

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210266-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin MLaw A. Donatsch

Urteil vom 19. Oktober 2021

in Sachen

A._____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrlı,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländer- u. Integrationsgesetz
und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht,
vom 15. März 2021 (GG200041)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 18. September 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 23).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 46 S. 24 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte, A._____, ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG).
2. Vom Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG wird die Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 8. November 2019 betreffend die unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr verfügte bedingte Entlassung (Reststrafe 46 Tage) wird widerrufen.
4. Die Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe gemäss Dispositivziffer 3 mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen als **Gesamtstrafe** bestraft, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft bereits geleistet sind.
5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
6. Der Antrag der Beschuldigten auf Zusprechung einer Genugtuung wird abgewiesen.
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'500.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.- Gebühr für das Vorverfahren.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

8. Die Entscheidgebür und die weiteren Kosten werden der Beschuldigten im Umfang eines Drittels auferlegt, aber infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

Im Umfang von zwei Dritteln werden die Entscheidgebür und die weiteren Kosten auf die Gerichtskasse genommen.

9. Rechtsanwalt MLaw X. _____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger der Beschuldigten mit Fr. 6'250.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung bei der Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang eines Drittels.

10. (Mitteilungen)

11. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 5)

- a) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 47 S. 1 f.)

1. Das Urteil des Vorinstanz sei in den Dispositiv-Ziffern 1, 3-6 aufzuheben und die Beschuldigte vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.
2. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz in den Dispositiv-Ziffern 1, 3-6 aufzuheben und das Strafverfahren gegen die Beschuldigte betreffend rechtswidrigen Aufenthalt einzustellen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.
3. Der Beschuldigten sei für die ungerechtfertigte Haft eine Genugtuung auszurichten in der Höhe von Fr. 200.– zzgl. Zins zu 5% seit dem

21. Februar 2020 und Fr. 200.– zzgl. Zins zu 5% seit dem 15. März 2020.

4. Der Unterzeichnende sei als amtliche Verteidigung der Beschuldigten für seinen Aufwand gemäss einzureichender Honorarnote zu entschädigen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens samt Kosten der amtlichen Verteidigung seien definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 53)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 46 S. 3).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 15. März 2021 wurde die Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft. Gegen dieses Urteil liess die Beschuldigte mit Eingabe vom 17. März 2021 Berufung anmelden (Urk. 42). Das begründete Urteil (Urk. 44) wurde in der Folge der amtlichen Verteidigung am 27. April 2021 zugestellt (Urk. 45), woraufhin sie mit Eingabe vom 29. April 2021 fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte. Gleichzeitig beantragte sie die Durchführung des schriftlichen Verfahrens (Urk. 47 f.).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 18. Mai 2021 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären, oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Staatsanwaltschaft

Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden ist (Urk. 51). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 20. Mai 2021 auf das Erheben einer Anschlussberufung und erklärte sich mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden (Urk. 53). Mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2021 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet sowie der Beschuldigten Frist angesetzt, um ihre Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie letztmals eigene Beweisanträge zu stellen (Urk. 55). Mit Eingabe vom 16. Juni 2021 verwies die Verteidigung auf die Begründung in der Berufungserklärung und ergänzte diese (Urk. 58). Der Staatsanwaltschaft wurde sodann mit Präsidialverfügung vom 17. Juni 2021 Frist gesetzt, um die Berufungsantwort einzureichen und letztmals eigene Beweisanträge zu stellen. Gleichzeitig wurde der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung gegeben (Urk. 61). Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Vorinstanz verzichteten auf eine Vernehmlassung zur Berufungsbegründung (Urk. 63; Urk. 65).

1.4. Der Schriftenwechsel ist durchgeführt. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Berufungsumfang

2.1. In ihrer Berufungserklärung vom 29. April 2021 beschränkte die Verteidigung der Beschuldigten die Berufung auf die Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpunkt), 3 (Rückversetzung), 4 (Strafe), 5 (Strafvollzug) und 6 (Abweisung Genugtuungsbegehren) des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 47 S. 1).

2.2. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositiv-Ziffern 2 (Freispruch betreffend Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung) und 7-9 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2.3. Im übrigen Umfang – für den nicht in Rechtskraft erwachsenen und angefochtenen Teil des Urteils – steht das vorinstanzliche Urteil zwecks Überprüfung

unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius) zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Sachverhalt

Mit der Vorinstanz ist der vorgeworfene Sachverhalt betreffend Dossier 1 im Sinne Anklageschrift erstellt (Urk. 46 S. 8; vgl. auch Urk. D1/2/1 S. 3 ff., Urk. D/13/7, Urk. D1/3/15, Urk. D1/4/1). Die Beschuldigte ist – nachdem ihr Asylgesuch mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 20. März 2018 abgelehnt und sie mit gleichem Entscheid aufgefordert worden war, die Schweiz bis spätestens am 15. Mai 2018 zu verlassen – seit ihrer letztmaligen Haftentlassung und Aufforderung, die Schweiz unverzüglich zu verlassen, am 3. Januar 2020 bis zu ihrer erneuten Verhaftung am 21. Februar 2020 in B. _____ in der Schweiz verblieben, ohne über einen rechtsgültigen Aufenthaltstitel zu verfügen, was sie gewusst hat, worüber sie sich aber hinweggesetzt hat. Eine Rückkehr nach Eritrea wird von der Beschuldigten denn auch ausgeschlossen (Urk. D1/2/1 S. 1). Der Anklagesachverhalt ist damit rechtsgenügend erstellt.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist das AIG anwendbar. Da die in Frage stehende Bestimmung (Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG) inhaltlich nicht geändert hat, kann die Rechtsprechung und Lehre zum aAUG herangezogen werden (Urk. 46 S. 10).

2.2. Nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält.

2.3. Die Beschuldigte verliess trotz rechtskräftigen Wegweisungsentscheid die Schweiz nicht, obwohl sie letztmals mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 3. Januar 2020 hierzu aufgefordert wurde. Ihr Aufenthalt in der Schweiz vom 3. Januar 2020 bis 21. Februar 2020 gemäss Anklageschrift er-

füllt entsprechend den objektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG. Auch der subjektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist erfüllt, war sich die Beschuldigte doch ihrer Pflichten zur Ausreise bewusst und kam diesen willentlich nicht nach.

2.4. "Nemo tenetur"

2.4.1. Die Verteidigung macht geltend, mit der Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts werde die Beschuldigte strafrechtlich belangt für ihre Weigerung, sich in Form eines Reuebriefs ("letter of regret") gegenüber dem eritreischen Staat strafrechtlich zu belasten und jede hierfür vorgesehene Bestrafung im Vorhinein zu akzeptieren. Die Verurteilung verletze das Selbstbelastungsprivileg. Die Vorinstanz habe verkannt, dass der Umstand, dass im Administrativverfahren das Auferlegen einer bestimmten Verpflichtung zulässig sei, nicht damit einhergehe, dass die Weigerung, dieser Verpflichtung nachzukommen, auch strafrechtlich geahndet werden könne (Urk. 47 S. 2 ff.).

2.4.2. Das verfassungs- und konventionsmässig geschützte Selbstbelastungsprivileg ("nemo tenetur se ipsum accusare"; Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II; Art. 6 Ziff. 1 EMRK [Grundsatz des "fair trial"]) schützt die beschuldigte Person davor, im Strafprozess nicht zu ihrer eigenen Verurteilung aktiv beitragen zu müssen. Daraus ergibt sich, dass die Strafbehörden nicht auf Beweismittel zurückgreifen dürfen, die durch Druck oder Zwang in Missachtung des Willens der beschuldigten Person erlangt worden sind (BGE 142 IV 207 E. 8.3.1; BGE 140 II 384 E. 3.3.2; BGE 138 IV 47 E. 2.6.1; BGE 131 IV 36 E. 3.1; BGE 130 I 126 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK – und damit die Geltung von "nemo tenetur" – setzen eine strafrechtliche Anklage (criminal charge) voraus, wobei sie gelten, sobald die Stellung der beschuldigten Person wesentlich beeinträchtigt ist (substantially affected) (Roth, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare - Zusammenfassung und Würdigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZStrR 129/2011 S. 310).

2.4.3. Wenn die Verteidigung vorbringt, die Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts widerspreche dem verfassungs- und konventionsmässig geschützten Selbstbelastungsprivileg ("nemo tenetur se ipsum accusare"), da die Unterzeichnung des "letter of regret", ein Schuldeingeständnis, Bedingung für die freiwillige Rückkehr nach Eritrea darstelle, geht sie fehl. Die nemo tenetur-Garantie ist strafprozessualer Natur. Die Frage, ob der Beschuldigten ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann, betrifft das materielle Strafrecht, insbesondere die Rechtswidrigkeit, weshalb allfällige Rechtfertigungs- respektive Schuldausschlussgründe zu prüfen sind. Der nemo tenetur-Grundsatz wird in dieser Konstellation nicht tangiert, zumal keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass im vorliegenden Strafverfahren die Beschuldigte zu einer aktiven Mitwirkung zur eigenen Verurteilung verpflichtet wurde.

2.4.4. Die Beschuldigte wurde durch die Behörden nicht verpflichtet, die Untersuchung gegen sich im vorliegenden Verfahren bzw. in unmittelbarem Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren aktiv zu fördern.

2.4.5. Selbst wenn – hypothetisch – davon ausgegangen würde, die Beschuldigte sei gezwungen gewesen, den "letter of regret" zu unterzeichnen und dieser liege bei den Akten, dürfte dieser "letter of regret" im betreffenden Strafverfahren nicht verwendet werden. Diesbezüglich bestünde ein Beweismethodenverbot (Wohlers, in Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, ZK-Kommentar StPO, Zürich 2020, Art. 3 N. 26 ff.). Sofern die übrigen Beweise für einen Schuldspruch ausreichen, stünde selbst in dieser Konstellation einer Verurteilung der beschuldigten Person nichts entgegen

2.5. "Verletzung von Art. 6 EMRK des in Eritrea allenfalls zu erwartenden Strafverfahrens als Folge der Ausweisung"

Soweit die Verteidigung geltend machen möchte, Art. 6 ERMK (Recht auf ein faires Verfahren) komme beschränkte extritoriale Anwendbarkeit zu und die Abschiebung gestützt auf die Konventionsgarantien sei unzulässig, ist darauf hinzuweisen, dass ein ernsthaftes Risiko einer Verletzung von Art. 6 EMRK nicht ausreicht. Vielmehr ist das ernsthafte Risiko einer flagranten Verletzung erforderlich,

die bei ihrer Realisierung so schwer wiegen würde, dass sie die eigentliche Substanz des Anspruchs auf ein faires Verfahren infrage stellen würde. Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zeigt, dass das Kriterium der "offenkundigen Verweigerung eines fairen Verfahrens" streng auszulegen ist (Urteile des EGMR *Ahorugeze gegen Schweden* vom 27. Oktober 2011, 37075/09 § 113 ff., und *Othman [Abu Qatada] gegen Vereinigtes Königreich* vom 17. Januar 2012, 8139/09 § 258 ff.; BVGE 2018 VI/4 vom 10. Juli 2018 E. 6.1.2). Weder wird von der Verteidigung aufgezeigt noch ergeben sich aus den Akten konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beschuldigte im Fall ihrer Rückkehr nach Eritrea – mit Verweis auf die nachfolgenden Erwägungen zur Lage in Eritrea (Ziff. II 2.6.4 ff.) – dem ernsthaften Risiko einer flagranten Verletzung von Art. 6 EMRK ausgesetzt würde. Der Vollzug der Wegweisung der Beschuldigten vermag mithin auch unter diesen Gesichtspunkt keine Verletzung von Art. 6 EMRK zu begründen.

2.6. Objektive Unmöglichkeit

2.6.1. Die Verteidigung macht sodann geltend, für eine freiwillige Rückkehr nach Eritrea aus dem Ausland verlange das eritreische Regime von seinen Staatsangehörigen neben dem Unterzeichnen des "letter of regret" die Bezahlung einer rückwirkenden Steuer von 2% auf sämtlichen Einkünften seit dem Datum der Ausreise aus Eritrea, wobei auch staatliche Leistungen wie Sozialhilfe berücksichtigt würden. Die Beschuldigte lebe auf dem absoluten Existenzminimum und der für die Zulassung zur Rückreise an den eritreischen Staat zu leistende Betrag von 2 % aller erhaltenen staatlichen und privaten Zuwendungen seit der Ausreise im Jahr 2014 übersteige die finanziellen Möglichkeiten der Beschuldigten erkennbar. Es sei daher objektiv unmöglich, die Zulassung zur Rückkehr zu erlangen (Urk. 47 S. 4 f.).

2.6.2. 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 zurückzukeh-

ren. 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). Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist aber gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist. Das ist der Fall, wenn eine legale Ausreise nicht an äusseren Umständen scheitert, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten, rechtskräftig weggewiesenen Person und der zuständigen Behörden liegen, sondern eine solche nur deshalb nicht zustande kommt, weil die betroffene ausländische Person die Schweiz nicht verlassen will und die rechtmässige Rückkehr in das Heimatland bzw. eine legale Ausreise aus der Schweiz vereitelt (Urteil BGer 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 3.2.3).

2.6.3. 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 AIG; 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 Rechts-

widrigkeit 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).

2.6.4. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem Urteil D-7898/2015 vom 30. Januar 2017 vertieft mit der Lage in Eritrea auseinandergesetzt. Es hat die vorhandenen Informationsquellen aufgezeigt (vgl. E. 4.7) und diese eingehend und kritisch analysiert sowie gewürdigt. Es kam dabei zum Schluss, dass eritreische Staatsangehörige, welche ihr Heimatland illegal verlassen haben, mutmasslich eine 2%-Steuer auf sämtliches Einkommen seit dem Datum der Ausreise aus Eritrea entrichten sowie einen Reuebrief unterschreiben müssten, in welchem sie die Nicht-Absolvierung des Nationaldienstes bereuen und sich mit einer allfälligen Bestrafung diesbezüglich – nicht aber in Bezug auf ihre illegale Ausreise – einverstanden erklären (E 4.11). Zumal zahlreiche Personen, welche illegal aus Eritrea ausgereist seien, relativ problemlos in ihr Heimatland hätten zurückkehren können, sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass einer Person einzig aufgrund ihrer illegalen Ausreise aus Eritrea eine asylrelevante Verfolgung drohe. Ein erhebliches Risiko einer Bestrafung bei einer Rückkehr gestützt auf asylrelevante Motive sei nur dann anzunehmen, wenn nebst der illegalen Ausreise weitere Faktoren hinzutreten würden, welche die asylsuchende Person in den Augen der eritreischen Behörden als missliebige Person erscheinen lassen würden (E. 5.1; vgl. auch BVGE 2018 VI/4 vom 10. Juli 2018 E. 6.1.8).

2.6.5. Die Beschuldigte ist Staatsangehörige von Eritrea, von wo sie mutmasslich im Jahr 2015 als Minderjährige die Flucht ergriffen hat (Urk. D1/3/7 S. 2). Das Vorliegen zusätzlicher Anknüpfungspunkte, welche zu einer Schärfung des Profils und dadurch zu einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgungsgefahr führen könnten, hat das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Asylentscheid vom 20. März 2018 bei der Beschuldigten – mit Verweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts – zu Recht verneint (Urk.D1/3/7). Entsprechend kommt der Beschuldigten keine Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 3 AsylG zu.

2.6.6. Sodann hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid 2018 VI/4 vom 10. Juli 2018 E-5022/2017 vertieft mit der materiellen Frage auseinandergesetzt, ob unter Annahme einer zukünftigen Einziehung in den eritreischen Nationaldienst das ernsthafte Risiko einer Verletzung des Sklavenverbots (Art. 4 Ziff. 1 EMRK), einer flagranten Verletzung des Zwangsarbeitsverbots (Art. 4 Ziff. 2 EMRK) oder des Verbots der unmenschlichen Behandlung (Art. 3 EMRK) besteht (E. 6.1.3 ff.).

2.6.6.1. Es legt dar, dass die Verpflichtung der eritreischen Staatsbürger, Nationaldienst zu leisten, nicht als Ausübung eigentumsrechtlicher Befugnisse durch den eritreischen Staat angesehen werden kann. Auch wenn der Nationaldienst formal nicht befristet ist und sich teilweise über Jahre erstreckt, könne zudem nicht von jenem dauerhaften Zustand ausgegangen werden, der für die Annahme von Leibeigenschaft im Sinne von Art. 4 Ziff. 1 EMRK vorausgesetzt sei. Entsprechend stehe Art. 4 Ziff. 1 EMRK dem Vollzug der Wegweisung auch bei einer Einziehung in den Nationaldienst nicht entgegen (E. 6.1.4).

2.6.6.2. Weiter zeigt das Bundesverwaltungsgericht im selben Entscheid auf, dass aufgrund einer Gesamtschau bei einer Rückkehr nach Eritrea der effektiv zu befürchtende Nachteil, auf unabsehbare Zeit eine niedrig entlohnte Arbeit für den Staat ausführen zu müssen, zwar eine unverhältnismässige Last darstelle und insofern auch als Zwangsarbeit i.S.v. Art. 4 Ziff. 2 EMRK zu qualifizieren sei, der Nachteil jedoch Art. 4 Ziff. 2 EMRK nicht seines essentiellen Gehalts beraube, sondern im Kontext des sozialistischen eritreischen Wirtschaftssystem und der Staatsdoktrin der "self reliance" zu sehen sei. Das erforderliche Risiko einer flagranten Verletzung von Art. 4 Ziff. 2 EMRK bestehe mithin durch die Einziehung in den eritreischen Nationaldienst nicht. Sodann sei davon auszugehen, dass es im eritreischen Nationaldienst zu Misshandlungen komme, indes nicht erstellt sei, dass diese derart flächendeckend seien, dass jeder Nationaldienstleistende dem ernsthaften Risiko ausgesetzt wäre, selbst solche Übergriffe zu erleiden. Zwar bestehe die Möglichkeit einer solcher Benachteiligung; dies alleine reiche jedoch gemäss Rechtsprechung nicht aus. Verlangt sei vielmehr die hohe Wahrscheinlichkeit einer Misshandlung, was gestützt auf die verfügbaren Quellen

nicht angenommen werden könne. Dasselbe gelte mit Blick auf sexuelle Übergriffe gegenüber weiblichen Dienstleistenden (E. 6.1.5).

2.6.6.3. Auch mit Blick auf Art. 3 EMRK erwägt das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid, dass keine hinreichenden Belege für derart flächendeckende Misshandlungen und sexuelle Übergriffe vorliegen würden, dass jeder Nationaldienstleistende dem ernsthaften Risiko ausgesetzt wäre, selbst solche Übergriffe zu erleiden, weshalb mit Blick darauf kein ernsthaftes Risiko einer unmenschlichen Behandlung im Falle der Einziehung in den eritreischen Nationaldienst bestehe (E. 6.1.6).

2.6.6.4. Entsprechend kam das Bundesverwaltungsgericht im zitierten Entscheid zum Ergebnis, die drohende Einziehung in den eritreischen Nationaldienst führe nicht zur Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 3 AIG; E. 6.1.7).

2.6.7. Schliesslich ist auch die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AIG ("Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind.") zu verneinen. Es liegen mit Verweis auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2018 VI/4 vom 10. Juli 2018 keine erkennbaren Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG vor. Die Rückkehr der Beschuldigten nach Eritrea und die damit einhergehende drohende Einziehung in den eritreischen Nationaldienst führen mithin auch unter diesem Aspekt nicht zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs (E. 6.2).

2.6.8. Inwiefern die zu bezahlende sogenannte Diaspora-Steuer zu einer objektiven Unmöglichkeit des Vollzugs des Wegweisungsentscheids führen soll, ist sodann nicht nachvollziehbar.

2.7. Zwischenfazit

Weder die Verpflichtung zur Bezahlung der 2%-Diaspora-Steuer sowie zur Unterzeichnung der Reuebriefs ("letter of regret") noch die drohende Einziehung in den eritreischen Nationaldienst führen dazu, dass völkerrechtliche Verpflichtungen der

Schweiz einer Rückkehr der Beschuldigten nach Eritrea entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG). Auch führen diese Umstände nicht zur Unzumutbarkeit des Vollzugs i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AIG. Der Vollzug der Wegweisung ist als objektiv möglich zu bezeichnen. Die Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist demnach ungeachtet der Vorbringen der Beschuldigten gegeben.

2.8. EU-Rückführungsrichtlinie

2.8.1. Die Verteidigung führt des Weiteren aus, die EU-Rückführungsrichtlinie räume dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Nationale Strafbestimmungen seien erst zulässig, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden sei. Eine Bestrafung einer ausländischen Person sei erst dann zulässig, wenn im Rückführungsverfahren sämtliche möglichen Zwangsmassnahmen und zumutbaren Vollzugsbemühungen erfolglos ausgeschöpft worden seien. Sei die Möglichkeit der Durchsetzungshaft bislang nicht ausgeschöpft worden, sei die Bestrafung unzulässig. Dies sei vorliegend der Fall. Die Beschuldigte habe sich bislang lediglich rund einen Monat in Administrativhaft befunden. Darüber hinaus seien abgesehen von einmaliger Nachfrage beim SEM keine Bemühungen zum Vollzug der Rückführung ersichtlich. Die Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthalts sei daher nicht zulässig (Urk. 47 S. 5).

2.8.2. 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 Achughabian). 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).

2.8.3. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die schweizerischen Migrationsbehörden "alles Zumutbare unternommen" haben, um die Beschuldigten zur freiwilligen Rückreise in ihr Heimatland zu bewegen.

2.8.4. Das Staatssekretariat für Migration wies die Beschuldigte mit Entscheid vom 20. März 2018 aus der Schweiz weg (Urk. D1/3/7). Der Wegweisungsentcheid erwuchs am 19. April 2018 in Rechtskraft (Urk. D1/3/8). Seither verliess die Beschuldigte die Schweiz nicht, obwohl sie mehrmals – letztmals mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 3. Januar 2020 – zum (unverzöglichen) Verlassen der Schweiz aufgefordert wurde (Urk. D1/3/15). Am 14. Mai 2018 erfolgte das (erste) Ausreisegespräch, wobei die Beschuldigte dar-

über informiert wurde, dass sie die Schweiz in Nachachtung des rechtskräftigen Asylentscheids sofort zu verlassen habe. Sie wurde auch darauf aufmerksam gemacht, dass sie eine gesetzliche Mitwirkungsfrist bei der Reisepapierbeschaffung habe. Die Beschuldigte hat unmissverständlich signalisiert, nicht in ihr Heimatland zurückkehren zu wollen (Urk. D1/3/10). In der Folge ist die Beschuldigte mehrmals untergetaucht (vgl. Urk. D1/3/11). Am 19. Juli 2019 fand wiederum ein Ausreisegespräch statt, wobei sie sich weiterhin konsequent gegen eine Rückkehr nach Eritrea sperrte (Urk. D1/3/11). Nach der Entlassung der Beschuldigten aus dem Strafvollzug wegen Vergehens gegen das AIG am 8. Dezember 2019 ordnete das Migrationsamt Durchsetzungshaft an und mit Urteil vom 10. Dezember 2019 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich die Versetzung der Beschuldigten in Durchsetzungshaft (Urk. D1/3/13). Der Antrag des Migrationsamtes auf Verlängerung der Durchsetzungshaft wurde indes vom Zwangsmassnahmengericht mit der Anmerkung abgelehnt, es seien noch keine milderen Zwangsmassnahmen, namentlich eine Eingrenzung, angeordnet worden (Urk. D1/3/14), und die Beschuldigte wurde aus der Haft entlassen (Urk. D1/3/15). In der Folge wurde mit Verfügung vom 21. Februar 2020 die Eingrenzung der Beschuldigten auf das Gebiet des Bezirks C._____ angeordnet (Urk. D1/3/1). Aufgrund des uneinsichtigen und renitenten Verhaltens der Beschuldigten scheidet der Vollzug der Ausreise. Sie weigert sich, freiwillig in ihr Heimatland zurückzukehren. Nach Eritrea ist indes nur eine freiwillige Rückkehr möglich (Urk. 49). Sonderflüge sind nicht möglich (Urk. 49). Für die Ausstellung eines Laissez-Passer muss die Beschuldigte freiwillig in ihr Heimatland zurückkehren wollen und selbständig beim eritreischen Konsulat in Genf persönlich vorsprechen (Urk. 49). Die Bemühungen des Staatsekretariats für Migration (SEM) betreffend Papierbeschaffung blieben entsprechend erfolglos (vgl. Urk. D1/3/12).

2.8.5. Die Migrationsbehörden haben mithin bis zum anklagerelevanten Tatzeitraum bereits diverse Bemühungen unternommen, um die Wegweisung in die Wege zu leiten. Insbesondere wurden auch Zwangsmassnahmen angeordnet, befand sich die Beschuldigte doch bereits für knapp einen Monat in Durchsetzungshaft. Die Ausschaffung ist jedoch blockiert, da die Beschuldigte nicht freiwillig zurückkehrt und die eritreische Botschaft deshalb keine Reisepapiere ausstellt. Die

auszusprechende Strafe ist folglich nicht geeignet, die Rückführung der Beschuldigten zu verzögern oder zu verhindern, da diese lediglich freiwillig in ihre Heimat zurückkehren kann und eine behördlich angeordnete Ausschaffung entfällt. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Migrationsbehörden die notwendigen Schritte zur Ausschaffung unternommen haben. Deren Vollzug scheiterte jedoch am fehlenden Ausreisewillen der Beschuldigten. Demnach steht die EU-Rückführungslinie einer Bestrafung der Beschuldigten gestützt auf Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht entgegen.

2.9. Notstand

2.9.1. Schliesslich ergänzt die Verteidigung die Berufungsbegründung dahingehend, dass die Beschuldigte überdies infolge rechtfertigenden Notstands im Sinne von Art. 17 StGB vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen sei. Es drohe ihr angesichts des zu unterzeichnenden "letter of regret" eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben und die Freiheit (Urk. 58).

2.9.2. Wie bereits ausgeführt, liegen gestützt auf die vorhandenen Informationsquellen zur Lage in Eritrea keine erkennbaren Anhaltspunkte für eine ernsthafte, konkrete und unmittelbare Gefährdung für Leib, Leben und die Freiheit der Beschuldigten bei einer Rückkehr nach Eritrea vor, welche eine Notstandslage i.S.v. Art. 17 StGB begründen könnten.

III. Strafzumessung, Rückversetzung und Strafvollzug

1. Mit Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz wiegt das Verschulden der Beschuldigten insbesondere angesichts der noch relativ kurzen Dauer von 50 Tagen und der besonderen Umstände leicht. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe ist angemessen. Die gestützt auf die Täterkomponente, insbesondere das Nachtatverhalten, vorgenommene Strafreduktion fiel wohlwollend aus, kann aber so übernommen werden. Gesamthaft ist für den rechtswidrigen Aufenthalt eine Freiheitsstrafe von 20 Tagen angemessen. Es kann hier auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 46 S. 18 ff.).

2. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend ausführt, ist mit der zu widerrufenden Strafe (46 Tagen Reststrafe) eine Gesamtstrafe zu bilden, wobei die festgesetzte Freiheitsstrafe von 60 Tagen angemessen ist (Urk. 46 S. 21 f.).
3. Die erstandene Haft von 2 Tagen ist anzurechnen (Art. 51 StGB).
4. Die Freiheitsstrafe ist – mit Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 46 S. 22) – zu vollziehen.

IV. Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts).
2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (THOMAS DOMEISEN in: BSK StPO II, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6). Die appellierende Beschuldigte unterliegt mit ihrer Berufung vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei deren Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.
3. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt MLaw X._____, ist gemäss seiner eingereichten Honorarnote für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 1'736.02 (inkl. Auslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Urk. 60).
4. Zuzufolge der vollen Anrechnung der erstandenen Haft an die auszusprechende Strafe entfällt die von der Verteidigung beantragte Ausrichtung einer Genugtuung an die Beschuldigte.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 15. März 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. (...)
2. Vom Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG wird die Beschuldigte freigesprochen.
- 3.-6. (...)
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.– Gebühr für das Vorverfahren.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.
8. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden der Beschuldigten im Umfang eines Drittels auferlegt, aber infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

Im Umfang von zwei Dritteln werden die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten auf die Gerichtskasse genommen.
9. Rechtsanwalt MLaw X._____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger der Beschuldigten mit Fr. 6'250.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung bei der Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang eines Drittels.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 8. November 2019 verfügte bedingte Entlassung (Reststrafe 46 Tage) wird widerrufen.
3. Die Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe gemäss Dispositivziffer 2 bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten als Gesamtstrafe, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'736.02 amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (im Doppel)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B
 - in die Untersuchungsakten Nr. ... der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatt
8. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 19. Oktober 2021

Der Präsident:

lic. iur. R. Naef

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Donatsch