

# ZH\_OBERGERICHT SB140183 vom 4. September 2014

ZH Obergericht, 2014-09-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB140183](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140183)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB140183 du 4 septembre 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT SB140183 del 4 settembre 2014

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 31. Januar 2014 wurde der Beschuldigte im Sinne des Strafbefehls vom 1. Oktober 2013, gegen welchen er Einsprache erhoben hatte, wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 20.– bestraft, wovon 2 Tagessätze durch Haft erstanden sind. Der Vollzug der Geldstrafe wurde im Umfang von 60 Tagessätze unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aufgeschoben. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 48 S. 12).

- 4 -

#### E. 1.2

Gegen dieses den Parteien schriftlich im Dispositiv eröffnete Urteil (Prot. I S. 13) liess der Beschuldigte durch seinen erbetenen Verteidiger am 10. Februar 2014 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 39; Urk. 40). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 44 = 48; Urk. 45) liess der Beschuldigte am 22. April 2014 ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung einreichen (Urk. 50).

#### E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 2. Mai 2014 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung des Beschuldigten samt Beilage zugestellt. Zudem wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungserklärung zu verdeutlichen und anzugeben, ob das erstinstanzliche Urteil ganz oder in welchen Teilen angefochten werde (Urk. 55). Nachdem der Verteidiger am 5. Mai 2014 die präzierte Berufungserklärung eingereicht hatte (Urk. 57), wurde diese mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2014 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 (Urk. 60). Mit Schreiben vom 4. Juni 2014 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 62).

#### E. 1.4

Mit Schreiben vom 30. Juni 2014 brachte der Verteidiger die Vermutung auf, der Vorsitzende des vorliegenden Berufungsverfahrens könne befangen sein, da er allenfalls den in einem weiteren Strafverfahren gegen den Beschuldigten zuständigen Bezirksrichter beeinflusst haben könnte, ihn in jenem Verfahren vor Bezirksgericht Dietikon als amtlichen Verteidiger zu entlassen, ohne allerdings ein konkretes Ausstandsbegehren zu

stellen (Urk. 67). Nachdem der Vorsitzende zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen Stellung genommen hatte (Urk. 71), teilte der Verteidiger mit Schreiben vom 7. Juli 2014 mit, dass er keinen Befangenheitsantrag stelle (Urk. 73).

### **E. 1.5**

Mit Eingabe vom 11. August 2014 reichte der Verteidiger diverse Schreiben, welche er an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und an die Botschaft der Republik Angola sandte, ins Recht (Urk. 76 und Urk. 77/1-5). Zudem reichte er gleichentags seine Honorarnote ein (Urk. 78). Am 3. September 2014 leitete der Verteidiger sodann ein E-Mail der Ex-Ehefrau des Beschuldigten, Frau B.\_\_\_\_\_, an den Vorsitzenden weiter, worin

- 5 - diese den Wunsch äusserte, anlässlich der Berufungsverhandlung als Zeugin aussagen zu können. Nachdem der Vorsitzende dem Verteidiger sowie Frau B.\_\_\_\_\_ per E-Mail mitteilte, dass bisher noch kein formeller Beweisantrag gestellt worden sei, wonach Frau B.\_\_\_\_\_ als Zeugin einzuvernehmen sei, teilte Frau B.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 4. September 2014 mit, dass sie – sofern sie dazu berechtigt sei – einen solchen Beweisantrag stelle. Zudem reichte sie ein Schreiben ihrer Tochter, C.\_\_\_\_\_, vom 2. September 2014 ins Recht. In der Folge teilte der Vorsitzende Frau B.\_\_\_\_\_ per E-Mail mit, dass sie mangels Parteistellung nicht berechtigt sei, einen solchen Beweisantrag zu stellen. Dieser Beweisantrag sei vom Verteidiger zu stellen (vgl. gesamter E-Mail-Verkehr als Urk. 82; Urk. 83).

### **E. 1.6**

Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte sowie der Verteidiger Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ erschienen sind, waren keine Vorfragen zu entscheiden (Prot. II S. 4 f.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 9 f.).

## **E. 2**

Umfang der Berufung / Prozessuales

### **E. 2.1**

Der Beschuldigte lässt beantragen, er sei in Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vollumfänglich freizusprechen (Urk. 57; Urk. 85). Entsprechend ist das Urteil in allen Teilen angefochten und in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen (vgl. auch Prot. II S. 6).

### **E. 2.2**

Der Verteidiger stellte zu Beginn der Berufungsverhandlung den Beweisantrag, es sei die Ex-Ehefrau des Beschuldigten, Frau B.\_\_\_\_\_, als Zeugin zu befragen. Sie möchte sich zum Verhältnis äussern, welches sie zum Beschuldigten gehabt habe. Dadurch könnten Rechtfertigungsgründe aufgezeigt werden, die für einen Freispruch sprächen (Prot. II S. 5).

#### **E. 2.2.1**

Frau B.\_\_\_\_\_ teilte in ihrem E-Mail vom 3. September 2014 mit, dass sie und der Beschuldigte keine Scheinehe geführt hätten. Vielmehr hätten sie eine ganz normale Ehe geführt, die aus Liebe geschlossen worden sei. Der Beschuldigte habe das Schweizer Bürgerrecht nicht erschlichen (Urk. 82 S. 2 f.). Diese Ausführungen werden von der Tochter von Frau B.\_\_\_\_\_ gestützt. So schildert

- 6 - auch C.\_\_\_\_\_ in ihrem Schreiben vom 2. September 2014, dass sich ihre Mutter über beide Ohren in den Beschuldigten verliebt habe. Deshalb habe sie sich entschieden, nach ... zu ziehen, um mit dem Beschuldigten ein neues Leben zu starten. Die ersten Jahre seien harmonisch verlaufen. Man habe gemerkt, dass es den beiden ernst gewesen sei (Urk. 83).

#### **E. 2.2.2**

Vor diesem Hintergrund besteht keine Veranlassung, im Sinne des entsprechenden Beweisantrages des Verteidigers Frau B.\_\_\_\_\_ als Zeugin zu befragen. Auf Grund der erwähnten Schilderungen von Frau B.\_\_\_\_\_ und ihrer Tochter kann davon ausgegangen werden, dass aus deren Sicht keine Scheinehe bestanden hat und dass für Frau B.\_\_\_\_\_ die Beziehung zum Beschuldigten ernst gewesen ist. Da somit der Standpunkt von Frau B.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die Beziehung, die sie zum Beschuldigten führte, bereits hinreichend dargelegt wurde, erscheint eine Befragung von ihr nicht erforderlich. Der entsprechende Beweisantrag des Verteidigers ist damit abzuweisen (vgl. Prot. II S. 4 f.).

#### **E. 3**

Migrationsrechtliche Verfahren Der Beschuldigte reiste am 9. März 1996 in die Schweiz ein und stellte zwei Mal erfolglos ein Gesuch um Asyl. Die gegen den zweiten negativen Entscheid erhobene Beschwerde wies die damalige Asylrekurskommission im Oktober 1997 ab. Am 11. Mai 1998 heiratete er eine 18 Jahre ältere Schweizer Bürgerin. Hierauf erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung. Nachdem er am 7. Dezember 2001 ein Gesuch um erleichterte Einbürgerung gestellt hatte, erhielt er am 30. September 2003 das Schweizer Bürgerrecht. Die Ehe wurde am 4. Dezember 2007 geschieden, woraufhin das Bundesamt für Migration die erleichterte Einbürgerung mit Verfügung vom 11. September 2008 für nichtig erklärte. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. August 2010 ab und das Bundesgericht trat auf die gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde mit Urteil vom 4. Januar 2011 nicht ein. Damit ist die Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 48 S. 3 f.; Urk. 51 S. 5 f.; Urk. 34/31 S. 1; Urk. 34/34 S. 2). In der Folge widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 die Niederlassungsbewilligung des Beschuldigten und forderte ihn gleichzei-

- 7 - tig auf, die Schweiz bis spätestens am 14. Januar 2013 zu verlassen (Urk. 3/1). Diese Verfügung blieb unangefochten, weshalb der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die damit einhergehende Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Urk. 51 S. 6).

#### **E. 4**

Sachverhalt

##### **E. 4.1**

Der Beschuldigte erklärte sowohl vor Vorinstanz als auch anlässlich der Berufungsverhandlung, dass er anlässlich der Befragung durch die Kantonspolizei Zürich am 29. Januar 2013 über die Existenz der Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2013 betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung informiert worden sei. Er wisse seither, dass er die Schweiz verlassen müsse (Prot. I S. 9; Urk. 84 S. 4 f.).

##### **E. 4.2**

Damit hat der Beschuldigte den Sachverhalt, wie er dem Strafbefehl und dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde liegt, anerkannt. Es steht somit rechtsgenügend fest, dass sich der Beschuldigte vom 1. Februar 2013 bis zum 30. September 2013 in der Schweiz aufgehalten hat, obwohl ihm – was er wusste – die schweizerische Staatsbürgerschaft rechtskräftig aberkannt sowie die Niederlassungsbewilligung widerrufen worden und die ihm angesetzte Ausreisefrist abgelaufen war.

## **E. 5**

Dezember 2013, welches er an die angolanische Botschaft sandte, ins Recht. Darin erkundigte er sich im Wesentlichen, ob der Beschuldigte noch immer über die angolanische Staatsbürgerschaft verfüge (Urk. 77/4). Dieses Schreiben datiert erst nach dem vorliegend relevanten Zeitraum. Folglich ist dieses Schreiben nicht geeignet, um darzulegen, welche konkreten, bisher aber erfolglos gebliebenen Anstrengungen unternommen wurden, damit der Beschuldigte vor oder zumindest während des Zeitraums vom 1. Februar 2013 bis am 30. September 2013 die Schweiz verlassen und nach Angola zurückkehren kann.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz würdigt den Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz zwischen dem 1. Februar 2013 bis zum 30. September 2013 als rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (Urk. 48 S. 6 f.).

### **E. 5.2**

Demgegenüber lässt der Beschuldigte durch seinen Verteidiger berufungsweise vorbringen, dass er sich ungeachtet seines an sich unzulässigen Verbleibs in der Schweiz nicht schuldig gemacht habe. Ihm sei es nicht möglich gewesen, die Schweiz zu verlassen bzw. nach Angola auszureisen (Urk. 50; Urk. 57; Urk. 85, mit Verweis auf BGE 130 II 56, BGE 125 II 217, Bundesgerichtsentscheid 6B\_783/2011 vom 2. März 2012 sowie BGE 133 II 97).

- 8 -

### **E. 5.3**

Wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG).

#### **E. 5.3.1**

Der Beschuldigte hat sich im Zeitraum vom 1. Februar 2013 bis zum 30. September 2013 in der Schweiz aufgehalten, obwohl der Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung in Rechtskraft erwachsen, die Wegweisung definitiv verfügt und er aufgefordert worden war, die Schweiz zu verlassen. Damit hat der Beschuldigte den äusseren Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG anerkanntermassen erfüllt.

#### **E. 5.3.2**

Der Beschuldigte wurde sodann unbestrittenermassen über die migrationsrechtlichen Entscheide in Kenntnis gesetzt. Indem er der Aufforderung, die Schweiz innert der ihm angesetzten Ausreisefrist zu verlassen, wissentlich und willentlich nicht nachkam, handelte er vorsätzlich und hat damit auch den subjektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt.

### **E. 5.3.3**

Die Strafbarkeit des rechtswidrigen Verweilens nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG setzt weiter voraus, dass es der betroffenen ausländischen Person objektiv möglich sein muss, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Andernfalls kann ihr der Normverstoss nicht zur Last gelegt werden und sie darf wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht bestraft werden. Eine objektive Unmöglichkeit, die Schweiz legal zu verlassen bzw. in das Heimatland zurückzukehren, liegt beispielsweise dann vor, wenn sich das Heimatland ausdrücklich oder zumindest klar erkennbar und konsequent weigert, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen, oder wenn eine länger dauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen vorliegt (Bundesgerichtsentscheid 6B\_783/2012 vom 2. März 2012, E. 1.3, mit Verweis auf BGE 130 II 56 E. 4.1.3 und BGE 125 II E. 2).

#### **E. 5.3.3.1**

Inwiefern es dem Beschuldigten nicht möglich gewesen sein soll, legal aus der Schweiz auszureisen und nach Angola zurückzukehren, ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht ersichtlich.

- 9 -

#### **E. 5.3.3.2**

Der Beschuldigte machte bereits im Untersuchungsverfahren geltend, er habe – nachdem er Schweizer Bürger geworden sei – auf die angolansische Staatsbürgerschaft verzichten müssen. Dies habe ihm die angolansische Behörde gesagt. Es liege nun in der Entscheidung von Angola, ob sie ihn wieder aufnehmen wollen (Urk. 4 S. 3; Urk. 7 S. 5). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung führte er aus, er habe die angolansische Staatsbürgerschaft aufgegeben. Nun wollten ihn die angolansischen Behörden nicht mehr als Angolaner anerkennen (Urk. 84 S. 5 und S. 7). Diesbezüglich kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 6 f.). Gemäss Abklärungen des Bundesamts für Migration bei der angolansischen Botschaft ist eine Doppelbürgerschaft für Staatsangehörige von Angola möglich (Urk. 34/36; Urk. 34/33). Folglich war der Beschuldigte – entgegen seinen Aussagen – nicht verpflichtet, bei der Annahme der schweizerischen Staatsbürgerschaft auf die angolansische Staatsbürgerschaft zu verzichten. Dass der Beschuldigte trotzdem auf die Staatsbürgerschaft von Angola verzichtet hätte, nachdem er Schweizer Bürger geworden war, hat sodann weder der Beschuldigte plausibel dargelegt, noch ist dies aufgrund der vorliegenden Akten ersichtlich. Gegen die Aufgabe der angolansischen Staatsbürgerschaft spricht sodann, dass der Beschuldigte über einen (zwar am 26. November 2005 abgelaufenen, aber echten) angolansischen Reisepass verfügt, den er sich selber von der Schweiz aus beschaffen konnte (vgl. Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, E. 7.6 b, Urk. 51). Zudem steht auf Grund dieses Reisepasses die Identität und die Herkunft des Beschuldigten zweifelsfrei fest.

#### **E. 5.3.3.3**

Der Beschuldigte legte sodann nicht dar, dass er hinreichend konkrete, aber bisher erfolglose Anstrengungen unternommen hätte, um die Schweiz zu verlassen und nach Angola zurückzukehren. So gab er vor Vorinstanz unumwunden zu Protokoll, er habe keine Bemühungen unternommen, auszureisen. Er denke nicht daran, die Schweiz zu verlassen. Er sehe seine Zukunft weiterhin in der Schweiz (Prot. I S. 10). Anlässlich der

Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte sodann aus, er sei einmal in Bern auf der angolischen Botschaft gewesen, diese wolle ihn aber nicht als Angolaner anerkennen (Urk. 84 S. 5 und S. 7). Die Aussagen des Beschuldigten, wonach er von den angolischen

- 10 - Behörden nicht als Angolaner anerkannt werde, vermögen nicht zu überzeugen. Wie vorstehend ausgeführt, kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass er die angolische Staatsbürgerschaft aufgeben musste. Auf Grund seines (wenn auch abgelaufenen) angolischen Reisepasses ist die Identität sowie die Herkunft des Beschuldigten unbestritten. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall von demjenigen Sachverhalt, welcher dem von der Verteidigung zitierten Bundesgerichtsentscheid 6B\_783/2011 vom 2. März 2012 zu Grunde liegt. In jenem Fall konnte die Identität sowie die Herkunft des Beschuldigten nicht mittels Ausweispapieren festgestellt werden. Vorliegend ist aber – wie ausgeführt – sowohl die Identität als auch die Herkunft des Beschuldigten bekannt. Schliesslich gab der Beschuldigte nicht an, weitergehende Anstrengungen unternommen zu haben, um nach Angola ausreisen zu können. Im Gegenteil brachte er auch anlässlich der Berufungsverhandlung seine Haltung, wonach er die Schweiz nicht verlassen werde und zwar unabhängig von der Möglichkeit, ob er tatsächlich ausreisen kann, klar zum Ausdruck: "Ich habe nicht die Absicht, die Schweiz zu verlassen" (Urk. 84 S. 7). Der Beschuldigte akzeptiert damit einfach die ausländischen Entscheidungen bezüglich des Entzugs des schweizerischen Bürgerrechts bzw. des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung nicht und weigert sich beharrlich, die Schweiz gemäss behördlicher Anweisung zu verlassen.

#### **E. 5.3.3.4**

Die Verteidigung reichte sodann – wie dargelegt – ein Schreiben vom

#### **E. 5.3.3.5**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass gemäss den vorliegenden Akten keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Angola sich geweigert hätte, den Beschuldigten als ihren Staatsangehörigen anzuerkennen oder ihm die notwendi-

- 11 - gen Reisepapiere auszustellen. Es sind auch sonst keine Gründe ersichtlich, wonach es dem Beschuldigten objektiv unmöglich gewesen wäre, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in sein Heimatland zurückzukehren. Eine objektive Unmöglichkeit, die eine Bestrafung des Beschuldigten ausschliessen würde, liegt damit nicht vor. Dass er nicht ausgereist ist, liegt einzig und allein in seinem eigenen Verhalten begründet.

#### **E. 5.3.4**

Die Verteidigung machte sodann vor Vorinstanz geltend, der Beschuldigte habe sich in einem Notstand bzw. in einem Rechtsirrtum befunden. Der Beschuldigte habe bereits 20 Jahre in der Schweiz verbracht und sei nun durch das System derart betroffen, dass er nach dieser langen Zeit die Schweiz wieder verlassen müsse (Prot. I S. 11). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Verteidigung schliesslich einen Rechtfertigungsgrund geltend. Dieser lasse sich aus den Menschenrechten ableiten und liege in der langen Aufenthaltsdauer des Beschuldigten in der Schweiz (Prot. II S. 8).

#### **E. 5.3.4.1**

Inwiefern sich der Beschuldigte auf einen Rechtsirrtum berufen will, hat die Verteidigung nicht konkret dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr hat der Beschuldigte anerkanntermassen gewusst, dass er die Schweiz verlassen muss. Trotzdem weigerte er sich

konsequent, dieser Anordnung nachzukommen. Damit ist – mit der Vorinstanz (Urk. 48 S. 6) – ein Rechtsirrtum ohne Weiteres ausgeschlossen.

#### **E. 5.3.4.2**

Ein Rechtfertigungsgrund, der sich aufgrund der langen Aufenthaltsdauer des Beschuldigten in der Schweiz ergeben würde (vom Verteidiger vor Vorinstanz unkorrekt als "Notstand" bezeichnet), ist sodann ebenfalls nicht ersichtlich. Der Beschuldigte ist zwar bereits seit über 18 Jahren in der Schweiz. Diese lange Dauer wird aber dadurch relativiert, dass er zu Beginn, als er in die Schweiz kam, zwei Mal vergebens ein Asylgesuch stellte und er sich in den Jahren 1996 und 1997 diesbezüglich in einem Rechtsmittelverfahren befand. Zudem akzeptierte er den Entscheid betreffend den Entzug des Schweizer Bürgerrechts nicht und befand sich deswegen in den Jahren 2008 bis 2011 in mehreren Rechtsmittelverfahren. In der Folge wurde ihm die Niederlassungsbewilligung entzogen und er wurde aufgefordert, die Schweiz zu verlassen. Seither weigert sich der Beschuldigte

- 12 - konsequent und beharrlich, die Schweiz zu verlassen, was schliesslich auch zum vorliegenden Strafverfahren führte. Die Aufenthaltszeit des Beschuldigten in der Schweiz ist damit massgeblich und hauptsächlich geprägt durch das Bestreben des Beschuldigten, einen Aufenthaltstitel in der Schweiz zu erhalten bzw. sich gegen die migrationsrechtlichen Entscheide zu wehren bzw. diese zu ignorieren. Folglich kann er lediglich aus dem Umstand, dass er schon während langer Zeit hier in der Schweiz ist, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es dem Beschuldigten, seit er in der Schweiz ist, nicht gelungen ist, hier beruflich Fuss zu fassen. So ging er lediglich Gelegenheitsarbeiten nach und musste teilweise auch von seiner Ex-Frau finanziell unterstützt werden (Prot. I S. 7 f.; vgl. auch Urk. 84 S. 5 f.). Unter diesen Umständen erachtete es auch das Migrationsamt des Kantons Zürich in seiner Verfügung vom 18. Oktober 2012 als zumutbar, die Wegweisung des Beschuldigten anzuordnen (Urk. 3/1 S. 4). Nach dem Gesagten vermag somit die – durchaus lange – Aufenthaltsdauer des Beschuldigten in der Schweiz sein tatbestandsmässiges Verhalten, mithin seine Weigerung, die Schweiz zu verlassen, nicht zu rechtfertigen.

#### **E. 5.3.5**

Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass der Beschuldigte zwei Kinder hat, namentlich D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010 (Urk. 25/2). Zu seinen Kindern, welche bei ihrer Mutter in der Schweiz leben, habe er einen regelmässigen Kontakt (Prot. I S. 6). Diesbezüglich kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 7). Nachdem dem Beschuldigten die Schweizer Bürgerschaft entzogen worden war, wurde auch seinen Kindern die schweizerische Staatsbürgerschaft aberkannt. Sie haben nunmehr – wie ihre Mutter – die Aufenthaltsbewilligung "F" (Prot. I S. 6 und 10). Da somit seine beiden Kinder in der Schweiz nur noch vorläufig aufgenommen sind und damit hier über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht mehr verfügen, hat das Migrationsamt des Kantons Zürich in seiner Verfügung vom 18. Oktober 2012 festgehalten, dass der Beschuldigte aus Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) keinen Anspruch ableiten könne (Urk. 3/1 S. 4). Die familiäre Situation des Beschuldigten wurde somit vom Migrationsamt des Kantons Zürich bereits hinreichend berücksichtigt. Entsprechend ist dieser verwaltungsrechtliche Entscheid für das vorliegende Strafverfah-

- 13 - ren verbindlich (Bundesgerichtsentscheid 6B\_846/2010, E. 2.2, mit Hinweisen). Damit stellt auch die Tatsache, dass der Beschuldigte in der Schweiz zwei Kinder hat, zu denen er zwar regelmässigen Kontakt hat, die aber über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz haben, für sich keinen Rechtfertigungsgrund dar, die Schweiz entgegen der rechtskräftig verfügten Wegweisung nicht zu verlassen (vgl. auch Bundesgerichtsentscheid 6B\_768/2009 vom 22. Dezember 2009, E. 1.4). Der sehr allgemein gehaltene Hinweis der Verteidigung, die Wegweisung bzw. Ausschaffung würden angesichts der langen Aufenthaltsdauer die Menschenrechte verletzen, vermag keinen Rechtfertigungsgrund aufzuzeigen, wobei hier auf die vorstehenden Ausführungen zur langen Aufenthaltsdauer verwiesen werden kann.

#### **E. 5.4**

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist damit zutreffend und gibt zu keinerlei Beanstandungen Anlass. Der Beschuldigte ist damit anlagegemäss im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.

#### **E. 6**

Strafzumessung

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

Hinsichtlich der Strafzumessung kann vollumfänglich auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 7 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die von ihr festgesetzte Geldstrafe von 90 Tagessätzen erscheint in Anbetracht des Strafrahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe sowie in Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe als dem Verschulden und den Verhältnissen des Beschuldigten angemessen und ist auch im Vergleich zu in ähnlichen Fällen ausgesprochenen Strafen nicht zu beanstanden. Die vorinstanzlich ausgesprochene Strafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe ist damit zu bestätigen.

##### **E. 6.2**

Die Vorinstanz legte sodann die Höhe des Tagessatzes unter Berücksichtigung der damaligen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten auf Fr. 20.– fest

- 14 - (Urk. 48 S. 10). Der Beschuldigte befindet sich nunmehr im vorzeitigen Strafvollzug. Wenn er aus dem Strafvollzug entlassen werden wird, dürfte er mangels einem gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz keiner Arbeit mehr nachgehen können. Aus diesem Grund kommt 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), nicht in Frage.

##### **E. 6.3**

Der Beschuldigte ist deshalb mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen. Davon gelten 2 Tagessätze durch die vom Beschuldigten erstandene Haft als geleistet (Art. 51 StGB).

#### **E. 7**

Strafvollzug

##### **E. 7.1**

Hierzu kann vorab auf die zutreffenden und ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 48 S. 10 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend bleibt Folgendes zu erwähnen:

### **E. 7.2**

Für Strafen im überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und Art. 43 StGB stellt der bedingte Strafvollzug nach Art. 42 StGB die Regel und der teilbedingte Strafvollzug gemäss Art. 43 StGB die Ausnahme dar. Eine solche Ausnahme ist nur dann zu bejahen, wenn der Aufschieb wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird. Ergeben sich – insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen – ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht an Stelle des Strafaufschiebs den teilbedingten Strafvollzug gewähren. Auf diesem Wege kann es im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgegengehen. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Strafvollzug für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1, mit weiteren Hinweisen).

- 15 -

### **E. 7.3**

Die vorliegend auszusprechende Geldstrafe kann sowohl gänzlich bedingt als auch teilbedingt ausgesprochen werden. Dementsprechend ist dem Beschuldigten grundsätzlich der bedingte Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB zu gewähren, es sei denn, es lägen im Sinne der zitierten Rechtsprechung erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Beschuldigten vor, sodass der teilbedingte Strafvollzug gemäss Art. 43 StGB angemessener und für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erschiene.

### **E. 7.4**

Der Beschuldigte hat zwei Vorstrafen (Urk. 54). Diese liegen aber bereits länger zurück und sind nicht einschlägig. Entsprechend können diese bei der Beurteilung der Legalprognose des Beschuldigten vernachlässigt werden. Der Beschuldigte zeigt sich allerdings absolut uneinsichtig und ist nicht gewillt, die Schweiz zu verlassen. Da er sich weiterhin weigert, in sein Heimatland auszureisen, befindet er sich bereits wieder in einem neuen Strafverfahren wegen demselben und auch noch weiteren ihm vorgeworfenen Delikte (Urk. 65). Aufgrund der Haltung des Beschuldigten, partout die Schweiz nicht verlassen zu wollen, ist von einer Schlechtprognose auszugehen, weshalb die vorliegend auszusprechende Geldstrafe grundsätzlich unbedingt auszusprechen wäre. Aus prozessualen Gründen (Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO) bleibt es aber beim vorinstanzlich ausgesprochenen teilbedingten Strafvollzug. Entsprechend ist die Geldstrafe im Umfang von 30 Tagessätzen, abzüglich der bereits als durch Haft geleisteten Tagessätzen, für vollziehbar zu erklären und die restliche Geldstrafe von 60 Tagessätzen unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aufzuschieben.

### **E. 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 Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 4. September 2014 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Marti lic. iur. M. Hauser

### **E. 8.1**

Gemäss Art. 425 StPO können Forderungen aus Verfahrenskosten von der Strafbehörde gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. In Kommentatorenkreisen ist man sich unter Hinweis auf die Materialien zwar mehr- heitlich einig, dass diese Bestimmung – die begrifflich an sich eine rechtskräftige Kostenaufgabe voraussetzt – auch Grundlage für die Festsetzung und Auflage der Gebühren und Kosten bilden soll (Schmid, Praxiskommentar, 2. Auflage, N. 3 f.

- 16 - zu Art. 425; Griesser, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Zürcher StPO-Kommentar, 2. Auflage 2014, N. 2 zu Art. 425; BSK-Domeisen, N. 3 zu Art. 425). Keinesfalls verlangt aber Art. 425 StPO, dass – gleichsam zwingend – schon im Urteil darüber befunden wird, ob der minderbemittelte Betroffene von der Kosten- tragungspflicht (allenfalls auch nur teilweise) zu befreien ist. Vielmehr ermöglicht es die genannte Bestimmung – bzw. legt es deren Wortlaut gar nahe – dass den Verhältnissen des Betroffenen erst im Zeitpunkt des Kostenbezugs Rechnung ge- tragen werden kann. Ein solches Vorgehen war auch bereits unter dem bis Ende 2010 in Kraft gestandenen § 190a StPO/ZH zulässig, obwohl jene Bestimmung noch ausdrücklich festgelegt hatte, dass bereits bei der Bemessung und der Auflage der Kosten die Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen waren (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_417/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 2.4.4. samt Verweisen und 1P.411/2002 vom 6. November 2002 E. 5.4.; Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 9 zu § 190a StPO, Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4.A., Zürich 2004, N 1215 und Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes 1987, S. 337 Nr. 70). Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass die definitive Abschreibung von Gerichtskosten eine weitreichende Wirkung aufweist und einem Erlass gleichkommt. Sie können daher selbst dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Schuldner in der Folgezeit in günstige finanzielle Verhältnisse kommt. Diese Art der Abschreibung sollte daher nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen gewährt werden (vgl. zum alten Recht ZR 103 Nr. 46).

### **E. 8.2**

Vorliegend ist ein solcher Ausnahmefall gegeben, wonach es sich rechtfertigt, den Beschuldigten von der Kostentragung zu befreien. Der Beschuldigte verfügt über kein Vermögen. Wie vorstehend dargelegt, ging er lediglich Gele- genheitsarbeiten nach und wurde teilweise auch von seiner Ex-Frau finanziell un- terstützt. Zudem befindet er sich derzeit im vorzeitigen Strafvollzug und es ist da- von auszugehen, dass er nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug mangels einem gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz keiner Arbeit mehr nachgehen darf. Zu beachten ist schliesslich, dass der Beschuldigte die Schweiz verlassen muss, weshalb seine finanzielle Situation auch aus diesem Grund ungewiss erscheint. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich vorliegend, den Beschuldigten bereits im

- 17 - jetzigen Zeitpunkt von der ganzen Tragung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten definitiv zu entbinden. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen

Gerichtsverfahrens und des Berufungsverfahrens sind damit definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten. 3. Diese Geldstrafe ist im Umfang von 30 Tagessätzen, abzüglich der bereits als durch Haft geleistet geltenden 2 Tagessätze, innert der von der Vollzugsbehörde anzusetzenden Frist zu bezahlen. Der Vollzug der restlichen Geldstrafe von 60 Tagessätzen wird aufgescho- ben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. 4. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 4) wird bestätigt. 5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–. 6. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens und des Berufungsverfahrens werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen. 7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland sowie in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern

- 18 - und nach unbenützttem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

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