vor bedroht und könne daher keinesfalls dorthin ausreisen. Auch die zahlreichen Rechtsmittel und Wiedererwägungsgesuche, welche der Beschuldigte im Zusammenhang mit seinen beiden letzten Asylgesuchen erhoben habe, liessen keinen anderen Schluss zu, als dass sich der Beschuldigte mit einer Wegweisung aus der Schweiz nicht abfinde und mit allen möglichen Mitteln versuche, eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erwirken. Entsprechend hätten die zuständigen Behörden zulässigerweise annehmen dürfen, der Beschuldigte werde die Schweiz nicht freiwillig verlassen. Daraus folge, dass seine Rückführung sowohl mit einem unbegleiteten als auch begleiteten Linienflug im tatrelevanten Zeitraum nicht absehbar, das heisst rechtlich und tatsächlich möglich gewesen sei, zumal die irakischen und kurdischen Behörden die zwangsweise Rückführung nur in Bezug auf Personen akzeptiere, die in der Schweiz "in schwerem Masse" straffällig geworden seien, was beim Beschuldigten in casu jedoch nicht der Fall sei. Somit hätten die Behörden auf die Anordnung der Ausschaffungshaft im Sinne von Art. 76 AuG vorliegend verzichten dürfen, da diese mangels Absehbarkeit des Wegweisungsvollzugs von Anfang an nicht zulässig gewesen wäre (Urk. 56 S. 40 ff.).

Hinsichtlich der Anordnung von Durchsetzungshaft im Sinne von Art. 78 AuG sei sodann zu bemerken, dass diese insofern zweckgebunden sei, als sie bei der ausländischen Person eine Verhaltensänderung herbeiführen solle, um letztlich

deren Ausreisepflicht durchzusetzen. Um dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, müsse die Anordnung der Durchsetzungshaft zunächst geeignet sein, diesen Zweck zu erfüllen. Der Beschuldigte habe sich im Zeitraum vom 13. März 2014 bis zum 9. Juni 2014 zum Vollzug einer dreimonatigen Freiheitsstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Justizvollzugsanstalt Realta (Urk. 4/3) aufgehalten. Er habe sich dem Strafvollzug nicht entzogen, sondern habe seine Strafe pünktlich und bereitwillig angetreten. Auch nach der Verbüsung der dreimonatigen Freiheitsstrafe sei der Beschuldigte ununterbrochen in der Schweiz verblieben und habe sich den Behörden weiterhin zur Verfügung gehalten. Daraus erhellet, dass sich der Beschuldigte vom Strafvollzug nicht beeindrucken lasse. Die Verbüsung der dreimonatigen Freiheitsstrafe sei kein genügender Anlass für den Beschuldigten gewesen, seiner Ausreisepflicht nachzukommen. Damit stehe fest, dass die Anordnung von Durchsetzungshaft nicht geeignet gewesen wäre, eine Verhaltensänderung beim Beschuldigten herbeizuführen und diesen zur freiwilligen Rückkehr in den Irak zu bewegen. Entsprechend wäre die Anordnung von Durchsetzungshaft nach Vollzug der dreimonatigen Freiheitsstrafe nicht verhältnismässig und damit unzulässig gewesen, weshalb den zuständigen Migrationsbehörden nicht vorgeworfen werden könne, dass sie beim Beschuldigten davon abgesehen hätten, ihn in Durchsetzungshaft im Sinne von Art. 78 AuG zu versetzen (Urk. 56 S. 42 f.).

4.5.2. In Bezug auf die Ausschaffungshaft ist der Vorinstanz in ihren Erwägungen zu folgen. So gilt die Anordnung von Ausschaffungshaft als unzulässig, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Entfernungsmassnahme sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausschaffung innert vernünftiger Frist kaum realisieren lassen wird. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Ausschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint, beispielsweise wegen einer längerdauernden Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder einer ausdrücklichen bzw. wenigstens klar erkennbaren und konsequent gehandhabten Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen (BGE 125 II 217 E. 2.). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass aufgrund der Vorgeschichte und des Verhaltens des Beschuldigten die zuständigen Migrationsbehörden zulässigerweise annehmen durften, dass der

Beschuldigte die Schweiz nicht freiwillig verlassen werde. Die Rückführung mit einem unbegleiteten Linienflug im anklagerelevanten Zeitraum war damit nicht absehbar. Zutreffend ist sodann, dass das Bundesgericht zwar festgehalten hat, dass die irakischen Behörden bei der Rückführung von hier straffällig gewordenen Staatsbürgern kooperieren und auch Sonderflüge in den Irak nicht ausgeschlossen seien (Urteil 2C\_2018 vom 11. Mai 2018 E.4.2.5). Allerdings akzeptieren die irakischen Behörden in Bagdad und die kurdischen Behörden in Erbil gemäss schriftlicher Auskunft des SEM vom 8. April 2019 die zwangsweise Rückführung mittels begleitetem Linienflug nur in Bezug auf Personen, die in der Schweiz "in schwerem Masse" straffällig geworden sind. Gemäss Aussage der irakischen Behörden - so das SEM in ihrer schriftlichen Auskunft fortfahrend - bedeutet die "schwere Straffälligkeit" in diesem Zusammenhang, dass die betroffene Person mindestens sechs Monate im Strafvollzug verbracht haben muss und es sich bei den begangenen Straftaten nicht um Bagatelldelikte handelt (Urk 40 S. 3; vgl. auch Urk. 26 S. 2). Diese Voraussetzungen sind beim Beschuldigten offenkundig nicht erfüllt. Da sich der Beschuldigte bereits seit mehr als einem Jahrzehnt einer freiwilligen Ausreise aus der Schweiz konsequent versperrt, ist es denn zudem auch wahrscheinlich, dass er sich einer begleiteten Rückführung in den Irak mittels Linienflug mit allen verfügbaren Mitteln widersetzen würde. Vor diesem Hintergrund erscheint eine ohnehin nur sehr beschränkt erzwingbare Rückschaffung des Beschuldigten faktisch nicht möglich, womit auch die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht verhältnismässig wäre und damit auch nicht als notwendige Zwangsmassnahme im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie zu qualifizieren ist.

4.5.3.1. In Bezug auf die Durchsetzungshaft ist den vorstehend in Erw. IV.4.5.1. wiedergegebenen vorinstanzlichen Erwägungen dagegen nicht zu folgen.

4.5.3.2. Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung oder die rechtskräftige Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB oder Art. 49a oder 49abis MStG aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere, mildere Massnahme nicht zum Ziel führt (Art.

78 Abs. 1 AuG). Die Durchsetzungshaft soll die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung bewegen, in denen der Vollzug der rechtskräftigen Weg- oder Ausweisung ohne ihre Kooperation nicht möglich ist (BGE 133 II 97 E. 2.2). Die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erforderliche Eignung der Durchsetzungshaft ist schliesslich schon dann gegeben, wenn eine minimale Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der renitente Ausländer dadurch sein Verhalten überdenkt und zur Durchführung der Wegweisung mit den Behörden kooperiert (Urteil des Bundesgerichtes 2C\_629/2019 vom 19. Juli 2019 E. 3.3, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichtes 2C\_441/2011 vom 15. Juni 2011 E. 2.2).

4.5.3.3. Mit rechtskräftigem Entscheid des BFM vom 14. Januar 2010 wurde das (dritte) Asylgesuch des Beschuldigten abgelehnt und dieser aufgefordert, die Schweiz zu verlassen (Urk. 13/15). Der Verpflichtung, die Schweiz zu verlassen, kam der Beschuldigte trotz zahlreicher Aufforderungen bis heute nicht nach. Wie bereits erwogen, war die ohnehin nur sehr beschränkt erzwingbare Rückführung des Beschuldigten faktisch nicht möglich, weshalb auch die Anordnung von Ausschaffungshaft nicht zulässig war (vorstehend, Erw. IV.4.5.2.). Mithin war die beharrliche Weigerung des Beschuldigten, freiwillig in den Nordirak zurückzukehren der Grund dafür, dass sein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid nicht vollzogen werden konnte. Damit waren im anklagegegenständlichen Zeitraum sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung von Durchsetzungshaft gegeben, wobei von den Migrationsbehörden deren Anordnung bis und mit dem anklagegegenständlichen Zeitraum nie beantragt wurde.

4.5.3.4. Dass die Anordnung von Durchsetzungshaft bis zum anklagegegenständlichen Zeitraum bzw. während dieses Zeitraums den Beschuldigten wohl nicht zu einer freiwilligen Rückkehr in den Irak hätte motivieren können, zeigt sich daran, dass er sich auch heute noch in der Schweiz aufhält. Dies ist jedoch ohne Belang. Aus dem Urteil des Bundesgerichtes 2C\_629/2019 vom 19. Juli 2019 geht hervor, dass die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erforderliche Eignung der Durchsetzungshaft schon dann gegeben ist, wenn eine minimale Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der renitente Ausländer dadurch sein Verhalten überdenkt und zur Durchführung der Wegweisung mit den Behörden kooperiert

(E. 3.3, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichtes 2C\_441/2011 vom 15. Juni 2011 E. 2.2). Eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass die Anordnung der Durchsetzungshaft bei einer ausreiseunwilligen Person doch noch zu einem Umdenken führt, besteht faktisch immer, da nie mit Sicherheit gesagt werden kann, wie eine Person im konkreten Fall auf ihre (neuerliche) Inhaftierung reagiert, zumal die Durchsetzungshaft maximal 18 Monate dauern darf. Da mit der unterbliebenen Anordnung der Durchsetzungshaft bereits feststeht, dass die Migrationsbehörden nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung getroffen haben, kann offengelassen werden, ob noch weitere zumutbare Massnahmen hätten ergriffen werden können.

4.6. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Migrationsbehörden angesichts des bisherigen Verzichts auf die Anordnung von Durchsetzungshaft im anklagegegenständlichen Zeitraum nicht sämtliche zumutbaren Möglichkeiten für den Vollzug der Rückkehrentscheidung angewendet haben. Dementsprechend hätte die EU-Rückführungsrichtlinie bereits einer Anklageerhebung gegen den Beschuldigten wegen rechtswidrigem Aufenthalt entgegengestanden, was zur Einstellung der entsprechenden Strafuntersuchung hätte führen müssen. Aus diesem Grund kann auch eine Verurteilung des Beschuldigten wegen rechtswidrigem Aufenthalt im Zeitraum vom 27. November 2013 bis zum 12. März 2018 nicht ergehen, weshalb das Verfahren gegen den Beschuldigten einzustellen ist (ANDREAS ZÜND, in Spescha/Thür/Zünd, Migrationsrecht, 3. Auflage 2012, N 12 zu Art. 115 AuG).

## **VI. DNA-Profil und ED-Materialien**

Nachdem das Strafverfahren einzustellen ist, ist die Löschung der DNA-Profile und die Vernichtung des ED-Materials anzuordnen.

## **VII. Kosten und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich die Kosten der amtlichen Verteidigung, sind ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario).
2. Der appellierende Beschuldigte obsiegt mit seinen Berufungsanträgen, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art 428 Abs. 1 StPO).
3. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ stellte für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren gemäss seiner Honorarnote Fr. 6'029.10 in Rechnung (Urk. 75). Dieser Betrag scheint als übersetzt, zumal sich im Berufungsverfahren die gleichen Rechtsfragen stellen, wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren und auch sonst keine neuen Umstände vorliegen. Die Vorinstanz hat das Honorar für die amtliche Verteidigung auf Fr. 7'567.10 festgesetzt. Für das Berufungsverfahren erscheint der in Rechnung gestellte Aufwand von 19 Stunden für das Verfassen der Plädoyernotizen unter den gegebenen Umständen als übersetzt und ist zu kürzen. Insgesamt erscheint eine pauschale Kürzung des geforderten Honorars um Fr. 1'000.– als angemessen. Das Honorar für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren ist auf pauschal Fr. 5'000.– festzusetzen.
4. Der Beschuldigte verlangt gestützt auf Art. 431 StPO eine Genugtuung für vier Tage rechtswidrige Haft (24. April 2017 von 03:10 Uhr bis 04:54 Uhr, vom 26. Juli 2017, 08:00 Uhr, bis 28. Juli 2017, 12:00 Uhr) von Fr. 1'500.–. Wird die beschuldigte Person freigesprochen oder - wie in casu - das Verfahren gegen sie eingestellt, erweist sich die vollstreckte Haft in den Fällen, in denen die Anordnungs Voraussetzungen gegeben waren, als ungerechtfertigt, nicht aber als rechtswidrig. Die Genugtuungsfrage beurteilt sich dann ausschliesslich nach Art. 429 lit. c StPO. Der Beschuldigte ist für die erlittene Haft von vier Tagen praxisgemäss mit Fr. 800.–, zuzüglich 5% Zins seit dem 28. Juli 2017, aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht in Strafsachen, vom 8. Mai 2019 bezüglich Dispositivziffer 4 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
3. Gegen Ziffer 1 dieses Entscheids 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.

**Es wird erkannt:**

1. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ betreffend rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird eingestellt.
2. Die DNA-Profile des Beschuldigten (DNA-PCN ... und DNA-PCN ...) werden gelöscht und die ED-Materialien vernichtet.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 5'000.- (amtliche Verteidigung).
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich die Kosten der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird für vier Tage erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 800.-, zzgl. 5% Zins seit dem 28. Juli 2017, aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat;
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern;

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich;
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles;
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG);
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA.

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 Beschwerde voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 4. März 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Samokec