

ZH_OBERGERICHT SB120151 vom 1. Juni 2012

ZH Obergericht, 2012-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120151

FR: ZH_OBERGERICHT SB120151 du 1 juin 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120151 del 1 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

Die Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

E. 2

Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.--.

E. 3

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.

E. 3.1

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht unbegrenzt. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Grundrechts eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale und öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (Art. 8 Abs. 2 EMRK, e contrario). Es kann hier auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 Erw. III. 2.3.2.4). Auch der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV, auf den sich grundsätzlich auch eine Person ausländischer Nationalität berufen kann, geht über diesen eingeschränkten Bereich nicht hinaus (vgl. BGE 6S.355/2002, Erw. 1). Gemäss Art. 1 AuG regelt dieses Gesetz die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Zudem regelt es die Förderung von deren Integration. Daraus ergibt sich klar, dass der Anspruch auf Achtung des Familienlebens in der Schweiz keinen uneingeschränkten Anspruch auf Einreise, Aufenthalt und Verbleib vermittelt. Gesetzliche Regeln zur Verhinderung einer unbegrenzten und unkontrollierten Zuwanderung sind insbesondere zur Wahrung des wirtschaftlichen Wohls des Landes unabdingbar und halten damit grundsätzlich vor der Konvention stand.

E. 3.2

Es ist unbestritten, dass die Wegweisungsverfügung des BFM formell in Rechtskraft erwuchs, nachdem das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde der Beschuldigten gegen diese Verfügung nicht eingetreten war. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ausreisefrist später ausgedehnt bzw. vom MAZ auf den 23. November 2010 terminiert wurde. Die Beschuldigte hielt auch diesen Termin nicht ein.

E. 3.3

Die Vorinstanz hatte unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (im Zusammenhang mit Art. 292 StGB) dargelegt, dass der Strafrichter die

- 7 - materielle Rechtmässigkeit einer Verwaltungsverfügung nicht überprüfen dürfe, wenn ein Verwaltungsgericht (rechtskräftig) entschieden habe, dass diese Verfügung rechtskonform war. Sie hielt fest, dass hier zwar ein Urteil eines Verwaltungsgerichts zur Wegweisungsverfügung ergangen war, allerdings nicht in der Sache selbst, da mangels Zahlung des Kostenvorschusses auf die Beschwerde der Beschuldigten nicht eingetreten wurde. Deshalb sei die Verfügung - gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung - vom Strafrichter auf "offensichtliche Rechtsverletzung und offensichtlichen Ermessensmissbrauch hin zu überprüfen" (Erw. III. 2.2.5).

E. 3.3.1

Wie sich aus der Verfügung des BFM ergibt, hatten die Zürcher Behörden zwar vorgeschlagen, der Beschuldigten im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 31 VZAE einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu attestieren und ihr eine Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung zuzubilligen. Das BFM hielt in seinem Entscheid fest, die Beschuldigte sei Ende 2006 illegal in die Schweiz eingereist und halte sich hier seither als "Sans-Papiers" auf. Es zog in Betracht, dass sie hier mit einem ... Staatsbürger [des Staates D. _____], der in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfüge, ein Kind zeugte, welches 2008 geboren wurde. Dieser zahle zwar Unterhalt, halte aber nur einen minimalen Kontakt zum Kind; eine Heirat mit der Beschuldigten sei nicht vorgesehen. Diese spreche nur wenig Deutsch, sei nicht erwerbstätig und zeige keine Integrationsbemühungen. Sie müsse von der Sozialfürsorge unterstützt werden. Das BFM gewährte der Beschuldigten vor ihrem Wegweisungsentscheid das rechtliche Gehör. Die Beschuldigte hatte gegen die tatsächlichen Feststellungen des BFM anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung keine grundsätzlichen Einwände vorgebracht. Sie machte insbesondere nicht geltend, mit dem Kindsvater zusammen zu leben oder dies auch nur zu beabsichtigen. Zwar machte sie geltend, eine Stelle in einer Wäscherei gefunden zu haben, doch erzielt sie so nur einen bescheidenen Nebenverdienst und ist massgeblich auf Unterstützung der Sozialhilfe angewiesen (Urk. 30; Prot. I S. 6 f.). Sie spricht keine Landessprache (Urk. 2 S. 1) und war an der Hauptverhandlung auf einen Englisch-Dolmetscher angewiesen. Der Sohn ist noch nicht im schulpflichtigen Alter, geschweige denn besucht er hier die Schule. Mit Ausnahme dessen, dass die Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung angab, vom Vater ihres ersten Kindes erneut schwanger zu sein, haben sich die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten in der Zwischenzeit nicht wesentlich geändert. Sie lebt nach wie vor alleine mit ihrem Sohn zusammen, ist nicht erwerbstätig und wird vom Sozialamt unterstützt. Für ihren Sohn C. _____ erhält sie vom Kindsvater Alimente (Urk. 48 S. 2 f., S. 6 f.). Zwar hatte der Kindsvater am 12. August 2008 beim Zivilstandsamt Zürich C. _____ als seinen Sohn anerkannt (Urk. 31/3, Anhang), am 9. September 2008 mit der Beschuldigten einen Unterhaltsvertrag abgeschlossen (Urk. 31/3, Anhang) und in seinem Schreiben vom 15. Februar 2011 an das Migrationsamt geltend gemacht, er sehe seinen Sohn "regelmässig", oft wöchentlich, dieser habe mittlerweile auch eine Beziehung zu seiner Schwester (recte wohl: Halbschwester) aufgebaut. Er selber habe "grosses Interesse daran", dass der Sohn eine ... Staatsbürgerschaft [des Staates D. _____] bekomme und er "ein gemeinsames Sorgerecht" (Urk. 11). Auch der Vertreter der Beschuldigten vermochte allerdings nicht darzutun, dass der Kindsvater diesen Worten weitere konkrete Taten oder

gar ernsthafte Anstrengungen zur Regelung der Staatsbürgerschaft folgen liess. Seit der Solidaritätsbekundung des Kindsvater sind inzwischen mehr als 15 Monate verstrichen. Es liegt bis heute keine offizielle Bestätigung der ... Staatsbürgerschaft [des Staates D. _____] vor, geschweige denn eine Vereinbarung über eine gemeinsame elterliche Sorge im Sinne von Art. 298a Abs. 1 ZGB (Eine entsprechende Regelung wurde vom Kindsvater jedenfalls nicht unterzeichnet, Urk. 31/4, vgl. auch Prot. II S. 5 und S. 7). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Berufung auf Achtung des Familienlebens als vorgeschoben, um der Beschuldigten ein ihr sonst nicht zustehendes Aufenthaltsrecht zu verschaffen. Das Argument der Verteidigung, der Sohn sei staatenlos und habe jedenfalls nicht die Staatsbürgerschaft seiner Mutter, der Beschuldigten, was dieser eine Rückkehr in ihre angestammte Heimat verunmöglichte, wurde schon durch den zutref-

- 9 - fenden Hinweis der Vorinstanz auf den Grundsatz des ius sanguinis (bzw. der citizenship by descent; vgl. www.multiplecitizenship.com, von OG besucht am 17.04.2012) in B. _____ widerlegt. Soweit die Beschuldigte sodann geltend macht, als ledige Mutter wäre sie in E. _____ wie auch in B. _____ Repressionen ausgesetzt, erscheint dies als Schutzbehauptung und wurde auch nicht ansatzweise konkretisiert. Im Übrigen könnte sie wohl nicht im Ernst behaupten, ihre persönlichen Lebens- und Daseinsbedingungen würden sich diesbezüglich vom Schicksal anderer Frauen in gleicher Ausgangslage in den genannten Ländern wesentlich unterscheiden oder gar eine eigentliche Notlage begründen. Soweit die Beschuldigte behauptet, E. _____ und B. _____ verweigerten ihr - trotz ernsthafter Bemühungen ihrerseits - eine Rück- bzw. Einreise zusammen mit ihrem Sohn, handelt es sich um eine unbelegte und nicht glaubhafte Schutzbehauptung.

E. 3.3.2

Die Beschuldigte hat nicht dargetan, dass sie die Voraussetzungen für eine Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit im Sinne der Art. 18 ff. AuG oder zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit im Sinne der Art. 27 ff. AuG erfüllt oder im inkriminierten Zeitraum erfüllt hatte. Zwar kann von diesen Zulassungsbedingungen in bestimmten Einzelfällen abgewichen werden, doch sind auch solche Ausnahmen beschränkt (Art. 30 AuG). Der Bundesrat legt die entsprechenden Rahmenbedingungen fest (Art. 30 Abs. 2 AuG). Er hat dies in den Art. 29-53 VZAE getan. Von Relevanz erscheint hier einzig der Ausnahmegrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG. Für den Entscheid, ob ein solcher, qualifizierter Härtefall vorliegt, sind gemäss Art. 31 Abs. 1 der bundesrätlichen Verordnung die Integration der Gesuchstellerin, deren Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse, "insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuches der Kinder, die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheits-

- 10 - zustand und die Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat", zu berücksichtigen. Folgt man diesen Kriterien, ist ein Härtefall hier nicht ersichtlich. Die Beschuldigte wuchs in F. _____ auf und reiste erst als Erwachsene illegal, unter Missachtung der Schweizer Rechtsordnung in die Schweiz ein. Sie lebt hier heute erst seit etwas über 5 Jahren und erscheint kaum als integriert. Sie beherrscht weder eine Landessprache noch verfügt sie über eine existenzsichernde Arbeitsstelle. Ihr Sohn ist ein Kleinkind und jedenfalls in einem Alter, wo es sich problemlos in der angestammten Kultur seiner Mutter eingliedern könnte. Die Dauer eines von vornherein illegalen Aufenthaltes in der Schweiz

wird nach ständiger Rechtsprechung bei der Beurteilung eines Härtefalles ohnehin nicht als massgeblich berücksichtigt (BGE 6A.512/2006 mit Verweis auf BGE 130 II 39). Der Umstand allein, dass die persönlichen Kontakte des Sohnes zu seinem leiblichen Vater bei einer Wegweisung der Mutter aus der Schweiz schwieriger werden, vermag vor diesem Hintergrund keinen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen, liesse sich doch sonst jede Regelung von Einwanderungsbegrenzungen durch Zeugung eines Kindes mit einer Person, die ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat, leichthin umgehen. Das Vorliegen eines Härtefalles ist jedoch - gemäss konstanter Gerichtspraxis - restriktiv zu beurteilen, will man nicht die Zielsetzung des Gesetzgebers unterlaufen.

E. 3.3.3

Insgesamt ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass die Verfügung des BFM vom 2. März 2010, womit die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen der Beschuldigten verweigert und sie zum fristgemässen Verlassen der Schweiz aufgefordert wurde, in offensichtlicher Rechtsverletzung oder mit einem klaren Ermessensmissbrauch erfolgt war. 4. Die Wegweisungs-Verfügung des BMF hält jedenfalls der begrenzten Kontrolle des Strafrichters stand. Damit hielt sich die Beschuldigte jedenfalls im angeführten Zeitraum illegal in der Schweiz auf und machte sich damit schuldig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

- 11 - III. 1. Die Vorinstanz hat den gesetzlichen Strafrahmen von Art. 115 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB und Art. 40 StGB korrekt angeführt und die allgemeinen Grundregeln der Strafzumessung zutreffend umschrieben; es kann darauf verwiesen werden. 2. Die Vorinstanz erachtete das Verschulden in objektiver Hinsicht als erheblich, in subjektiver Hinsicht als noch leicht. Sie begründete daraus eine Einsatzstrafe von 50 bis 60 Tagessätzen, was insgesamt in Anbetracht der langen illegalen Verweildauer und des direkten Tatvorsatzes als sehr wohlwollend erscheint. Eine einschlägige Vorstrafe (Strafbefehl vom 16. Mai 2008, bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen) wurde zu Recht als strafe erhöhend berücksichtigt. Das Geständnis steht allerdings vor dem Hintergrund einer klaren Beweislage und ist keineswegs ein Ausdruck von Einsicht ins Unrecht der Tat. Strafmindernde Elemente sind aufgrund der Täterkomponente nicht ersichtlich. Im Ergebnis erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe von 60 Tagessätzen als ausserordentlich milde. Einer Verschärfung steht das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO entgegen. 3. Die Höhe des Tagessatzes beschränkte die Vorinstanz auf den praxisgemässen Minimalansatz von Fr. 10.--. Auch hier steht einer allfälligen Erhöhung das strafprozessuale Verschlechterungsverbot entgegen. 4. Die Vorinstanz gewährte der Beschuldigten den bedingten Strafvollzug, was ebenfalls schon aufgrund des Verschlechterungsverbots zu bestätigen ist. Die Probezeit wurde nicht auf das gesetzliche Minimum von 2 Jahren beschränkt. Sie wurde in Anbetracht der einschlägigen Vorstrafe auf 3 Jahre festgesetzt. Dies ist nicht zu beanstanden. 5. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ist die Beschuldigte mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 10.-- zu bestrafen und die Probezeit auf 3 Jahre anzusetzen.

- 12 - IV. Bei diesem Verfahrensausgang ist das vorinstanzliche Kostendispositiv gestützt auf Art. 426 und 425 in Verbindung mit Art. 391 Abs. 2 StPO zu bestätigen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO der Beschuldigten aufzuerlegen. Ihren wirtschaftlichen Verhältnissen ist durch Ansetzen einer moderaten Gebühr Rechnung zu tragen. Ein Anspruch auf Entschädigung besteht nicht (Art. 429

StPO, e contrario). Das Gericht erkennt:

E. 4

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 900.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. Kosten Kantonspolizei Fr. 900.– Gebühr Anklagebehörde Fr. Kanzleikosten Untersuchung Fr. Auslagen Untersuchung Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

E. 5

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.

- 3 - Berufungsanträge: a) Der Verteidigung der Beschuldigten: (Prot. II S. 4 ff.) Die Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen unter den entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen. b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl: (schriftlich, Urk. 44) Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. _____

Das Gericht erwägt: I. 1. A. _____ (nachfolgend: Beschuldigte) ist Staatsangehörige von B. _____ (Urk. 13+14). Das Bundesamt für Migration (nachfolgend: BFM) forderte sie mit Verfügung vom 2. März 2010 auf, die Schweiz innert 8 Wochen nach Eintritt der Rechtskraft zu verlassen (Urk. 4). Auf eine Beschwerde der Beschuldigten trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Juli 2010 nicht ein (Urk. 5). Gestützt auf dieses Urteil setzte ihr das Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend: MAZ) neu eine Frist bis zum 23. November 2010, um zusammen mit ihrem am tt.mm.2008 geborenen Sohn C. _____ die Schweiz zu verlassen (Urk. 6). Mit Schreiben vom 14. Februar 2011 teilte das MAZ der Beraterin der Beschuldigten mit, selbst bei einer allfälligen Anerkennung einer entsprechenden Staatsangehörigkeit des Sohnes durch die ... Behörden [des Staates D. _____] werde am Wegweisungsentscheid festgehalten (Urk. 10). Der Kindsvater meldete sich am 15. Februar 2011 schriftlich beim MAZ und teilte diesem mit, dass er eine intensi-

- 4 - ve Beziehung zu seinem Sohn habe und dringend darum ersuche, von einer Wegweisung von Mutter und Kind abzusehen (Urk. 11). 2. Am 23. Februar 2011 eröffnete die Staatsanwaltschaft gegen die Beschuldigte eine Strafuntersuchung (Urk. 16). Mit Verfügung vom 7. September 2011 wies sie (bzw. das Büro für amtliche Mandate) ein Gesuch um Bestellung eines amtlichen Verteidigers ab (Urk. 20/11). 3. Die Staatsanwaltschaft wirft der Beschuldigten im Strafbefehl vom 15. September 2011 vor, sie habe sich in Kenntnis dieser Verfügung des BFM vom 24. November 2010 bis zum 15. September 2011 weiterhin und damit rechtswidrig in der Schweiz, namentlich im Raum Zürich aufgehalten (Urk. 22). Sie bestrafte die Beschuldigte mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen. Gegen diesen Strafbefehl liess die Beschuldigte Einsprache erheben. Sie beantragte einen Freispruch mit der Begründung, wegen des Schutzes der Familie sei sie berechtigt, sich zusammen mit ihrem Sohn, dessen Vater ein in der Schweiz lebender ... [Angehöriger des Staates D. _____] sei, in der Schweiz aufzuhalten (Urk. 23). Die Staatsanwaltschaft hielt an ihrem Strafbefehl fest und überwies diesen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 StPO dem Einzelgericht des Bezirkes Zürich (Urk. 25). 4. An der vorinstanzlichen Hauptverhandlung machte die Beschuldigte geltend, sie bemühe sich weiterhin um eine Anerkennung der ... Staatsbürgerschaft [des Staates D. _____] ihres Sohnes (Urk. 30 S. 7). Bis zum Vorliegen eines solchen Entscheides könne sie weder nach E. _____ noch nach B. _____ gehen. Sie habe vergeblich versucht, Reisepapiere zu erhalten (S. 8). Das Einzelgericht des Bezirkes Zürich sprach die Beschuldigte mit Urteil vom

E. 8

Dezember 2011 schuldig des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von dessen Art. 115 Abs. 1 lit. b. Es verurteilte sie zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.-- und setzte die Probezeit auf 3 Jahre an. Die Kosten wurden der Beschuldigten auferlegt, aber sogleich abge-

- 5 - schrieben. Das Urteil wurde mündlich eröffnet und erläutert (Prot. I S. 8 f., Urk. 32). 5. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 (Montag) liess die Beschuldigte Berufung anmelden (Urk. 33). Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 38) wurde ihr am 20. Februar 2012 zugestellt (Urk. 37/1). Sie reichte am 1. März 2012 ihre Berufungserklärung ein und beantragte erneut einen Freispruch (Urk. 39). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44). II. 1. Die Berufung erfolgte rechtzeitig. Ihr Umfang wird durch die Berufungserklärung zulässig und klar umschrieben. Auf das Rechtsmittel ist einzutreten. 2. Der inkriminierte Sachverhalt ist insoweit unbestritten, als die Beschuldigte zugeibt, in Kenntnis der rechtskräftigen Wegweisungsverfügung des BFM über die ihr angesetzte Frist hinaus in der Schweiz verblieben zu sein und sich hier namentlich im angeführten Zeitraum vom 24. November 2010 bis zum 15. September 2011 aufgehalten zu haben. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird bestraft, wer "sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält". Es ist unbestritten, dass der entsprechende Aufenthalt der Beschuldigten auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet war und der inkriminierte Aufenthalt sich über mehrere Monate erstreckte. Insoweit ist der objektive wie auch der subjektive Tatbestand erfüllt. 3. Die Beschuldigte behauptet nicht, sie sei legal in die Schweiz eingereist und es habe ihr hier im angeführten Zeitraum ohne Weiteres ein Recht auf Aufenthalt oder gar Niederlassung zugestanden. Dennoch bestreitet sie die Rechtswidrigkeit ihres Verweilens in der Schweiz und leitet dabei aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK einen Anspruch auf Ver-

- 6 - bleib in der Schweiz ab, weil auch der ... Vater [Angehöriger des Staates D._____] ihres minderjährigen Sohnes hier lebt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.