

# ZH\_OBERGERICHT SB190063 vom 26. Februar 2020

ZH Obergericht, 2020-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190063](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190063)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190063 du 26 février 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190063 del 26 febbraio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Gegen das eingangs wiedergegebene mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2018 liess die Beschuldigte mit Eingabe der amtlichen Verteidigung vom 18. Oktober 2018 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 26; Prot. I S. 13 ff.). Das begründete Urteil wurde beiden Parteien am 29. Januar 2019 zugestellt (Urk. 29/1+2). Mit Eingabe der Verteidigung vom 8. Februar 2019 liess die Beschuldigte fristwährend die Berufungserklärung einreichen (Urk. 31). Mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2019 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist zur Anschlussberufung oder für einen Nichteintretensantrag angesetzt. In derselben Verfügung wurde der Beschuldigten eine zwanzigtägige Frist angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und Unterlagen zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (Urk. 33).

### E. 2

Mit Eingabe vom 28. Februar 2019 beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 36). Da die Anklagebehörde kein Rechtsmittel ergriffen hat und bei einem allfälligen Schuldspruch aufgrund des Verbotes der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) maximal eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten, mithin nicht von mehr als einem Jahr, ausgefällt werden kann, besteht keine Erscheinungspflicht für die Staatsanwaltschaft (Art. 405 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 337 Abs. 3 StPO), weshalb sich ihr Dispensationsgesuch erübrigt.

### E. 2.1

Die Beschuldigte lässt erneut, wie bereits im Asylverfahren, geltend machen, ihre Eltern stammten ursprünglich aus D.\_\_\_\_ [Staat], sie selbst sei aber in C.\_\_\_\_ geboren worden und dort bei ihren Eltern aufgewachsen, bis diese zusammen mit ihrem Bruder während des von 1998 bis im Sommer 2000 dauernden Krieges zwischen D.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_ deportiert worden seien, während sie zu einer Tante nach E.\_\_\_\_ [Ort], C.\_\_\_\_, gekommen sei. Im Alter von 17 Jahren sei sie bei ihrer Tante abgehauen und in die Hauptstadt F.\_\_\_\_ gegangen, um frei zu sein und dort arbeiten zu können. Dort sei sie jedoch verhaftet worden und habe drei Jahre im Gefängnis verbringen müssen. Personen D.\_\_\_\_ Herkunft, welche wie sie nicht deportiert worden seien, seien als Staatenlose in C.\_\_\_\_ verblieben. Für Personen D.\_\_\_\_ Herkunft sei es nicht möglich, die C.\_\_\_\_ Staatsbürgerschaft zu erlangen, erst recht nicht, wenn sie ausserhalb von C.\_\_\_\_ lebten. Dies sei für das Strafverfahren relevant, da sie gar nicht, mithin auch nicht freiwillig, nach C.\_\_\_\_ ausreisen könne, weil die C.\_\_\_\_ Regierung ihr als D.\_\_\_\_-stämmige Person keinen Pass ausstellen würde (Urk. 47 S. 2 f.; Prot. II S. 23).

### **E. 2.1.1**

Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Beschuldigte erstmals geltend, im März 2019 persönlich bei der C.\_\_\_\_\_ Botschaft in Genf vorgesprochen zu haben, um Papiere hinsichtlich ihrer Identität zu erlangen. Der Mann, mit dem sie gesprochen habe, habe ihr aber nicht helfen können. Dessen Namen wusste sie anlässlich ihrer Befragung in der Berufungsverhandlung allerdings nicht (Prot. II S. 18 ff.). Auf die Frage, ob sie unter der Voraussetzung, dass sie ihre Eltern wieder auffinden würde, zu diesen nach D.\_\_\_\_\_ zurückkehren und bei diesen leben wollte, erklärte die Beschuldigte, ihr fehle die Wärme, die Liebe ihrer Eltern, und gegebenenfalls zu diesen zurückkehren zu wollen (Prot. II S. 22). Gleichzeitig erklärte sie auf Nachfragen, weshalb sie bislang keine Nachforschungen bei der D.\_\_\_\_\_ Botschaft über den Verbleib ihrer Eltern in D.\_\_\_\_\_ angestrengt habe, obwohl sie bestätige, über deren genaue Personalien zu verfügen, die eigene Papierbeschaffung habe für sie Priorität gehabt, deshalb sei sie zur C.\_\_\_\_\_ Botschaft gegangen (Prot. II S. 21 f.).

- 10 -

### **E. 2.1.2**

Mit diesen Aussagen anlässlich der Berufungsverhandlung verstrickte sich die Beschuldigte in einen weiteren nicht nachvollziehbaren Widerspruch, indem sie einerseits betonte, ihr fehle die Wärme, die Liebe ihrer Eltern und gegebenenfalls zu diesen zurückkehren zu wollen, andererseits auf die Frage, weshalb sie in all den Jahren keine Nachforschungen über den Verbleib ihrer Eltern in D.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ Botschaft in der Schweiz anstrenge, obwohl sie laut ihrer eigenen Aussage über die genauen Personalien ihrer Eltern verfüge und diese gemäss Darstellung der Beschuldigten ja gerade eritreische Staatsbürger seien, zu Protokoll gab, für sie habe die eigene Papierbeschaffung Priorität gehabt, deshalb sei sie zur C.\_\_\_\_\_ Botschaft gegangen.

### **E. 2.1.3**

Mit ihren Ausführungen (Urk. 47 S. 2 f.) wiederholt die Verteidigung jene Darstellung, auf welche die Beschuldigte sich bereits im Asylverfahren und in ihren Wiedererwägungsgesuchen stets erfolglos berufen hatte. Damit beharrt sie auf ihrer behördlich rechtskräftig widerlegten Darstellung, allerdings ohne in der seit 2014 verstrichenen Zeit, mithin seit rund sechs Jahren, selbst jedwelche Bemühungen angestrengt zu haben, um ihre Darstellung auf irgend eine Art glaubhaft zu plausibilisieren oder um sich ernsthaft um eine Papierbeschaffung zu bemühen, wozu sie angesichts der durch die Migrations- und Gerichtsbehörden gefällten Entscheide und den darin gemachten Erwägungen allen begründeten Anlass gehabt hätte. Eine Rückkehr nach C.\_\_\_\_\_ wäre der Beschuldigten somit objektiv möglich gewesen. Aus Unterlagen des Migrationsamtes des Kantons Zürich sowie des Staatssekretariates für Migration geht hervor, dass eine freiwillige Rückkehr nach C.\_\_\_\_\_ nach erfolgter Reisepapierbeschaffung möglich ist (vgl. Urk. 3 S. 3 f., S. 10 f., S. 19, S. 29, S. 48 f., S. 57). Die Beschuldigte kann keine konkreten Bemühungen zur Organisation ihrer Ausreise und der Beschaffung von Reisepapieren vorweisen. Anlässlich der Berufungsverhandlung machte sie zwar erstmals geltend, im März 2019 persönlich bei der C.\_\_\_\_\_ Botschaft in Genf vorgesprochen zu haben, um Papiere hinsichtlich ihrer Identität zu erlangen. Der Mann, mit dem sie gesprochen habe, habe ihr aber nicht helfen können, wobei sie geltend machte, dessen Namen nicht zu wissen (Prot. II S. 18 ff.). Da sie bisher konstant zu Protokoll gab, nicht

nach C.\_\_\_\_\_ zurückkehren zu wollen (Urk. 2 S. 2 ff.; Prot. I S. 9; Prot. II S. 8), ist fraglich, ob sie tatsächlich bei der C.\_\_\_\_\_

- 11 - Botschaft gewesen ist respektive sich dort ernsthaft um den Erhalt entsprechen- der Dokumente bemüht hat.

### **E. 2.2**

Die Beschuldigte lässt ihre Anträge weiter damit begründen (Urk. 21 S. 5 ff.; Urk. 47 S. 3 ff.), dass mit der Geltung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 2008 über die gemeinsamen Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung sich illegal aufhaltender Drittstaatenangehöriger (EU-Rückführungsrichtlinie) nationale Strafbestimmungen nur dann angewendet werden dürften, wenn alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden und die Ausreise objektiv möglich sei. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass bei ihr eine Rückführung objektiv möglich gewesen wäre, hätten die zuständigen schweizerischen Behörden trotzdem nicht alle möglichen Vorkehrungen getroffen, um den Vollzug der Ausreise zu ermöglichen. Es seien nicht alle verwaltungsrechtlichen Massnahmen für ihre Rückführung getroffen worden, und es bestehe sogar die Möglichkeit einer zwangsweisen Rückführung C.\_\_\_\_\_ Staatsangehöriger. Solche Massnahmen seien bei ihr nicht an die Hand genommen worden, weshalb keine Grundlage dafür bestehe, sie wegen rechtswidrigen Aufenthaltes zu bestrafen. Es liege damit ein Strafverfolgungshindernis vor, weshalb das Verfahren einzustellen sei.

### **E. 2.3**

Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach befasst. Auf diese grundlegenden Erwägungen kann verwiesen werden (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.6). Demzufolge räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein, jedoch sind nationale Strafbestimmungen nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2, 6B\_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5, 6B\_617/2012 und 6B\_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5) und die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_482/2010

- 12 - vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3). Dabei kann sich ein Staat nicht darauf beschränken, mit einer Strafandrohung oder einer Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthaltes bloss indirekt Druck auf den Drittstaatenangehörigen auszuüben, damit dieser das Land unkontrolliert verlässt, sich aber weiterhin im Schengen-Raum aufhält. Nach den Intentionen der EU-Rückführungsrichtlinie soll dies vermieden und der Drittstaatsangehörige effektiv in sein Heimatland ausgeschafft werden (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_713/2012 vom 19. April 2013 E.1.3). Zur Art der vom Gemeinwesen zu ergreifenden Massnahmen bzw. Zwangsmassnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung äussert sich die EU-Rückführungsrichtlinie nicht. Gemäss der europäischen Rechtsprechung beziehen sich die Begriffe Massnahmen und Zwangsmassnahmen aber auf jegliches Vorgehen, das auf wirksame Weise unter Beachtung der Verhältnismässigkeit zur Rückkehr des Betroffenen führt (BGE 143 IV 249 E. 3.1 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH C-329/11 vom 6. Dezember 2011 in Sachen

Achughbabian). Zwangs- massnahmen zur Durchführung der Abschiebung sind schliesslich nur als letztes Mittel vorzunehmen (Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Wenn auch die Anwendung von Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht ermöglicht hat, ist eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthaltes auch gemäss Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rückführungsrichtlinie wieder zulässig (ZÜND, in: OFK- Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 115 AuG N 12 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH).

#### **E. 2.4**

Das Asylgesuch der Beschuldigten wurde mit Asylentscheid des Staatssekretariates für Migration vom 28. August 2014 abgewiesen. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2014 ebenfalls ab, wodurch der vorgenannte Asyl- und Wegweisungsentscheid rechtskräftig wurde. Dieser verpflichtete die Beschuldigte, die Schweiz bis zum 23. Oktober 2014 zu verlassen. Am 29. Oktober 2014 setzte das Bundesamt für Migration die Ausreisefrist neu bis zum 26. November 2014 fest und teilte der Beschuldigten mit, dass sie verpflichtet sei, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken (Urk. 3 S. 39). Am 11. November 2014 fand ein Ausreisegespräch mit der Beschuldigten statt, bei welchem sie erneut auf ihre Mitwirkungspflichten bei der Reisepapierbeschaffung sowie allfällige fremdenpolizeilichen

- 13 - Zwangsmassnahmen hingewiesen wurde (Urk. 3 S. 11). Mit Schreiben vom 14. Juli 2015 teilte das Staatssekretariat für Migration dem Migrationsamt des Kantons Zürich mit, dass der Kontakt mit den C.\_\_\_\_\_ Behörden intensiviert worden sei und auch Auslandsmissionen durchgeführt worden seien, sich an der Weigerung C.\_\_\_\_s, Identifizierungsinterviews zu führen, jedoch nichts geändert habe (Urk. 3 S. 10). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 28. Juli 2016 wurde die Beschuldigte auf das Gebiet der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ eingegrenzt, und mit Verfügung vom 1. Juni 2017 wurde die Eingrenzung auf das Bezirksgebiet Horgen angepasst (Urk. 3 S. 6 ff.).

#### **E. 2.5**

Die Eingrenzung der Beschuldigten stellt eine Massnahme dar, welche der Durchsetzung der rechtskräftigen Wegweisungsverfügung dienen soll, womit den Migrationsbehörden nicht vorgeworfen werden kann, gänzlich untätig geblieben zu sein (vgl. BGE 144 II 16 E. 4.5.2 und 4.6). Abgesehen von der Eingrenzung der Beschuldigten am 28. Juli 2016, fast 2 Jahre nach dem Ergehen des abschlägigen Asylentscheids vom 28. August 2014, trafen die Migrationsbehörden aber keinerlei weiteren (Zwangs-)Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung. Insbesondere wurde weder Ausschaffungs- noch Durchsetzungshaft angeordnet.

#### **E. 2.6**

Die Anordnung von Ausschaffungshaft gilt als unzulässig, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Entfernungsmassnahme sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausschaffung innert vernünftiger Frist kaum realisieren lassen wird. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Ausschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint, bspw. wegen einer längerdauernden Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder einer ausdrücklichen bzw. wenigstens klar erkennbaren und konsequent gehandhabten Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen. Gemäss der Medienmitteilung des Staatssekretariates für Migration vom 16. Januar 2019 erklärte sich C.\_\_\_\_\_ erst im November 2018 bereit, seine Ver-

einbarung mit der EU betreffend Zusammenarbeit im Rückkehrbereich auf die Schweiz auszudehnen. Im Rahmen dieser Vereinbarung verpflichtet sich C.\_\_\_\_\_, die Schweiz bei der Feststellung der C.\_\_\_\_\_ Staatsangehörigen zu un-

- 14 - terstützen und ihre Staatsangehörigen, die sich ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufhalten, zurückzunehmen. Gemäss der genannten Medienmitteilung hat C.\_\_\_\_\_ diese Vereinbarung mit der Schweiz im Rückkehrbereich im Januar 2019 offiziell bestätigt. Bereits in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2018 hätten erste ausreisepflichtige Personen zwangsweise nach C.\_\_\_\_\_ zurückgeführt werden können. Da C.\_\_\_\_\_ die Vereinbarung erst im Januar 2019 offiziell bestätigt hat und erste ausreisepflichtige Personen erst in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2018 zwangsweise nach C.\_\_\_\_\_ zurückgeführt werden konnten, war während des zu beurteilenden Zeitraumes – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 47 S. 4 f.) – lediglich die freiwillige Rückkehr nach C.\_\_\_\_\_ möglich, sodass sich der Vollzug der Wegweisung der Beschuldigten entgegen deren Willen nicht realisieren liess. Damit wäre die Anordnung von Ausschaffungshaft nicht zielführend, mithin unverhältnismässig gewesen, weshalb diese nicht als notwendige verwaltungsrechtliche Massnahme im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie zu qualifizieren ist.

## **E. 2.7**

Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung oder die rechtskräftige Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB oder Art. 49a oder 49abis MStG aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere, mildere Massnahme nicht zum Ziel führt (Art. 78 Abs. 1 AuG). Die Durchsetzungshaft soll die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung bewegen, in denen der Vollzug der rechtskräftigen Weg- oder Ausweisung ohne ihre Kooperation nicht möglich ist (BGE 133 II 97 E. 2.2).

### **E. 2.7.1**

Mit Verfügung des Staatssekretariates für Migration vom 28. August 2014 wurde das Asylgesuch der Beschuldigten abgelehnt und deren Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Dieser Wegweisungsentscheid erwuchs in Rechtskraft, als die von der Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22. Oktober 2014 abgewiesen wurde. In der Folge

- 15 - wurde die Beschuldigte verpflichtet, die Schweiz bis zum 26. November 2014 zu verlassen. Dieser Verpflichtung kam sie bis heute nicht nach. Die zwangsweise Rückführung der Beschuldigten nach C.\_\_\_\_\_ war im anklagegegenständlichen Zeitabschnitt nicht möglich, weshalb auch die Anordnung von Ausschaffungshaft nicht zulässig war (vorstehend, Erw.IV.2.6.). Mithin war die beharrliche Weigerung der Beschuldigten, freiwillig nach C.\_\_\_\_\_ zurückzukehren der Grund dafür, dass ihr rechtskräftiger Wegweisungsentscheid nicht vollzogen werden konnte. Damit waren im anklagegegenständlichen Zeitraum sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung von Durchsetzungshaft gegeben. Aus den Unterlagen des Migrationsamtes des Kantons Zürich sowie des Staatssekretariates für Migration geht nicht hervor, dass gegenüber der Beschuldigten die Möglichkeit der Anordnung von Durchsetzungshaft erwähnt worden war.

Von einer Anordnung der Durchsetzungshaft wurde aus unbekanntem Gründen abgesehen. Dementsprechend wurden nicht alle zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückführung der Beschuldigten getroffen, womit die EU-Rückführungsrichtlinie einer Verurteilung der Beschuldigten entgegensteht.

### **E. 2.7.2**

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass wohl auch die Anordnung von Durchsetzungshaft die Beschuldigte nicht zu einer freiwilligen Rückkehr nach C. \_\_\_\_\_ hätte motivieren können, zumal sie nun schon seit mehreren Jahren beharrlich die Ausreise aus der Schweiz verweigert. Aus dem Urteil des Bundesgerichtes 2C\_629/2019 vom 19. Juli 2019 geht hervor, dass die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erforderliche Eignung der Durchsetzungshaft schon dann gegeben ist, wenn eine minimale Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der renitente Ausländer dadurch sein Verhalten überdenkt und zur Durchführung der Wegweisung mit den Behörden kooperiert (E. 3.3, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichtes 2C\_441/2011 vom 15. Juni 2011 E. 2.2). Eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass die Anordnung der Durchsetzungshaft bei einer ausreiseunwilligen Person doch noch zu einem Umdenken führt, besteht faktisch immer, da nie mit Sicherheit gesagt werden kann, wie eine Person im konkreten Fall auf ihre Inhaftierung reagiert. Vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre die Anordnung der Durchsetzungshaft damit auch im vorliegenden Fall verhältnismässig und damit zulässig gewesen. Da mit der un-

- 16 - terbliebenen Anordnung der Durchsetzungshaft bereits feststeht, dass die Migrationsbehörden nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung getroffen haben, kann offengelassen werden, ob noch weitere zumutbare Massnahmen hätten ergriffen werden können.

### **E. 2.8**

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Migrationsbehörden, indem sie von der Möglichkeit der Anordnung von Durchsetzungshaft absahen, im anklagegegenständlichen Zeitraum nicht sämtliche zumutbaren Möglichkeiten für den Vollzug der Rückkehrentscheidung angewendet haben. Dementsprechend steht die EU-Rückführungsrichtlinie einer Verurteilung der Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthaltes entgegen, weshalb das Verfahren gegen die Beschuldigte einzustellen ist (ZÜND, in: SPESCHA/THÜR/ZÜND, Migrationsrecht, 5. Auflage 2019, Art. 115 AuG N 12). Folglich erübrigt sich auch die Abnahme weiterer Beweismittel durch die Berufungsinstanz (vgl. vorstehend, Erw. I.5.). V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario). 2. Die Beschuldigte obsiegt mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 7'381.05 (inkl. Mehrwertsteuer; Urk. 51) geltend. Angesichts des Umstandes, dass der Verteidiger bereits über entsprechende Aktenkenntnisse verfügte, und unter Berücksichtigung der beschränkten Schwierigkeit des Falles erweist sich die von der Verteidigung geltend gemachte Entschädigung als nicht angemessen. Gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung und unter Berücksichtigung des

Aufwandes für das Ausstandsbegehren erscheint eine Entschädigung in der Höhe von pauschal Fr. 5'000.– als angemessen (§ 18 in Verbindung mit § 17 AnwGebV; vgl. auch Erw. V.3.2.3.ff.). Die amtliche Verteidi-

- 17 - gung ist somit für das Berufungsverfahren mit Fr. 5'000.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 3. Mit rechtzeitiger Beschwerde der amtlichen Verteidigung vom 8. Februar 2019 gegen die vorinstanzliche Festsetzung ihres Honorars (Urteilsdispositivziffer 5; Urk. 30 S. 18 ff., S. 26) wird beantragt (Urk. 40/2): "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. Oktober 2018 (Geschäfts-Nr. GB180008-F) aufzuheben; 2. Es sei die Entschädigung des amtlichen Verteidigers auf CHF 6'702.90 festzulegen; 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

### **E. 3**

Mit Präsidialverfügung der III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 7. März 2019 überwies diese die von der amtlichen Verteidigung gegen die vorinstanzliche Festsetzung ihres Honorars erhobene Beschwerde samt den betreffenden Akten zuständigkeitshalber an die II. Strafkammer zur Erledigung im Rahmen des Berufungsverfahrens (Urk. 35; Urk. 38 f.; Urk. 40/1-11; vgl. nachfolgend, Erw. V.3. ff.).

- 5 -

#### **E. 3.1**

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht (Urk. 40/2 S. 3 ff.), die amtliche Verteidigung sei mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 24. Mai 2018 gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO angeordnet worden. Der Antrag auf Bestellung der amtlichen Verteidigung sei eine notwendige Eingabe zur Geltendmachung der der Beschuldigten zustehenden Verteidigungsrechte gewesen, weshalb die vorinstanzliche Kürzung um 1,5 Stunden nicht gerechtfertigt sei. Der vorausgehende Aufwand für Übernahme des Mandats, wie Telefonate, Abklärungen, E-Mails, Terminabsprachen, etc., hätten keinen Eingang in die Honorarnote gefunden. Das Schreiben an seine Mandantin vom 16. Mai 2018 sei notwendig gewesen (18 Minuten), da es die Pflicht des Mandatars sei, die Klientenschaft über sämtliche Schritte ins Bild zu setzen und Handlungen abzusprechen, Rechenschaft abzulegen. Die Korrespondenz mit der Therapeutin der Beschuldigten (24 Minuten) sowie die Auseinandersetzung mit den Arztberichten (30 Minuten) sei notwendig gewesen, da die Gesundheit der Beschuldigten im Strafverfahren eine wesentliche Rolle spiele. Es seien Abklärungen zur Haftersicherungsfähigkeit vorgenommen worden. Dies zu unterlassen wäre sorgfaltspflichtwidrig gewesen. Die Vorbereitung (30 Minuten) und Nachbearbeitung der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 4. Juli 2018 (3 Stunden) seien notwendig gewesen und unter Beizug einer Dolmetscherin erfolgt. Zudem sei die Wegzeit (1 Stunde) voll zu entschädigen. Die von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren festgesetzte Pauschale von Fr. 1'518.00 (entsprechend 6,9 Stunden) sei für eine wirksame Verteidigung der Beschuldigten ungenügend, da der Aktenumfang angesichts der Migrationsakten von 300 Seiten nicht klein sei und der Fall schwie-

- 18 - rige Fragen in tatsächlicher Hinsicht, wie etwa bezüglich der Staatsbürgerschaft der Beschuldigten, aufweise und auch in rechtlicher Hinsicht schwierige Fragen aufwerfe, weshalb es sich um einen komplexen Fall handle. Auch bedeute das Geständnis der Beschuldigten nicht, dass der Fall als Ganzes einfach zu beurteilen sei, da die Beschuldigte lediglich eingestanden habe, dass sie hier sei. Das Studium der

Migrationsakten und das Erstellen der Plädoyernotizen werde durch die Pauschale nicht abgedeckt. Diese reiche bloss für die Vorbereitung der Be- schuldigten auf die Hauptverhandlung, deren Durchführung und die Besprechung des Urteils. Es sei daher ein für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Ge- richtsverfahren geltend gemachter Aufwand von Fr. 6'702.90 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen (Urk. 40/2 S. 8; Urk. 40/3/2).

### **E. 3.2**

Die amtliche Verteidigung erfüllt eine staatliche Aufgabe, welche durch das kantonale öffentliche Recht geregelt wird. Mit ihrer Einsetzung entsteht mit dem Staat ein besonderes Rechtsverhältnis. Gestützt darauf hat der Anwalt eine öffentlichrechtliche Forderung gegen den Staat auf Entschädigung im Rahmen der anwendbaren kantonalen Bestimmungen (BGE 131 I 217 E. 2.4; BGE 122 I 1 E. 3a). Der amtliche Anwalt kann aus Art. 29 Abs. 3 BV einen Anspruch auf Ent- schädigung und Rückerstattung seiner Auslagen herleiten. Dieser umfasst aber nicht alles, was für die Wahrnehmung der Interessen der Mandantschaft von Be- deutung ist. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht nur, "soweit es zur Wah- rung der Rechte notwendig ist". Nach diesem Massstab bestimmt sich der An- spruch sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht, d.h. in Bezug auf den Umfang der Aufwendungen. Entschädigungspflichtig sind danach nur jene Bemühungen, die in einem kausalen Zusammenhang mit der Wahrung der Rech- te im Strafverfahren stehen und die notwendig und verhältnismässig sind. Das Honorar muss allerdings so festgesetzt werden, dass der unentgeltlichen Rechts- vertretung ein Handlungsspielraum verbleibt und sie das Mandat wirksam ausü- ben kann (BGE 141 I 124 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Nicht zu entschädigen sind nutzlose, überflüssige und verfahrensfremde Aufwendungen (BGE 117 Ia 22 E. 4b).

- 19 -

#### **E. 3.2.1**

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird es als zu- lässig erachtet, das Honorar für amtliche Mandate im Vergleich zu jenem der freien Mandate tiefer anzusetzen (BGE 139 IV 261 E. 2.2.1; BGE 132 I 201 E. 7.3.4).

#### **E. 3.2.2**

Eine Verletzung des Willkürverbots – und mittelbar auch der Wirt- schaftsfreiheit – liegt erst dann vor, wenn die zugesprochene Entschädigung die Selbstkosten nicht zu decken und einen zwar bescheidenen, nicht aber bloss symbolischen Verdienst nicht zu gewährleisten vermag. Im Sinne einer Faustregel hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Entschädigung für einen amtli- chen Anwalt im schweizerischen Durchschnitt in der Grössenordnung von Fr. 180.– pro Stunde (zuzüglich Mehrwertsteuer) bewegen muss, um vor der Ver- fassung standzuhalten (BGE 141 I 124 E. 3.2; BGE 132 I 201 E. 8.6 f.).

#### **E. 3.2.3**

Die amtliche Verteidigung wird nach dem Anwaltstarif des Bundes oder desjenigen Kantons entschädigt, in dem das Strafverfahren geführt wurde (Art. 135 Abs. 1 StPO). Massgebend ist somit die Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anw- GebV, LS ZH 215.3; siehe auch Leitfaden amtliche Mandate der Oberstaatsan- waltschaft des Kantons Zürich vom 1. Januar 2016).

##### **E. 3.2.3.1**

Gemäss § 16 Abs. 1 AnwGebV bemisst sich die Gebühr im Vorverfahren nach den Art. 299 ff. StPO nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung. Es gelten die Ansätze gemäss § 3 AnwGebV; für amtliche Mandate in der Regel Fr. 220.– (bzw. bis 31. Dezember 2014 Fr. 200.–) pro Stunde. Für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrages und Teilnahme an der Hauptverhandlung beträgt die Grundgebühr in der Regel vor dem Einzelgericht Fr. 600.– bis Fr. 8000.– und vor Bezirksgericht Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.– (§ 17 Abs. 1 AnwGebV). Zur Grundgebühr werden Zuschläge berechnet und zwar für jede zusätzliche Verhandlung (Vorverhandlung, Vergleichsverhandlung, vorgängige Beweiserhebung), für jede weitere notwendige Rechtschrift und für über den ersten Tag hinausgehende Verhandlungstage, wie Ergänzungs- oder Beweisverhandlungen (§ 17 Abs. 2 AnwGebV). § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV sind analog anwendbar (§ 17 Abs. 3 AnwGebV).

- 20 -

#### **E. 3.2.3.2**

Gemäss § 2 Abs. 1 lit. b AnwGebV bilden im Strafprozess die Bedeutung des Falles, die Verantwortung des Anwalts und die Schwierigkeit des Falles Grundlage für die Festsetzung der Gebühr. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung wird die gemäss Verordnung berechnete Gebühr entsprechend erhöht oder herabgesetzt (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). In Strafverfahren gilt die Regel von Abs. 2 sinngemäss (§ 2 Abs. 3 AnwGebV).

#### **E. 3.2.4**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen. Bei einer Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen werden alle prozessualen Bemühungen zusammen als einheitliches Ganzes aufgefasst und der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt. Pauschalen nach Rahmentarifen erweisen sich aber dann als verfassungswidrig, wenn sie auf die konkreten Verhältnisse in keiner Weise Rücksicht nehmen und im Einzelfall ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu den vom Rechtsanwalt geleisteten Diensten stehen (BGE 141 I 124 E. 4.3; BGE 143 IV 453 E. 2.5.1).

#### **E. 3.3**

Der von der amtlichen Verteidigung für das Vorverfahren geltend gemachte Aufwand erweist sich als angemessen. So ist insbesondere auch der Aufwand für das Gesuch um Bestellung einer amtlichen Verteidigung für die Beschuldigte von 1.50 Stunden zu entschädigen. Beim "Anruf der Therapeutin" vom 2. Juli 2017 stellt sich die Frage, ob diese Position allenfalls nicht zu entschädigende soziale Betreuungszeit betrifft. Die Frage der Hafterstehungsfähigkeit der Beschuldigten stellte sich zu jener Zeit nicht. Angesichts der Geringfügigkeit dieser singulären Position ist der geltend gemachte Aufwand von 0.40 Stunden jedoch zu entschädigen. Die staatsanwaltschaftliche Befragung dauerte netto 1 Stunde und 5 Minuten. Hinzu kommen praxisgemäss 1.00 Stunde Wegentschädigung. Der geltend gemachte Zusatz für Vor- und Nachbesprechung mit der Beschuldigten von 45 Minuten bewegt sich an der oberen Grenze, erweist sich angesichts der notwendigen Übersetzung aber gerade noch als angemessen, weshalb der gesamte für diese Position geltend gemachte Aufwand (3.00 Stunden) zu entschädigen ist. Für das Vorverfahren ist somit der gesamte für den Zeitraum

- 21 - 16. Mai 2018 bis 10. August 2018 geltend gemachte Aufwand von 11 Stunden (Urk. 40/3/2) zu entschädigen.

### **E. 3.4**

Dass die Vorinstanz für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Pauschale festgesetzt hat, ist nicht zu beanstanden (vgl. vorstehend, Erw. VII.3.2.3.1. f.). Dem Vorderrichter ist auch darin zuzustimmen, dass es sich um einen einfachen Standardfall handelt, dessen Aktenumfang klein ist. Die Aktenanlage des Vorverfahrens umfasst denn auch bloss 16 Aktoren, teilweise mit üblichen Beilagenmäppchen. Das vorinstanzliche Aktenverzeichnis umfasst lediglich 26 Aktoren, wobei das erste Aktorum die Akten des Vorverfahrens (1/1-14) umfasst. Die von der amtlichen Verteidigung ins Feld geführten massgeblichen Migrationsakten umfassen total 90 Seiten (Urk. 3: 59 Seiten; Urk. 13/1–10: 31 Seiten) und sind teilweise sogar doppelt geführt. Die vorinstanzlichen Plädoyernotizen umfassen 9 Seiten, mit zwei Beilagen (Urk. 21; Urk. 22/1+2). Entgegen der Auffassung der Verteidigung stellen sich auch keine schwierigen Fragen tatsächlicher Natur und die Rechtsfragen bewegen sich in einem für solche Verfahren üblichen Rahmen, wobei das Rechtsstudium ohnehin nicht zum zu entschädigenden Aufwand gehören würde (Leitfaden amtliche Mandate, Ausgabe 2016 S. 61).

### **E. 3.5**

Die im angefochtenen Urteil für das vorinstanzliche Gerichtsverfahren festgesetzte Pauschale von Fr. 1'518.–, zuzügl. MWSt (Urk. 30 S. 24, Ziff. 5.3.), erweist sich dennoch als etwas zu knapp bemessen. Angesichts der erwähnten, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überschaubaren Dimension des Falles (vorstehend, Erw. V.3.4.) erweist sich im Rahmen der für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrages und Teilnahme an der Hauptverhandlung vor dem Einzelgericht gegebenen Bandbreite Fr. 600.– bis Fr. 8000.– eine Pauschale von Fr. 3'000.– (inkl. Barauslagen und MWSt) als für eine wirksame Verteidigung der Beschuldigten genügende und angemessene Entschädigung.

### **E. 3.6**

Somit ist die amtliche Verteidigung für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren mit insgesamt Fr. 5'700.– (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.

- 22 -

### **E. 3.7**

Da die amtliche Verteidigung mit ihrer Honorarbeschwerde grösstenteils durchdringt, ist sie zudem für den Aufwand im Beschwerdeverfahren mit pauschal Fr. 950.– (4 Stunden, inkl. MWSt), zu entschädigen. 4. Die Beschuldigte liess die Zusprechung einer Genugtuung in der Höhe von Fr. 400.– für die zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft beantragen (Urk. 47 S. 1).

### **E. 4**

Am 13. März 2019 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung vom 21. Mai 2019 vorgeladen (Urk. 41). Anlässlich derselben stellte die Verteidigung die eingangs aufgeführten Anträge und als Vorfrage im Sinne von Art. 339 Abs. 2 StPO ein Ausstandsbegehren gegen den Präsidenten und die Ersatzoberrichterin als Ko-Referentin

(Urk. 45 S. 1; Urk. 47 S. 1; Prot. II S. 3 ff.). Nach durchgeführter Berufungsverhandlung wurde das Ausstandsbegehren mit Schreiben vom 3. Juni 2019 zuständigkeitshalber an die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich überwiesen, welche dieses mit Beschluss vom 12. August 2019 abgewiesen hat (Urk. 49). Dagegen erhob die Beschuldigte mit Eingabe vom 23. September 2019 Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht, welches mit Urteil vom 21. November 2019 die Beschwerde abgewiesen hat (vgl. nachfolgend, Erw. II.4. ff.).

#### **E. 4.1**

Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, hat sie gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Die Festlegung der Genugtuungssumme beruht auf richterlichem Ermessen, wobei bei der Ausübung dieses Ermessens den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zukommt. Sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung rechtfertigen, erachtet das Bundesgericht bei kürzeren Freiheitsentzügen Fr. 200.– pro Tag als angemessene Genugtuung. Bei längerer Untersuchungshaft (von mehreren Monaten Dauer) ist der Tagessatz in der Regel zu senken, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_111/2012 vom 15. Mai 2012 E. 4.2 und 6B\_196/2014 vom 5. Juni 2014 E. 1.2).

#### **E. 4.2**

Die Beschuldigte befand sich vom 8. Mai 2018 bis zum 9. Mai 2018 – und damit während 2 Tagen – in Untersuchungshaft (Urk. 4/1; Urk. 4/4). Angesichts der insgesamt kurzen Dauer erscheint die von der Verteidigung in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung beantragte Entschädigung von Fr. 200.– pro Hafttag als angemessen. Der Beschuldigten ist damit für die von ihr erlittene Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 400.– auszurichten. Es wird beschlossen:

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 stellte die Verteidigung den Beweisantrag, es seien die Empfehlungen der Härtefallkommission des Kantons Zürich vom 23. September 2019 sowie der Entscheid des Migrationsamtes vom 29. Oktober 2019 als Beweise abzunehmen (Urk. 52). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erübrigt sich eine Abnahme dieser Beweismittel durch die Berufungsinstanz (Erw. IV.2.8.).

#### **E. 6**

Die Beschuldigte befand sich während 2 Tagen in Polizeiverhaft (Urk. 4/1; Urk. 4/4). II. Prozessuales 1. Mit Berufungserklärung der amtlichen Verteidigung vom 8. Februar 2019 liess die Beschuldigte vollumfängliche Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil erklären. Sie beantragt die Einstellung des Verfahrens, eventualiter einen Freispruch, die Entrichtung einer angemessenen Genugtuung in der Höhe von Fr. 400.– für die zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft, sowie die Übernahme sämtlicher Kosten des Vorverfahrens und der Gerichtsverfahren beider Instanzen, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse. Zudem sei die amtliche Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren gemäss den Anträ-

- 6 - gen in ihrer Beschwerde vom 8. Februar 2019 an die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich zu entschädigen (Urk. 31; Urk. 40/2; Urk. 47). 2. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). 3. Nachdem die Beschuldigte das vorinstanzliche Urteil zwar vollumfänglich anfechten, hinsichtlich der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung (Urteilsdispositivziffer 3) in der Berufungserklärung aber weder Beanstandungen noch Änderungsanträge anbringen liess (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO), ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 12. Oktober 2018 bezüglich der Dispositivziffer 3 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist. III. Sachverhalt 1. Der Beschuldigten wird gemäss Strafbefehl vom 9. Mai 2018 vorgeworfen (Urk. 6 S. 2 f.), sie habe sich trotz Kenntnis der am 28. August 2014 verfügten rechtskräftigen Wegweisung durch das Staatssekretariat für Migration, wonach sie die Schweiz bis 23. Oktober 2014 hätte verlassen müssen, ohne gültigen Aufenthaltstitel und ohne sich um die Beschaffung von gültigen Reisedokumenten zu kümmern, vom 18. Mai 2016 bis 8. Mai 2018 an verschiedenen Orten in der Schweiz, zuletzt in B.\_\_\_\_\_, aufgehalten. 2. Die Beschuldigte hat diesen Sachverhalt im Vorverfahren und vor Vorinstanz stets anerkannt und dies auch im Berufungsverfahren bestätigt. Dabei anerkannte sie insbesondere, sich willentlich in der Schweiz aufgehalten zu haben, im Wissen, dass sie das Land hätte verlassen müssen. Eine Rückkehr in ihr Herkunftsland sei ihr nicht möglich, da sie C.\_\_\_\_ [Staat] nicht legal verlassen habe, weshalb sie bei ihrer Rückkehr ins Gefängnis müsse. Ebenso räumte die Beschuldigte ein, sich nie mit einer Botschaft in Verbindung gesetzt zu haben, um Reisepapiere zu beschaffen (Urk. 1 S. 2; Urk. 2 S. 2 ff.; Urk. 10 S. 3 ff.; Prot. I S. 8 ff.).

- 7 - Bei dieser Darstellung blieb sie auch anlässlich der Berufungsverhandlung und führte ergänzend aus, dass das Migrationsamt, nachdem es ihre Wegweisung angeordnet habe, an sie die Forderung gestellt habe, dass sie zurückgehen müsse. Da sie aber keine Möglichkeit gesehen habe, habe sie dies einfach verweigert. Das Migrationsamt habe ihr gesagt, dass sie zur D.\_\_\_\_ oder C.\_\_\_\_ Botschaft gehen und sich einfach Papiere beschaffen müsse. Damals habe sie aber diese Eingrenzung gehabt und sich nicht frei bewegen können. Sie habe dann gesagt, dass sie sich nicht bewegen könne, und das Migrationsamt habe ihren Entscheid einfach akzeptiert. Als sie dann zur C.\_\_\_\_ Botschaft gegangen sei, habe sie dort gesagt, dass sie ein Dokument benötige, welches bestätige, dass sie in C.\_\_\_\_ geboren worden und dort aufgewachsen sei. Ihr sei dann aber ganz klar gesagt worden, nur ihre mündliche Aussage, dass sie in C.\_\_\_\_ geboren worden sei, reiche nicht, um eine Bestätigung zu erhalten. Sie sei bei der C.\_\_\_\_ Botschaft in Genf gewesen und habe mit einem Mann gesprochen. Wie dieser geheissen habe, wisse sie nicht (Prot. II S. 17 ff.). 3. Das Geständnis der Beschuldigten deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis und den migrationsrechtlichen Akten, weshalb der sich aus dem Strafbefehl ergebende Anklagesachverhalt erstellt ist. IV. Rechtliche Würdigung 1. Am 1. Januar 2019 ist das neue Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) in Kraft getreten. Die Beschuldigte hat das ihr zur Last gelegte Verhalten noch vor Inkrafttreten des AIG begangen. Da sowohl das AIG in dessen Art. 115 als auch das im Zeitpunkt der Tat in Kraft stehende AuG in dessen Art. 115 für den rechtswidrigen Aufenthalt eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsehen, erweist sich das neue Recht nicht als das mildere. Zur Anwendung gelangt deshalb das AuG (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG). 2. Die Vorinstanz hat die objektiven und subjektiven

Voraussetzungen in Bezug auf den rechtswidrigen Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zutref-

- 8 - fend dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann (Urk. 30 S. 5; Art. 82 Abs. 4 StPO). Das anklagegegenständliche Verhalten der Beschuldigten erfüllt denn auch sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Mit Asylentscheid des Bundesamtes für Migration vom 28. August 2014 wurde das Asylgesuch der Beschuldigten abgewiesen (Urk. 3 S. 53 ff. = Urk. 13/4). Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2014 ab (Urk. 3 S. 42 ff.), wodurch der Asyl- und Wegweisungsentscheid rechtskräftig geworden ist (Urk. 3 S. 39). Dieser verpflichtete die Beschuldigte, die Schweiz bis am 23. Oktober 2014 zu verlassen (Urk. 13/4 S. 6). Mit Schreiben des Bundesamtes für Migration vom 29. Oktober 2014 kam es zu einer Neuansetzung der Ausreisefrist bis zum 26. November 2014 (Urk. 3 S. 39). Dennoch verblieb die Beschuldigte auch nach Ablauf der vorgenannten Frist weiterhin in der Schweiz. Demzufolge hielt sie sich seither, und damit auch im anklagegegenständlichen Zeitraum vom 18. Mai 2016 bis 8. Mai 2018, illegal in der Schweiz auf. Dies tat sie gemäss eigenen Angaben im Bewusstsein um die Rechtskraft ihres Wegweisungsentscheides und der ihr angesetzten Ausreisefrist (Prot. I S. 9; Prot. II S. 8 und S. 13). Daran ändern – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 21 S. 9) – auch die verschiedenen Wiedererwägungsgesuche der Beschuldigten an das Staatssekretariat für Migration und die damit verbundenen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. Juni 2015 und 22. August 2017 (Urk. 13/5-7) nichts, da es sich bei der Wiedererwägung um ein ausserordentliches Rechtsmittel bzw. einen Rechtsbehelf gegen rechtskräftige Verfügungen handelt (statt vieler: KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 2015 ff.), was den Aufenthalt bis zu einer allfälligen Änderung des rechtskräftigen Asylentscheides nicht wieder rechtmässig werden lässt. Für die Rechtskraft ist daher vielmehr das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22. Oktober 2014 massgebend. Ebenso wenig liegt bei einem solchen Wiedererwägungsgesuch ein neues Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vor. Somit hielt sich die Beschuldigte trotz Kenntnis der am 28. August 2014 per 23. Oktober 2014 verfügten Wegweisung zwischen dem 18. Mai 2016 (erste Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthaltes vom 17. Mai 2016 [Urk. 5/1]) und ihrer Verhaftung vom 8. Mai 2018 (Urk. 4/1) rechtswidrig in der Schweiz auf.

- 9 -

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