

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230505-O/U/sm

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Bertschi, Präsidentin, Oberrichterin lic. iur. Ohn-
jec und Oberrichter lic. iur. Hoffmann sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Gitz

Urteil vom 14. Juni 2024

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidriger Aufenthalt etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht
Strafsachen, vom 5. Juli 2023 (GG230017)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Februar 2023 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 1.33).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist schuldig:
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie
 - des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (entsprechend Fr. 1'200.–), wovon 5 Tage als durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'800.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'500.00	Gebühr für das Vorverfahren;
Fr.	4'014.55	Entschädigung vormalige amtliche Verteidigung RA MLaw X2. _____ (inkl. Barauslagen und MwSt.);
Fr.	8'000.00	Entschädigung amtliche Verteidigung RA Dr. iur. X1. _____ (inkl. Barauslagen und MwSt.).
Fr.	15'314.55	Total

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigungen, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigungen werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 81 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG freizusprechen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus MWST von 7,7 % bzw. 8,1 %) zulasten der Staatskasse.

b) Der Vertreter der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 63, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Das eingangs erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht in Strafsachen, vom 5. Juli 2023, wurde gleichentags mündlich eröffnet und der amtlichen Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten übergeben. An die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) und den Vertreter der Privatklägerin wurde das Dispositiv am 6. Juli 2023 versandt (Prot. I S. 16 ff.).
2. Der Beschuldigte liess innert Frist Berufung anmelden (Urk. 52) und die Berufungserklärung mit Eingabe vom 5. Oktober 2023 (Datum Poststempel) ebenfalls innert Frist einreichen (Urk. 58).
3. Nach anschliessender Fristansetzung an die Staatsanwaltschaft und die Privatklägerin (Urk. 61) liess sich die Privatklägerin nicht vernehmen, während die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragte und um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung ersuchte (Urk. 63).
4. Die Parteien wurden am 12. Januar 2024 zur Berufungsverhandlung auf den 14. Juni 2024 vorgeladen (Urk. 65), zu welcher der Beschuldigte persönlich in Begleitung seines amtlichen Verteidigers erschien (Prot. II S. 3).

II. Formelles

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).
2. Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren einen Freispruch vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (Urk. 58). Nicht angefochten sind der Schuldspruch betreffend den Vorwurf des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit

Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB (Dispositivziffer 1) und die entsprechende Bestrafung und deren Vollzug (Dispositivziffern 2 und 4) sowie die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 5). Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

3. Da einzig der Beschuldigte gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung erklärt hat und keine Anschlussberufung erhoben wurde, kommt das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zur Anwendung.

III. Prozessuales

1. Die Richtlinie der EU über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (RL 2008/115/EU) kommt in der Schweiz zur Anwendung (BGE 143 IV 249 E. 1.2 mit Verweis auf den Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie [AS 5925 2010]).

Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger von Kuba und damit ein Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 3 Ziff. 1 der EU-Rückführungsrichtlinie.

2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung 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 Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3; 6B_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2; 6B_617/2012 und 6B_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5; 6B_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5) und die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_1471/2021 vom 9. März 2023 E. 2.3.1 f.; 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3).

3. Die EU-Rückführungsrichtlinie steht somit einer Bestrafung gestützt auf Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht grundsätzlich entgegen. Die ausgesprochene

Strafe darf jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung des Rückführungsverfahrens führen. Die Frage, ob ein Beschuldigter, der tatbestandsmässig handelte, zu verfolgen und zu bestrafen ist, ist im Lichte der EU-Rückführungsrichtlinie daher erst nach Prüfung einer möglichen Schuld und Strafe zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichts 6B_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.7).

IV. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Anklagevorwurf

1.1. Zum Anklagevorwurf ist auf die dem Urteil angeheftete Anklageschrift zu verweisen (Urk. 1.33). Zu beachten ist, dass infolge der Beschränkung der Berufung der Sachverhalt einzig noch im Hinblick auf den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts (Dossier 2 und 3) zu erstellen ist.

1.2. Diesbezüglich wird dem Beschuldigten vorgeworfen, sich trotz Kenntnis der Entlassungsanordnungen des Migrationsamts des Kantons Zürich (nachfolgend: Migrationsamt) vom 10. Januar 2020 und 23. Oktober 2020, in welchen er aufgefordert worden sei, in Nachachtung einer bereits zu früherem Zeitpunkt ergangenen und rechtskräftigen Wegweisungsverfügung die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen, im Zeitraum vom 10. Januar 2020 bis 19. Oktober 2020 um 19.30 Uhr, vom 24. Oktober 2020 bis 8. September 2021 um 15.50 Uhr sowie seit dem 9. September 2021 um 19.45 Uhr in der Schweiz aufgehalten zu haben bzw. sich weiterhin und andauernd aufzuhalten, ohne sich in dieser Zeit im Hinblick auf seine Ausreise ernsthaft – namentlich durch verbindliche Kontaktaufnahme mit den diplomatischen Vertretungen seines Heimatstaates – um Beschaffung von Reisepapieren zu kümmern, Auflagen der Kubanischen Botschaft betreffend definitiver Rückkehr in seinen Heimatstaat nachzukommen oder wenigstens mit dem Migrationsamt in Kontakt zu bleiben und seinen Wohn-/Aufenthaltort mitzuteilen, obwohl er dies hätte tun können, was er gewusst habe.

1.3. Hinsichtlich des Vorwurfs betreffend Dossier 3 ist fraglich, ob der angeklagte Tatzeitraum (seit 9. September 2021) dem Anklagegrundsatz zu genügen

vermag. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann diese Frage indessen mangels tatbestandsmässigen Verhaltens des Beschuldigten offengelassen werden.

2. Rechtswidriger Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG

2.1. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AIG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist. Mit dem definitiven Wegweisungsentscheid und dem Ablauf der Ausreisefrist besteht keine Aufenthaltsberechtigung mehr (Urteile des Bundesgerichts 6B_375/2019 vom 12. Juni 2019 E. 1.1; 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.1.).

2.2. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Von einer solchen objektiven Unmöglichkeit im Sinne des Schuldprinzips ist gemäss der Rechtsprechung auszugehen, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung triftige Gründe sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird. 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 bzw. ihnen Ausweispapiere auszustellen (Urteile des Bundesgerichts 6B_1471/2021 vom 9. März 2023 E. 2.3.1 und 2.3.2; 6B_1081/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2.2; 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.3.1, je mit Hinweisen).

2.3. Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist hingegen gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist

(BGE 130 II 56 E. 4.1.3 und 4.2.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.2; 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.3). 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. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sie untertaucht und keine Papiere beschafft bzw. den Behörden die insoweit mögliche und zumutbare Mithilfe versagt. Unter diesen Umständen, wenn also kein Fall objektiver Unmöglichkeit vorliegt und deswegen auch eine vorläufige Aufnahme im Sinne von Art. 83 ff. AIG ausser Betracht fällt, kann die Ausländerin oder der Ausländer das Verbleiben in der Schweiz nicht damit rechtfertigen, dass das Gesetz die illegale Ausreise in Art. 115 Abs. 2 AIG unter Strafe stellt. Diese Strafnorm bietet insoweit keine Rechtsgrundlage, um rechtmässig in der Schweiz bleiben zu können. Die betroffene Person kann daraus mit Bezug auf die Frage der Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts folglich nichts für sich ableiten, sofern sie eine legale Ausreise durch ihr eigenes Verhalten verunmöglicht. Der Aufenthalt in der Schweiz ist bzw. bleibt in einem solchen Fall rechtswidrig (zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.3.).

2.4. Der andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Aufenthalt ist ein Dauerdelikt. Die Verurteilung schafft eine Zäsur; für das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil kann eine weitere Verurteilung erfolgen (BGE 145 IV 449 = Pra 109 (2020) Nr. 60; 135 IV 6 E. 3 und E. 4.2; Urteile des Bundesgerichts 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.3.2; 6B_715/2015 vom 21. März 2016 E. 2.6.1; 6B_819/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 2.3).

3. Argumentation der Vorinstanz und der Verteidigung

3.1. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten betreffend Dossier 2 und 3 des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig. Sie erzog im Wesentlichen, der Beschuldigte verfüge über keine Aufenthaltbewilligung

in der Schweiz und habe sich somit in den anklagerelevanten Zeiträumen grundsätzlich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten, weshalb er den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ohne Weiteres erfülle. Zwar habe der Beschuldigte immer wieder gewisse Bemühungen in Bezug auf eine Rückreise nach Kuba vorgenommen, jedoch werde im Schreiben der Kubanischen Botschaft vom 24. Juli 2017 festgehalten, dass er als Auswanderer ein Gesuch um Heimkehr stellen könne, wobei die Voraussetzungen dafür detailliert erläutert worden seien. Es sei weder ein formelles Einreisegesuch noch ein konkreter Entscheid der Kubanischen Behörden aktenkundig, in welchem die Rückkehr des Beschuldigten ausdrücklich abgelehnt werde. Der Beschuldigte habe somit nicht alle Handlungen unternommen, die von ihm erwartet werden können, um den Vollzug seiner Ausweisung zu fördern. Ob die Wiedereinreise nach Kuba objektiv tatsächlich möglich sei, könne aber schlussendlich offen bleiben, da der Beschuldigte auch gegenüber den Schweizerischen Behörden seiner Mitwirkungspflicht nur ungenügend nachgekommen sei und er nicht genügend kooperiert habe, weshalb ihm der rechtswidrige Aufenthalt auch bei einer allfälligen Unmöglichkeit vorzuwerfen sei (Urk. 57 S. 6 ff.).

3.2. Die amtliche Verteidigung führt vor Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren aus, der Beschuldigte habe am 14. Januar 2020 beim Migrationsamt vorgesprochen und sei von Frau [recte: Herr] B. _____ vom Migrationsamt zur Kubanischen Botschaft nach Bern begleitet worden, um einen Pass zu beantragen (Urk. 1.47 S. 3). In der Folge habe der Beschuldigte denn auch einen Reisepass erhalten (Urk. 1.47 S. 4; Urk. 81 S. 5). Der Beschuldigte habe bereits im Jahr 2015 und 2017 bei der Kubanischen Botschaft vorgesprochen. Trotz seiner Bemühungen könne er jedoch objektiv nicht nach Kuba zurück, zumal er die letzte Anforderung, dort ein eigenes Logis und finanzielle Sicherheit nachzuweisen, nicht erfülle (Urk. 1.47 S. 4 f.; Urk. 81 S. 4). Zudem sei der Emigrantenstatus des Beschuldigten im September 2023 von Kuba bestätigt worden (Urk. 81 S. 4). Zwar lasse sich mit der Vorinstanz argumentieren, dass der Beschuldigte ein formelles Einreisegesuch in Kuba hätte stellen sollen, um zu wissen, ob Kuba ihm die Niederlassungserlaubnis endgültig gewähren würde oder nicht. Angesichts der Umstände erscheine es aber mehr als fraglich, ob ein solches Gesuch zielfüh-

rend wäre oder es sich nicht vielmehr bloss um überspitzten Formalismus handle, um den Beschuldigten abzuschrecken und ihn von der Schweiz fernhalten zu können (Urk. 81 S. 4 f.). Zudem würden die Sanktionen wegen illegalen Aufenthalts den Beschuldigten unfreiwillig im Dauersanktionsmodus gefangen halten, was seine Situation erschwere, da Kuba Landsleute mit Strafregistereinträgen nicht mehr aufnehmen (Urk. 1.47 S. 8 f.). Somit sei auch eine Ausschaffung des Beschuldigten objektiv nicht durchführbar (Urk. 81 S. 5). Schliesslich habe der Beschuldigte in der Schweiz ein Gesuch um vorläufige Aufnahme gestellt, wobei das Migrationsamt jedoch das Urteil im vorliegenden Berufungsverfahren abwarten würde, bevor es definitiv darüber befinde (Urk. 81 S. 3). Dass sich der Beschuldigte beim Migrationsamt nicht mehr gemeldet habe, sei nachvollziehbar, sei er doch das letzte Mal, als er sich dorthin begeben habe, von der Polizei für drei Tage verhaftet worden (Urk. 1.47 S. 6; Urk. 81 S. 5). Es sei ihm somit auch subjektiv nicht zumutbar, noch mehr für eine Ausreise nach Kuba zu unternehmen und mit den Behörden zu kooperieren, wenn für ihn damit die Gefahr einer Verhaftung einhergehe. Nachdem es für den Beschuldigten objektiv wie auch subjektiv nicht möglich sei, für einen permanenten Aufenthalt nach Kuba zurückzukehren, sei der Aufenthalt in der Schweiz nicht rechtswidrig (Urk. 81 S. 5).

4. Zu erstellender Sachverhalt und rechtliche Würdigung

4.1. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist anhand der Migrationsakten erstellt und vom Beschuldigten auch nicht bestritten, dass ihm mit Verfügung des Migrationsamts vom 1. Dezember 2015 die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert wurde (Urk. 2.4/2 Nr. 104 S. 251 ff., Nr. 155 S. 381 ff.) und er sich seither ohne Aufenthaltsbewilligung und ohne gesetzliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufhielt bzw. aufhält (Urk. 1.15/1 F/A 36 ff.; Urk. 1.30 F/A 17; Urk. 2.2; Urk. 3.3 F/A 5, 9; Urk. 3.4). Weiter ist unbestritten und erstellt, dass das Migrationsamt am 10. Januar 2020 und am 23. Oktober 2020 eine Entlassungsanordnung erliess und der Beschuldigte angewiesen wurde, die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen. Die Entlassungsanordnungen wurden dem Beschuldigten durch die Kantonspolizei Zürich eröffnet, wobei er am 10. Januar 2020 die Un-

terschrift verweigerte und am 23. Oktober 2020 den Erhalt des Entscheids unterschriftlich bestätigte (Urk. 2.2; Urk. 3.4).

4.2. Somit stellt sich die Frage, ob es dem Beschuldigten im genannten Zeitraum objektiv unmöglich war, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig nach Kuba zurückzukehren.

4.2.1. Der Beschuldigte macht diesbezüglich geltend, er könne nicht nach Kuba zurückkehren, er werde direkt wieder in die Schweiz zurückgewiesen. Er sei ca. im Juli oder August 2020 nach Bern zur Kubanischen Botschaft gegangen. Diese habe Kontakt mit Kuba aufgenommen, woraufhin Kuba schriftlich mitgeteilt habe, dass er ein Emigrant sei, der nicht mehr nach Kuba zurück könne (Urk. 1.15/1 F/A 37 und 41; Urk. 1.30 F/A 17 ff. und F/A 30; Urk. 3.3 F/A 5). In diesem Jahr sei er nochmals persönlich nach Bern zur Kubanischen Botschaft gefahren, er habe die Papiere mitgebracht und alles bezahlt, aber die Botschaft interessiere sich nicht für sein Problem. Gemäss Entscheid der Kubanischen Botschaft gelte er als Auswanderer (Prot. II S. 19). Durch die ausländerrechtlichen Schwierigkeiten in der Schweiz und die angedrohten Strafen werde ihm die Rückkehr nach Kuba erheblich erschwert. Da das Migrationsamt ihm keine Arbeitsbewilligung gebe, werde er ärmer und ärmer. Es könnten jedoch nur Personen nach Kuba zurückkehren, die über Vermögen verfügen oder für die Regierung seien (Urk. 3.3 F/A 5; Prot. II S. 21 f.). Er habe alles versucht, um an Papiere zu kommen (Urk. 1.15/1 F/A 43). Als er letztmals beim Migrationsamt gewesen sei, sei er verhaftet worden und drei Tage in der Kaserne gewesen. Deshalb gehe er nie mehr aufs Migrationsamt (Urk. 1.30 F/A 24; Prot. II S. 19 f.). Schliesslich bringt der Beschuldigte vor, er könne die Schweiz nicht verlassen, weil er eine Tochter hier habe und keinen Pass besitze (Urk. 3.3 F/A 9 f., 18; Prot. II S. 11).

4.2.2. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, hat der Beschuldigte seit Januar 2020 immer wieder Bemühungen in Bezug auf eine Rückreise nach Kuba vorgenommen (Urk. 57 S. 9). So beantragte er am 20. Februar 2020 bei der Kubanischen Botschaft einen Reisepass, welcher bis am 5. Dezember 2023 gültig war (Urk. 2.4/2 Nr. 248 S. 574; Urk. 1.24). Es lässt sich folglich nicht erstellen, dass

sich der Beschuldigte seit Januar 2020 nicht um die Beschaffung von Reisepapieren gekümmert habe.

4.2.3. Gemäss Bestätigung der Botschaft der Republik Kuba vom 17. Juli 2015 besitzt der Beschuldigte keine Bewilligung für Wohnsitz im Ausland, weshalb er nicht dauernd in Kuba wohnhaft sein kann. Weiter wird festgehalten, dass kubanische Bürger, welche dauerhaft im Ausland wohnen und über keine Bewilligung für Wohnsitz im Ausland verfügen, vor dem kubanischen Gesetz als Ausgewanderte betrachtet werden, sodass sie nicht zur dauernden Wohnsitznahme auf kubanisches Staatsgebiet zurückkehren können, ausser sie entscheiden sich, den dauernden Wohnsitz zu beantragen und ihnen dieser durch die entsprechenden Behörden gewährt wird (Urk. 2.4/2 Nr. 162 S. 399). Den Bestätigungen des Innenministeriums, Direktion für Identifikation, Einwanderung und Ausländerwesen in Havanna vom 19. Juni 2017 und 30. Mai 2023 ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte seit 1. Januar 2012 als ausgewandert gilt (Urk. 2.4/2 Nr. 318 S. 702; Urk. 68/1-2). Gemäss Bestätigung der Botschaft der Republik Kuba vom 24. Juli 2017 verliess der Beschuldigte Kuba und überschritt die gemäss Migrationsgesetz der Republik Kuba erlaubten 24 Monate. Aus diesem Grund erlaubt ihm sein Auswanderungsstatus nicht, definitiv ins Land zurückzukehren. Der genannten Bestätigung ist weiter zu entnehmen, dass der Beschuldigte selben Tags im Konsulat vorsprach, um ein Gesuch um Heimkehr zu stellen. Weiter werden die diesbezüglichen Voraussetzungen sowie die dafür erforderlichen Beilagen erläutert (Beantragen eines neuen Passes, Antragsformular für Einreisebewilligung, Ergebnisse der Röntgenuntersuchung des Brustkorbs sowie der serologischen Untersuchung auf AIDS, übersetzter und beglaubigter Strafregisterauszug, Kopie des Passes, zwei Fotos, Gesuch um Heimkehr und Referenz in Kuba, welche die Aufnahme des Beschuldigten garantiert; Urk. 2.4/2 Nr. 169 S. 409). Anlässlich der Hauptverhandlung gab der Beschuldigte an, dreimal ein formelles Einreisegesuch nach Kuba gestellt zu haben. Die Gesuche seien nicht in den Akten, weil das Migrationsamt Fehler gemacht habe (Prot. I S. 12). In der Berufungsverhandlung führte er aus, er habe bei der Kubanischen Botschaft zweimal ein Gesuch um Heimkehr gestellt. Er habe dem Migrationsamt gesagt, dass er in Kuba kein Zuhause habe und sich nach finanzieller Unterstützung erkundigt, um zurückkehren zu können.

Das Migrationsamt habe ihm jedoch nur den Pass bezahlt (Prot. II S. 20 f.). Gemäss Eingabe des vormaligen amtlichen Verteidigers vom 1. Juni 2021 an das Migrationsamt wollte der Beschuldigte die Schweiz verlassen bzw. zurück nach Kuba reisen und erkundigte sich, ob das Migrationsamt die Kostengutsprache für den HIV-Test, den Strafregisterauszug sowie dessen Übersetzung leisten würde (Urk. 2.4/2 Nr. 282 S. 640). Im Juni bzw. Juli 2021 lagen sodann das Resultat des HIV-Tests sowie der Strafregisterauszug vor (Urk. 2.4/2 Nr. 291 ff. S. 654 ff.). Wie die amtliche Verteidigung zutreffend vorbringt (Urk. 1.47 S. 4; Urk. 81 S. 4), gelang es dem Beschuldigten jedoch nicht, von jemandem die erforderliche Zusicherung eines Logis zu erhalten (Urk. 1.25/6). Am 22. April 2022 wurde der Beschuldigte erneut in der Kubanischen Botschaft in Bern vorstellig (Urk. 1.25/5).

Durch die Beschaffung der entsprechenden Dokumente und die Kontaktaufnahmen mit der Kubanischen Botschaft hat sich der Beschuldigte bemüht, die Voraussetzungen für das Gesuch um Heimkehr zu erfüllen. Es kann ihm insofern nicht vorgeworfen werden, er habe seit Januar 2020 mit der diplomatischen Vertretung seines Heimatstaates nicht verbindlich Kontakt aufgenommen und sei den Auflagen der Kubanischen Botschaft betreffend definitive Rückkehr nicht nachgekommen.

4.2.4. Die Vorinstanz erwog weiter, der Beschuldigte habe kein formelles Ausreisegesuch gestellt, weshalb er nicht alle Handlungen unternommen habe, die von ihm erwartet werden können, um den Vollzug seiner Ausweisung zu fördern (Urk. 57 S. 10). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch das Migrationsamt bzw. das Staatssekretariat für Migration mit den Dokumenten, welche der Beschuldigte der zuständigen Fachspezialistin eingereicht hatte (Urk. 2.4/2 Nr. 291-296 S. 654-661), bei den Kubanischen Behörden kein Gesuch um Heimkehr stellten. Dies wohl deshalb, weil die gemäss Botschaft der Republik Kuba erforderliche Referenz, welche seine Aufnahme garantiert hätte, nicht erbracht werden konnte. Sodann verfügt der Beschuldigte über diverse Vorstrafen, wobei diese Delinquenz im Zusammenhang mit dem ihm vorgeworfenen rechtswidrigen Aufenthalt steht. Selbst wenn der Beschuldigte nach Vorliegen der erhältlichen Dokumente ein entsprechendes Gesuch gestellt hätte, wäre aufgrund seines Auswanderungsstatus

nicht anzunehmen, dass dieses angesichts des fehlenden Nachweises eines Logis gutheissen worden wäre. Eine Gutheissung wäre schon gar nicht im Anklagezeitraum zu erwarten gewesen, beträgt doch die Verfahrensdauer für ein entsprechendes Gesuch gemäss der Kubanischen Botschaft sechs Monate bis zu einem Jahr (Urk. 2.4/2 Nr. 169 S. 409).

4.2.5. Schliesslich wurden sämtliche zumutbaren verwaltungsrechtlichen Massnahmen im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie ausgeschöpft. Insbesondere eine zwangsweise Rückführung des Beschuldigten kommt nicht in Frage, da sich Kuba weigert, emigrierte Staatsangehörige zurückzunehmen bzw. die Bewilligung des Gesuchs um Heimkehr vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängt und bei deren Nichtvorliegen eine Rückkehr ins Heimatland nicht erwirkt werden kann. Ein entsprechendes Gesuch wurde vom Migrationsamt bzw. vom Staatssekretariat für Migration jedoch zu Recht nicht gestellt und kann auch vom Beschuldigten nicht eingefordert werden, da es ihm nicht gelang, die hierzu erforderliche Logis-Garantie beizubringen. Dem Beschuldigten ist es daher trotz eigenständigen und ernsthaften Bemühungen objektiv unmöglich, rechtmässig nach Kuba zurückzukehren. Die Strafbarkeit nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist daher nicht gegeben (vgl. E. IV.2.2.).

5. Fazit

Der Beschuldigte ist des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht schuldig und ist freizusprechen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Haftentschädigung

Hinsichtlich der von der Vorinstanz für den geringfügigen Diebstahl ausgesprochenen Busse von Fr. 200.– (Urk. 57 Dispositiv-Ziffer 2) ist davon Vormerk zu nehmen, dass diese durch die vom Beschuldigten erstandene Haft getilgt ist.

2. Erst- und zweitinstanzliches Verfahren

2.1. Der Beschuldigte vermag sich in zweiter Instanz mit seinem Antrag auf Freispruch vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts vollumfänglich durchzusetzen. Es ist vor diesem Hintergrund von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, weshalb die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz zu fallen hat und die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

2.2. Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 2'695.75 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 82). Dieser Aufwand ist ausgewiesen und das geltend gemachte Honorar steht auch im Einklang mit den Ansätzen der kantonalen Anwaltsgebührenverordnung. Unter Berücksichtigung der teilweise von der Verteidigung bereits inkludierten Aufwendungen für die heutige Berufungsverhandlung (inkl. Weg zum Verhandlungsort und Nachbesprechung mit dem Klienten) erscheint es mithin angemessen, den amtlichen Verteidiger mit insgesamt Fr. 3'450.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 5. Juli 2023 bezüglich Dispositivziffer 1 teilweise (Schuldspruch betreffend geringfügiger Diebstahl), Dispositivziffer 2 teilweise (Bestrafung mit einer Busse), Dispositivziffer 4 (Vollzug der Busse und Festlegung einer Ersatzfreiheitsstrafe) sowie Dispositivziffer 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Busse von Fr. 200.– gemäss Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. Juli 2023 durch die erstandene Haft getilgt ist.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'450.– amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.).
4. Die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerin C. _____ AG

(Eine begründete Urteilsausfertigung gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO wird der Privatklägerin nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerin C. _____ AG (sofern verlangt)
 - 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 Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 32 Abs. 1 StReG mittels Kopie von Urk. 75
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit 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 zentrale Inkassostelle der Gerichte.
6. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 14. Juni 2024

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Bertschi

MLaw Gitz