

# ZH\_OBERGERICHT SB130373 vom 21. November 2013

ZH Obergericht, 2013-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB130373](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130373)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB130373 du 21 novembre 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT SB130373 del 21 novembre 2013

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 29. Mai 2013 wurde der Beschuldigte im Sinne des Strafbefehls vom 25. Januar 2013, gegen welchen er Einsprache erhoben hatte, des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit einer bedingt auf 2 Jahre aufgeschobenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, wovon 2 Tagessätze durch Haft erstanden

- 4 - sind. Die Kosten des Strafbefehls und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, zufolge Uneinbringlichkeit jedoch einstweilen abgeschrieben (Urk. 25 S. 18 ff.).

#### E. 1.2

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte durch seinen (erbetenen) Verteidiger am 10. Juni 2013 fristgerecht Berufung an (Urk. 20) und liess diesen nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 22; Urk. 24/2) - ebenfalls fristgerecht - am 19. August 2013 dem Obergericht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 26).

#### E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 17. September 2013 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zu seinen finanziellen Verhältnissen verschiedene Auskünfte zu erteilen und zu belegen (Urk. 30). Am 23. September 2013 teilte die Staatsanwaltschaft mit, sie beantrage die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 32), und am 15. Oktober 2013 reichte der Verteidiger das vom Beschuldigten unterzeichnete "Datenerfassungsblatt" ein (Urk. 38; Urk. 40).

#### E. 1.4

Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte sowie der erbetene Verteidiger Fürsprecher X.\_\_\_\_\_ erschienen sind, waren weder Vorfragen zu entscheiden noch Beweise abzunehmen (Prot. II S. 5 ff.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 12 f.).

### E. 2

Bezeichnung des Beschuldigten im Rubrum

## **E. 2.1**

Nachdem der Verteidiger bereits im erstinstanzlichen Verfahren vom Beschuldigten jeweils als "A'.\_\_\_\_\_" gesprochen hatte (Urk. 15), ersuchte er zusammen mit der Berufungsanmeldung vom 10. Juni 2013 das Berufungsgericht, die Personalien des Beschuldigten "nun auch im vorliegenden Verfahren korrekt (A'.\_\_\_\_\_, geb. tt.01.1968)" zu führen, wie dies schon seit längerer Zeit auch bei allen Ämtern gemacht werde (Urk. 20). Mit Präsidialverfügung vom 4. Oktober

- 5 - 2013 wurde dieses Begehren unter Hinweis auf die diesbezüglich unklare Situation bzw. insbesondere die diversen Aliasnamen des Beschuldigten abgewiesen (Urk. 34).

## **E. 2.2**

Wie den beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich (Urk. 14A), insbesondere der sich darin befindenden Kopie des Reisepasses des Beschuldigten (Urk. 14A/1), entnommen werden kann, heisst der Beschuldigte mit richtigem Namen "A'.\_\_\_\_\_". Ebenso ging das Bundesamt für Migration (BFM) in seiner Entscheidung vom 28. Januar 2008 (Referenz/Aktenzeichen: N 460 535) von der Richtigkeit dieses Namens aus und führte demgegenüber sämtliche übrige mit dem Beschuldigten in Zusammenhang stehende Namen als Aliasnamen auf (Urk. 14A/32).

## **E. 2.3**

Es steht damit fest, dass der korrekte Name des Beschuldigten "A'.\_\_\_\_\_" lautet. Das Rubrum - die Seite 1 des vorliegenden Urteils - ist somit entsprechend zu ergänzen.

## **E. 3**

Umfang der Berufung Der Beschuldigte lässt beantragen, er sei in Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vollumfänglich freizusprechen (Urk. 26). Entsprechend ist das Urteil in allen Teilen angefochten und in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

## **E. 4**

Prozessuales

### **E. 4.1**

Wie schon vor Vorinstanz macht der Verteidiger zunächst geltend, es habe schon deshalb ein Freispruch zu ergehen, weil kein verwertbares Beweisresultat vorliege. Der Beschuldigte sei nämlich am 24. Januar 2013 in einem Tram anlässlich einer Personenkontrolle unterzogen worden. Nachdem die Polizeibeamten offenbar keine Kontrolle der Fahrausweise vorgenommen hätten, scheide eine sicherheitspolizeiliche Massnahme aus, und für eine strafprozessuale, in Art. 215 StPO geregelte polizeiliche Anhaltung habe es am erforderlichen vagen Tatverdacht gefehlt (Urk. 15 S. 2/3; Urk. 43 S. 3/4).

- 6 -

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat hierzu das Nötige ausgeführt (Urk. 25 S. 5/6). Die Personenkontrollen im Tram erfolgten offensichtlich gestützt auf § 21 PolG, und es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Beschuldigte etwa aus bloss vorgeschobenen Gründen, persönlicher Neugierde oder andern nichtigen Motiven (vgl. dazu BGE 136 I 87 E. 5.2 m.Hw.) kontrolliert worden wäre. Solche stichprobeweisen Personenkontrollen, wie sie eine an

jenem 24. Januar 2013 vor- genommen worden ist, sind fraglos zulässig und ein wichtiges Instrument zur Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben (vergleichbar mit allgemeinen Verkehrskontrollen). Im Übrigen war der Beschuldigte damals bekanntlich ja gerade dabei, jedenfalls in objektiver Hinsicht eine strafbare Handlung zu begehen, indem er sich unberechtigterweise in der Schweiz aufhielt. Es mutet deshalb etwas merkwürdig an, wenn der Verteidiger geltend macht - so sind jedenfalls seine Ausführungen zu verstehen -, es hätte der Beschuldigte nicht kontrolliert werden dürfen, weil er sich keiner weiteren, anderen Straftat ver- dächtigt gemacht habe.

#### **E. 4.3**

Nicht klar ist schliesslich, ob der Verteidiger erstinstanzlich überhaupt geltend machen wollte, es genüge die Anklage (bzw. der diese Stellung ein- nehmende Strafbefehl) dem Anklagegrundsatz nicht: In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bezeichnete er den Anklagesachverhalt nämlich selbst noch als - immerhin - "wohl nur knapp genügend abgefasst" (Urk. 15 S. 4). Dann bean- trachte er aber gleichwohl eventualiter ein Nichteintreten auf die Anklage (Prot. I S. 9). Im Berufungsverfahren brachte der Verteidiger keine derartige Beanstan- dung vor (vgl. Urk. 43).

#### **E. 4.4**

Auch hierzu hat die Vorinstanz indes das Erforderliche ausgeführt (Urk. 25 S. 3/4). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der zur Anklage gebrachte Sachverhalt unvollständig sein sollte.

#### **E. 5**

Sachverhalt Der Beschuldigte anerkennt den Sachverhalt, wie er dem Strafbefehl und dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde liegt (Urk. 25 S. 7; Urk. 42 S. 11 ff.). Dement- sprechend steht fest, dass sich der Beschuldigte vom 4. Mai 2012 bis zum

- 7 - 24. Januar 2013 in der Schweiz aufgehalten hat, obwohl sein Asylgesuch - was er wusste - rechtskräftig abgewiesen und die ihm letztmals verlängerte Ausreisefrist am 3. Mai 2012 abgelaufen war.

#### **E. 6**

Rechtliche Würdigung

##### **E. 6.1**

Ungeachtet seines an sich nicht zulässigen Verbleibs in der Schweiz ist der Beschuldigte aber der Ansicht, er habe sich nicht schuldig gemacht. Es sei ihm nämlich nicht zuzumuten gewesen, seine schwer kranke Mutter hier in der Schweiz alleine zurück zu lassen oder sie nach Georgien mitzunehmen (vgl. dazu die Zusammenfassung der Vorbringen des Beschuldigten und seines Verteidigers in Urk. 25 S. 7/8). Daran hält der Beschuldigte auch im Berufungsverfahren fest (Urk. 42 S. 12 ff.). Der Verteidiger führte hierzu aus, es sei zwar richtig, dass nach dem 3. Mai 2012 die Ausreisefrist nicht mehr erstreckt worden sei. Das Bundes- amt für Migration habe aber gewusst, dass der Beschuldigte den Standpunkt ein- genommen habe, dass er nicht ausreisen könne. Entsprechend habe die Nichter- streckung der Ausreisefrist rechtlich bedeutet, dass die Frage der Ausreise auf die kantonale Ebene, d.h. diejenige des Vollzuges verlagert worden sei. Strafrechtlich gehe es vorliegend um die Frage, ob der Beschuldigte in dieser Situation habe ausreisen müssen. Dies sei zu verneinen. Bereits der Vergleich der Rechtsgüter - individuelles Leben bzw. Gesundheit auf der einen Seite, öffentliche Interessen auf der anderen Seite - würde die Situation

verfassungsrechtlich klar machen. Beachte man weiter die Position des Beschuldigten - sowohl als Sohn als auch als Arzt -, könne von ihm klar keine Handlung verlangt werden, welche die Gesundheit seiner Mutter in irgendeiner Weise verschlechtern oder gefährden würde. Es sei klar, dass niemand seine knapp 80-jährige, schwer kranke Mutter in dieser Situation alleine im Ausland zurücklassen würde. Die Ausreise des Beschuldigten alleine sei deshalb ausgeschlossen. Die Mutter des Beschuldigten habe ihrerseits die Schweiz nicht verlassen können. Sie habe Angst vor fehlenden Behandlungsmöglichkeiten und vor fehlendem Zugang zur notwendigen medizinischen Versorgung in ihrem Heimatland gehabt. Sie habe in stationärer Behandlung gestanden. Dies impliziere per se eine Reiseunfähigkeit. Eine Ausreise sei somit für den Beschuldigten nicht zumutbar (Urk. 43 S. 4-7).

- 8 -

## **E. 6.2**

Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Diesen äusseren Tatbestand hat der Beschuldigte anerkanntermassen erfüllt.

### **E. 6.2.1**

Für eine Strafbarkeit ist - wie bei jedem echten Unterlassungsdelikt - in objektiver Hinsicht weiter erforderlich, dass der Täter die Tatmacht hat. Daran fehlt es, wenn es dem Betreffenden objektiv unmöglich war, die von ihm geforderte Handlung vorzunehmen (vgl. dazu anstelle Vieler Donatsch/Tag, Strafrecht I, § 29 1.1. b). Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass dem Beschuldigten strafrechtlich nicht vorgeworfen werden könnte, in der Schweiz verblieben zu sein, wenn die legale Ausreise objektiv unmöglich gewesen wäre (so auch die Vorinstanz in Urk. 25 S. 8, mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts 6B\_85/2007 vom 3. Juli 2007, E. 2.3, und 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 3.2.3). Dass dem so gewesen sein sollte, ist indessen weder ersichtlich noch wird dies geltend gemacht (typischerweise liegt eine solche Situation dann vor, wenn keine Papiere vorhanden sind und auch nicht erhältlich gemacht werden können). Gegenteilig wurde im Asylverfahren von den entscheidenden Behörden positiv festgehalten, dass der Vollzug der Wegweisung des Beschuldigten technisch möglich und praktisch durchführbar war (Urk. 25 S. 8 m.Hw.)

### **E. 6.2.2**

Indem der Beschuldigte aber weiter vorbringt, es sei ihm die Ausreise wegen seiner sich in der Schweiz befindlichen schwer kranken Mutter nicht zumuten gewesen, beruft er sich auf einen subjektiven Grund, der einem rechtskonformen Verhalten entgegen gestanden habe. Damit geht es - entgegen (wohl) dem Verteidiger in Urk. 15 S. 4 ff. und der Vorinstanz in Urk. 25 S. 11 - nicht mehr um die Frage der Tatmacht, sondern vielmehr um die Thematik der Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe. Hier fielen namentlich die rechtfertigende oder entschuldigende Notstandshilfe gemäss Art. 17 und 18 StGB sowie allenfalls der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen in Betracht.

### **E. 6.2.3**

Der Anrufung all dieser Gründe steht jedoch entgegen, dass - wie dem Schreiben des Bundesamtes für Migration (im Folgenden: BFM) vom 9. Mai 2012

- 9 - an den Verteidiger (der auch die Mutter des Beschuldigten vertritt) entnommen werden kann - das Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: BVG) mit Urteil vom

#### **E. 6.2.4**

Aus diesem Ablauf sowie der Haltung des Beschuldigten im vorliegenden Strafverfahren ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass er schlicht und ergreifend die rechtskräftigen Entscheide der zuständigen Behörden nicht akzeptieren will und seine eigene Beurteilung insbesondere des Gesundheitszustands seiner Mutter anstelle und über jene der zur diesbezüglichen Prüfung berufenen Instanzen setzt. Es ist denn auch bezeichnend, dass aus der Zeit ab der letztmaligen Abweisung des Gesuchs um Verlängerung der Ausreisefrist für den Beschuldigten und seine Mutter vom 9. Mai 2012 bis zur Verhaftung am 24. Januar 2013 keine migrationsamtlichen Akten mehr bestehen (vgl. Urk. 14A/61, 14A/62,

- 10 - 14A/63). Ganz offensichtlich vertraute der Beschuldigte einfach darauf, dass die Nichtausreise von ihm und seiner Mutter möglichst lange nicht bemerkt würde, und/oder trachtete er danach, im Zeitablauf vollendete Tatsachen zu schaffen in dem Sinne, als seine Mutter zufolge des sich weiter verschlechternden Gesundheitszustands mittlerweile effektiv nicht mehr reisefähig sein könnte. Ob dies mit den (teilweise) dahingehenden ärztlichen Berichten von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom

#### **E. 6.3**

In der massgeblichen Zeit bestanden demnach - entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 43 S. 4 ff.) - keine rechtlich erheblichen subjektiven Gründe für den Beschuldigten, sich der Ausweisung zu widersetzen. Die zuständigen Instanzen hatten rechtskräftig entschieden, dass der anerkanntermassen schlechte Gesundheitszustand der Mutter des Beschuldigten deren (gemeinsamen - es wurde also vom Beschuldigten nicht verlangt, seine Mutter "zu verlassen", vielmehr waren sie beide zur Ausreise verpflichtet; vgl. demgegenüber der Verteidiger in Urk. 15 S. 5) Ausreise nach Georgien nicht entgegenstand. Alleine der Umstand, dass die Gesundheitsversorgung hierzulande im Vergleich zu Georgien möglicherweise besser ist, berechtigten den Beschuldigten und seine Mutter nicht, hier zu bleiben (so schon die Vorinstanz in Urk. 25 S. 11 m.Hw.). So kann sich der Beschuldigte weder auf einen rechtfertigenden oder schuldausschliessenden Notstand oder weitere Rechtfertigungsgründe berufen. Wenn der Verteidiger einen Unterschied dahingehend zu konstruieren sucht, als die Frage der Zumutbarkeit im Verwaltungsrecht und im Strafrecht unterschiedlich zu beurteilen sei (Urk. 15 S. 5/6), so verhält dies nicht. Zwar ist grundsätzlich denkbar, dass auch gegenüber einer behördlichen Anordnung eine Notstandshandlung zulässig sein kann. Nicht möglich ist allerdings, zur Begründung einer Notstandssituation gerade diejenigen Umstände - erneut und einfach anders

- 11 - gewichtet - anzurufen, die schon Gegenstand der Beurteilung bildeten, die dann zur behördlichen Anweisung führte. Genau dies ist vorliegend der Fall: Die für das Asylverfahren zuständigen Behörden hatten zu prüfen, ob dem Beschuldigten und seiner Mutter die Ausreise nach Georgien zuzumuten ist. Sie befassten sich in diesem Zusammenhang insbesondere eingehend mit der gesundheitlichen Situation der Mutter des Beschuldigten und kamen zum Schluss, dass diese reisefähig war und in Georgien auf ein tragfähiges Beziehungsnetz und eine ausreichende medizinische Betreuung hätte zurückgreifen können. Dabei stützten sich das BFM und das BVG auf die damals

bestehenden medizinischen Akten (vgl. Urk. 14A/61). Wenn der Beschuldigte dem nun einfach seine eigene Beurteilung entgegenhält (seine Mutter sei nämlich nicht reisefähig gewesen und hätte in Georgien keinen Zugang zu einer angemessenen Behandlung ihrer Krankheit gehabt) und dies im vorliegenden Strafverfahren durch heutige Arztzeugnisse (die nichts über die Situation in der anklagerelevanten Zeit aussagen) zu belegen sucht, ist das offensichtlich unbehelflich. Genau die Thematik, die der Beschuldigte zur Begründung seiner Notstandssituation anruft, wurde von den zuständigen Behörden im dafür vorgesehenen Verfahren bereits abschliessend erörtert und entschieden. Darauf darf und muss das Strafgericht abstellen, zumal der Beschuldigte dem ausser seiner eigenen anderslautenden Einschätzung nichts objektivierbares entgegenhält. Die Verteidigung machte weiter geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe sich in seinem Entscheid vom 9. März 2012 nur auf rudimentäre Kenntnisse der Krankheit stützen müssen und im Zeitpunkt vom 3. Mai 2012 sei dann die damals angenommene Situation bereits überholt gewesen (Urk. 43 S. 4). Diese Ausführungen sind unbehelflich. Wie bereits vorstehend ausgeführt, befassten sich sowohl das BFM als auch das BVG eingehend mit der gesundheitlichen Situation der Mutter des Beschuldigten. Beide Behörden kamen sodann gestützt auf die entsprechenden medizinischen Unterlagen zum Schluss, dass eine Ausreise nach Georgien für die Mutter des Beschuldigten im damaligen Zeitpunkt zumutbar war (vgl. Urk. 14A/61). In der Folge befasste sich das BFM erneut mit der Reisefähigkeit der Mutter des Beschuldigten, da ihr Rechtsvertreter - welcher im vorliegenden Verfahren Verteidiger des Beschuldigten ist - am 3. Mai 2012 um Ver-

- 12 - längerung der Ausreisefrist ersuchte. Zur Beurteilung der Reisefähigkeit stützte sich das BFM insbesondere auf den Bericht der Klinik für Neurochirurgie sowie auf das Schreiben der Radio-Onkologie vom 30. April 2012. Das BFM hielt hierzu fest, dass aus diesen beiden Berichten nicht explizit hervor gehe, dass die Mutter des Beschuldigten nicht reisefähig gewesen sei. "Nach Prüfung der neu eingereichten medizinischen Unterlagen kommen wir zum Schluss, dass sich der Gesundheitszustand Ihrer Mandantin zwar weiter verschlechtert, jedoch nicht grundlegend verändert hat. Der Verlauf entspricht der angesichts der Diagnose zu erwartenden Entwicklung und die weitere medizinische Betreuung kann im Heimatstaat erfolgen. Die Radiotherapie ist mit heutigem Datum abgeschlossen worden, eine weiterführende kurative Behandlung ist nicht vorgesehen und die Fortsetzung der Behandlung wird aller Voraussicht nach palliativ erfolgen" (Urk. 14A/61 S. 2). Das BFM ist somit erneut und gestützt auf damals aktuellste medizinische Berichte davon ausgegangen, dass die Mutter des Beschuldigten im damaligen Zeitpunkt reisefähig und somit eine Ausreise nach Georgien zumutbar war. Aus welchen Gründen im vorliegenden Strafverfahren von diesen nachvollziehbaren und plausiblen Schlüssen des BFM, welche sich im Übrigen mit den rechtskräftigen Entscheiden des BFM bzw. des BVG decken, abgewichen werden soll, machte der Verteidiger nicht geltend und ist aufgrund der vorliegenden Akten auch nicht ersichtlich. Die Verteidigung führte sodann aus, vom Beschuldigten hätten keine Handlungen verlangt werden können, welche die Gesundheit seiner Mutter in irgendeiner Weise verschlechtern oder auch weiter nur gefährden würde (Urk. 43 S. 5). Der Beschuldigte habe seine Mutter in der fraglichen Zeit nicht alleine zurück lassen können und er habe auch nicht zusammen mit ihr ausreisen können (Urk. 43 S. 6). Diesen Ausführungen fehlt jegliche Grundlage. Sie stellen vielmehr eigene Beurteilungen des Beschuldigten dar und werden durch keine medizinischen Berichte gestützt. Wie vorstehend ausgeführt, war die Mutter des Beschuldigten gemäss Ausführungen des BFM und des BVG im massgeblichen Zeitraum - und allein jener

Zeitpunkt ist für das vorliegende Strafverfahren relevant - reisefähig. Eine Ausreise nach Georgien wäre damit möglich und zumutbar gewesen und

- 13 - hätte in keiner Weise deren gesundheitlichen Zustand verschlechtert oder gefährdet. Der Verteidiger hielt schliesslich fest, der Beschuldigte habe in der Zeit vom März bis Mai 2012 sich ernsthaft überlegt, was er jetzt machen solle. Er habe geprüft, was er machen würde, wenn er nach Georgien zurück ginge. Er habe abgeklärt, welche Finanzen er zur Verfügung habe, um seine Mutter behandeln zu lassen. Er habe in dieser Zeit auch mit seiner Partnerin besprochen, was man jetzt mache und was die verschiedenen Möglichkeiten für ihre Beziehung bedeuten würden. Dies seien Abwägungsschritte gewesen (Prot. II S. 9). Es ist durchaus verständlich und nachvollziehbar, dass der Beschuldigte die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten prüfte und er eine möglichst optimale - wenn nicht gar die bestmögliche - Lösung für sich, seine Mutter und seine Partnerin anzustreben versuchte. Doch dies ändert nichts daran, dass es dem Beschuldigten unter Würdigung aller Umstände - insbesondere unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes seiner Mutter - möglich und zumutbar war, nach Georgien auszureisen.

#### **E. 6.4**

Auch aus dem vom Verteidiger schliesslich angeführten Entscheid "El Dridi" (Urteil des EuGH C-61/11, Hassen El Dridi [alias Soufi Karim], vom 28. April 2011) kann nichts zugunsten des Beschuldigten abgeleitet werden. Der Vorderrichter hat dazu zutreffend festgehalten, dass diese Rechtsprechung zur auch für die Schweiz verbindlichen Rückführungsrichtlinie der EU (Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008) bezweckt, der in der genannten Richtlinie aufgestellten gemeinsamen Rückkehr- und Rückführungspolitik zum Durchbruch zu verhelfen (Urk. 25 S. 12). Namentlich dürfen deshalb die einzelnen Mitgliedsstaaten gegen sich illegal auf ihrem Staatsgebiet aufhaltende Drittstaatsangehörige keine strafrechtlichen Sanktionen verhängen, die mit den Zielen der Richtlinie unvereinbar sind. Konkret sind insbesondere Haftstrafen unzulässig, die härter als die in der Richtlinie vorgesehenen Zwangsmassnahmen sind oder die Umsetzung der getroffenen Regelungen vereiteln (im konkreten Fall, der zum Urteil "El Dridi" führte, ging es um eine vom italienischen Strafrichter ausgesprochene zwingend einjährige Mindestfreiheitsstrafe gegen El Dridi, der sich über mehrere Jahre

- 14 - hinweg ohne Ausweispapiere illegal in Italien aufgehalten und einer nach sechs Jahren ergangenen Aufforderung, das Land innert 5 Tagen zu verlassen, nicht Folge geleistet hatte). Es dürfen also ausgewiesene Personen nicht durch drakonische Strafen zur (möglicherweise legal gar nicht möglichen) Ausreise gezwungen werden oder aber länger als nötig einem Freiheitsentzug ausgesetzt sein. Die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten, die illegale Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet unter Strafe zu stellen, wird aber vom EuGH nicht in Frage gestellt (vgl. zum Ganzen Hugi Yar, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, in: Jusletter 11. Juli 2011). Das vorliegende Strafverfahren steht - entgegen der Verteidigung (Urk. 43 S. 7 f.) - nicht im Widerspruch zur EU-Rückführungsrichtlinie und zu dieser Rechtsprechung; namentlich ist die Sach- und Rechtslage in keiner Weise mit dem Fall zu vergleichen, der zum Urteil El Dridi geführt hat (jahrelanges Dulden der illegalen Anwesenheit, keine Ausweispapiere, kurze, plötzliche Ausreisefrist, kaum verhältnismässige, obligatorische Freiheitsstrafe von 1 Jahr). Es wäre nicht ersichtlich, inwiefern die Ausfällung einer bedingten Geldstrafe (eine unbedingte oder auch härtere Sanktion steht im vorliegenden Berufungsverfahren aus prozessualen Gründen ohnehin nicht mehr zur Diskussion:

Verschlechterungs- verbot, Art. 391 Abs. 2 StPO) die Verwirklichung der mit der EU-Rückführungs- richtlinie angestrebten Ziele gefährden oder gar vereiteln sollte. Weder handelte es sich hier um eine unverhältnismässige, über das Instrumentarium der Richtlinie hinausgehende Strafe, noch stünde diese der - freiwilligen oder zwangsweisen - Ausreise des Beschuldigten entgegen. Wenn sich der Beschuldigte darauf beruft, dass gegen ihn noch keine ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen ergriffen worden sind und darum das - in diesem Bereich grundsätzlich subsidiäre - Straf- recht noch nicht angewandt werden dürfe (Urk. 43 S. 7 f.), wäre dem der Einwand eigentlich treuwidrigen Verhaltens entgegen zu halten: Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 73 ff. AuG waren nämlich alleine deshalb nicht angeordnet worden, weil der Beschuldigte immer wieder Gesuche um Erstreckung der Aus- reisefrist gestellt und dabei jeweils den Eindruck erweckt hatte, tatsächlich Vorbe- reitungen zur Ausreise zu treffen (vgl. Urk. 25 S. 12 mit den entsprechenden Nachweisen). Vielmehr erscheint es unter diesen Voraussetzungen alles andere

- 15 - als stossend, wenn der Beschuldigte strafrechtlich dafür belangt wird, sich in der Folge bis zum 24. Januar 2013 unberechtigterweise einfach weiterhin in der Schweiz aufgehalten zu haben. Wenn der Verteidiger sodann auf den Bundes- gerichtsentcheid 6b\_713/2012 verweist, so verkennt er, dass sich der vorliegen- de Sachverhalt von demjenigen, welcher dem genannten Bundesgerichts- scheid zugrunde lag, doch deutlich unterscheidet. Während im vorliegenden Fall der Beschuldigte - wie gesagt - den Eindruck erweckte, Vorbereitungen zur Ausreise zu treffen, hat im genannten Entscheid die beschuldigte Person gerade keine solchen Anstalten getroffen. Folglich kann der Beschuldigte bereits aus diesem Grund aus dem erwähnten Entscheid nichts für sich ableiten. Schliesslich muss dem Verteidiger entgegen gehalten werden, dass für die Beurteilung dieses Verhaltens nicht von Bedeutung ist, ob heute (wieder) ein verwaltungsrechtliches Verfahren läuft (der Beschuldigte liess ein Härtefallgesuch stellen: Urk. 16/1 und Urk. 14A/72-78) und/oder der Aufenthalt des Beschuldigten allenfalls (wieder) legalisiert worden sein sollte oder werden wird (Prot. I S. 10; vgl. Urk. 43 S. 8).

### **E. 6.5**

Es hat damit dabei zu bleiben, dass sich der Beschuldigte anklagegemäss im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gemacht hat. 7. Strafzumessung 7.1. Hinsichtlich der Strafzumessung kann vorab vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 25 S. 13 ff.). Die von ihr fest- gesetzte Geldstrafe von 40 Tagessätzen erscheint in Anbetracht des Straf- rahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe im Vergleich zu in ähnlichen Fällen ausgesprochenen Strafen als milde und berücksichtigt den Umstand ganz sicher in ausreichendem Masse, dass sich der Beschuldigte auch darum zum rechtswidrigen Weiterverbleib in der Schweiz entschieden hat, um in der Nähe seiner schwer kranken Mutter zu sein. Insbesondere ging es aber wohl vor allem darum, dieser die hiesige medizinische Versorgung zuteil werden zu lassen. Entgegen der Vorinstanz (Urk. 25 S. 15 oben) war es ja nämlich nicht so, dass vom Beschuldigten verlangt worden wäre, seine Mutter alleine in der Schweiz zurück zu lassen. Auch seine Mutter war bekanntlich verpflichtet auszu-

- 16 - reisen, und die zuständigen Behörden hatten eine Rückreise nach Georgien als zumutbar erachtet. So erscheint eben doch als hauptsächlichste Motivation für den Rechtsbruch, dass der Beschuldigte und seine Mutter die asylrechtlichen Entscheide einfach nicht akzeptieren wollten, um weiterhin von den hiesigen Annehmlichkeiten profitieren zu können. Gegen die Beteuerungen des Beschuldigten, dass er sich beim Entscheid gegen die

Ausreiseverpflichtung mehr oder weniger ausschliesslich von altruistischen Motiven habe leiten lassen, spricht schliesslich auch, dass er bereits im Jahre 2003 unter falschem Namen ein erstes Asylgesuch gestellt hatte, als seine Mutter noch nicht krank war und in Georgien weilte (Akten MA Urk. 2 ff.), sowie dass auch im Zeitpunkt seines zweiten Asylgesuchs Ende November 2007 seine Mutter zwar offenbar bereits krank war, sich indessen noch nicht in der Schweiz aufhielt. Es fällt in diesem Zusammenhang auf, dass der Beschuldigte in der Anhörung vor der Migrationsbehörde am 17. Januar 2008 erklärt hatte, er habe kein Asylgesuch in Italien stellen wollen, weil dort "chaotische Zustände" herrschten, obwohl damals seine Mutter in Rom operiert worden war und auch (illegal) dort lebte (Akten MA Urk. 20 ff., insb. Urk. 27 S. 5, 6, 9, 14). Die bereits vorinstanzlich ausgesprochene Strafe von 40 Tagessätzen Geldstrafe ist damit zu bestätigen. 7.2. Hinsichtlich der Höhe der Tagessätze hat die Vorinstanz ohne Erwägungen die im Strafbefehl festgesetzten Fr. 30.– übernommen (Urk. 25 S. 16). Der Beschuldigte darf jedoch seit der Abweisung seines Asylgesuchs nicht mehr arbeiten und wird von den Fürsorgebehörden unterstützt. Auf diesem Weg erhält er monatlich Fr. 496.– ausbezahlt. Die Miete seiner Wohnung wird ebenfalls von den Fürsorgebehörden übernommen (Prot. I S. 7; Urk. 40). Ein höherer Tagessatz als die Fr. 10.–, was das Minimum dessen darstellt, das nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch bei Tätern mit niedrigsten Einkommen nicht nur noch als symbolisch bezeichnet werden muss (BGE 135 IV 180 E. 1.4), kommt daher nicht in Frage.

- 17 - 7.3. Der Beschuldigte ist deshalb mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen. Davon sind 2 Tagessätze durch die vom Beschuldigten erstandene Haft erstanden (Art. 51 StGB). 8. Strafvollzug Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährt und die minimale Probezeit von 2 Jahren angesetzt (Urk. 25 S. 16/17). Daran kann im Berufungsverfahren nur schon aufgrund des prozessualen Verschlechterungsverbots nichts geändert werden (Art. 391 Abs. 2 StPO). 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

## **E. 9**

März 2012 entschieden hat, es sei der (ebenfalls ohne gültigen Aufenthaltsstatus in der Schweiz anwesenden und ausgewiesenen) Mutter des Beschuldigten, B.\_\_\_\_\_, trotz ihres schlechten Gesundheitszustands die Ausreise nach Georgien zumutbar. B.\_\_\_\_\_ könne zusammen mit ihrem Sohn nach Georgien zurückkehren und dort auf ein tragfähiges Beziehungsnetz zurückgreifen und medizinisch behandelt werden. Es liege in der Verantwortung des Beschuldigten zu entscheiden, ob er seine betagte kranke Mutter in den Heimatstaat begleiten und ihr beistehen wolle, oder ob er ihr die Heimreise alleine zumuten oder die Betreuung allenfalls an eine medizinische Begleitperson delegieren und sie in die Obhut ihres Neffen geben wolle, der ebenfalls ausgebildeter Mediziner sei und bei dem sie vor ihrer Ausreise in die Schweiz gewohnt habe. Das BFM legte im genannten Schreiben weiter dar, dass sich der Gesundheitszustand der Mutter des Beschuldigten seit dem Entscheid des BVG zwar weiter verschlechtert, nicht jedoch grundlegend verändert habe. Es gehe aus den neuesten Berichten nicht hervor, dass die Mutter nicht reisefähig wäre. Eine Erstreckung der Ausreisefrist aus medizinischen Gründen sei deshalb - sowohl hinsichtlich des Beschuldigten selbst als auch seiner Mutter - nicht angezeigt (Urk. 14A/61). Ungeachtet dieser Entscheide haben dann der Beschuldigte und seine Mutter das Land aber bekanntlich nicht verlassen und wurde der Beschuldigte schliesslich am 24. Januar 2013 verhaftet.

### **E. 9.1**

Die Vorinstanz hat die Kosten des Strafbefehls und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt, jedoch infolge Uneinbringlichkeit einstweilen abgeschrieben (Urk. 25 S. 17/18). Die Kostenaufgabe entspricht auch dem Ausgang des Berufungsverfahrens. An der einstweiligen Überbindung der Kosten auf die Gerichtskasse kann zufolge des Verschlechterungsverbots nichts geändert werden. Die vorinstanzliche Kostenregelung (Dispositivziffern 4 und 5 des angefochtenen Urteils) ist deshalb zu bestätigen.

## **E. 9.2**

Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe an die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung und obsiegt in nur ganz unwesentlichem Masse dahingehend, als die Höhe des Tagessatzes seinen finanziellen Verhältnissen angepasst wird. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind damit vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Für eine Abschreibung derselben besteht im heutigen Zeitpunkt kein Anlass, zumal der Beschuldigte offenbar nach wie vor hartnäckig darum kämpft, in der Schweiz verbleiben zu können, und nicht vorausgesehen werden kann, wie die entsprechenden Verfahren enden. Jedenfalls dann, wenn es dem Beschuldigten gelingen sollte, ein Aufenthaltsrecht zu erhalten, wird er wieder arbeitstätig sein und die Kosten bezahlen können.

- 18 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten. 3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt. 5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–. 6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. 7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sowie in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mittels Formular „Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials“ zwecks Löschung des DNA-Profiles

- 19 - 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, 21. November 2013 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Marti lic. iur. M. Hauser

## **E. 13**

März 2013 (Akten MA Urk. 78, Beilage) und 8. April 2013 (Urk. 16/2) für heute belegt ist, muss im vorliegenden Verfahren indessen nicht geprüft werden. Es ist nämlich für die Beurteilung der Frage, ob der Beschuldigte verpflichtet gewesen ist, in der Zeit zwischen dem 4. Mai 2012 bis zum 24. Januar 2013 die Schweiz zu verlassen, vollkommen irrelevant, ob seine Mutter derzeit reisefähig ist oder nicht.

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