

ZH_OBERGERICHT SB220094 vom 4. Oktober 2022

ZH Obergericht, 2022-10-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220094

FR: ZH_OBERGERICHT SB220094 du 4 octobre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB220094 del 4 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Berufung gegen das ein- gangs im Dispositiv zitierte Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. November 2021, mit welchem der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gesprochen wurde.

E. 1.1

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf- schiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht er- fassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-EUGSTER, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 402 StPO N 1 f.).

E. 1.2

Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufung den Schuldspruch wegen rechts- widrigen Aufenthaltes (Dispositivziffer 1), das Strafmass und den Vollzug (Dispo- sitivziffern 2 und 3), den Widerruf (Dispositivziffer 4) sowie die Kostenauflegung (Dispositivziffer 6) an (Urk. 44; Urk. 52).

E. 1.3

Somit ist das angefochtene Urteil bezüglich der Dispositivziffer 5 (Kosten- festsetzung) nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Be- schluss festzustellen ist.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

E. 2

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermei- dung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vor- instanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 42 S. 4).

E. 2.1

Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Er- wählung findet.

E. 2.2

Auf die Argumente der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten bzw. der Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbrin- gen des von einem Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsäch- lich hört, prüft und in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich

auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und

- 6 - auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 139 IV 179 E 2.2; BGE 138 IV 81 E 2.2, je mit Hinweisen). III. Sachverhalt 1. Gemäss Anklageschrift vom 12. August 2021 wird dem Beschuldigten vor- geworfen, sich trotz Wegweisungsentscheids und bekannter Ausreisefrist in der Zeit vom 22. März 2019 abends bis 23. Mai 2019, 07.50 Uhr sowie vom 24. Mai 2019, 17.30 Uhr bis 26. Mai 2021, 11.10 Uhr in der Schweiz, insbesondere in der B. _____ in ... C. _____ [Ortschaft] (bis 27. Mai 2019) und in der B. _____ D. _____ in ... E. _____ [Ortschaft] (ab 27. Mai 2019) aufgehalten zu haben, wobei er sei- nen rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz zumindest billigend in Kauf nahm (Urk. 15). 2. Der Beschuldigte anerkannte sowohl im Vorverfahren und vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren den Sachverhalt (Urk. 2/4 S. 6; Prot. I S. 6; Prot. II S. 9 f.; vgl. auch Urk. 52 S. 1). Das Geständnis des Beschuldigten zum Sachver- halt deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb darauf abzustellen ist und der Sachverhalt als rechtsgenügend erstellt bezeichnet werden kann. IV. Rechtliche Würdigung 1. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. 2. Der Beschuldigte wurde mit rechtskräftigem Entscheid des Staatssekretari- ats für Migration (SEM) vom 6. Dezember 2017 und angesetzter Ausreisefrist bis 18. Januar 2018 aus der Schweiz weggewiesen. Trotzdem hielt er sich in der Zeit vom 22. März 2019 abends bis 23. Mai 2019, 07.50 Uhr sowie vom 24. Mai 2019, 17.30 Uhr bis 26. Mai 2021, 11.10 Uhr in der Schweiz auf und erfüllte dement- sprechend den objektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.

- 7 - 3. In subjektiver Hinsicht muss vorsätzlich gehandelt werden, wobei Eventual- vorsatz genügt. Der Beschuldigte wusste, dass er die Schweiz hätte verlassen müssen; er führte aber aus, dass er in der Schweiz habe bleiben wollen bzw. bleiben wolle (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/4 S. 4; Prot. I S. 6; Prot. II S. 9 f. und S. 12 f.). Somit handelte der Beschuldigte vorsätzlich und der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt. 4. Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschlussgründe liegen keine vor.

E. 3

Am 29. November 2021 meldete der Beschuldigte zunächst Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil an (Urk. 28). Das begründete Urteil der Vorinstanz wur- de dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft am 4. Februar 2022 (Urk. 41/2- 3) zugestellt. Der Beschuldigte reichte sodann am 23. Februar 2022 die Beru- fungserklärung ein (Urk. 44).

E. 3.1

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Regeln der Strafzumessung unter Hin- weis auf Art. 47 StGB zutreffend dargelegt und es kann, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden (Urk. 42 S. 9 f.).

E. 3.2

Bezüglich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich der Be- schuldigte während Monaten – die Vorinstanz erwog während 26 Monaten (vgl. Urk. 42 S. 10) – illegal in der Schweiz aufhielt. Wie die Verteidigung zutreffend einwendet (Urk. 52 S. 5 f.), ist in diesem Zusammenhang jedoch zu berücksichti- gen, dass die Ausreise aus der Schweiz während

der Coronapandemie erschwert bzw. dem Beschuldigten teilweise gar nicht möglich war. Indes brach die Corona- Pandemie erst im März 2020 aus. Der Beschuldigte hielt sich zu jenem Zeitpunkt bereits während rund einem Jahr illegal in der Schweiz auf.

Zusammengefasst war die Ausreise dem Beschuldigten im Zeitraum vom 22. März 2019 bis 26. Mai 2021 zwar wohl teilweise verwehrt, aber keinesfalls durchgehend. Er hielt sich während mindestens einem Jahr illegal in der Schweiz auf, obwohl ihm eine Aus- reise möglich gewesen wäre. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz. Anders als die Vorinstanz fällt dieser Umstand indes nicht ver-

- 15 - schuldenserschwerend ins Gewicht, sondern ist neutral zu werten. Insgesamt ist von einem nicht mehr leichten Verschulden – die Vorinstanz vermischt fälschli- cherweise die objektive und subjektive Tatschwere, welche sie je als nicht mehr leicht qualifiziert, zu einem mittelschweren Gesamtverschulden – auszugehen. Trotz dieses insgesamt nicht mehr leichten Verschuldens rechtfertigt es sich nach dem Gesagten, die hypothetische Einsatzstrafe im Vergleich zur Vorinstanz auf 100 Tage zu senken. 4. Täterkomponente Der Beschuldigte ist im Iran geboren und hat gemäss eigener Angabe in der Be- rufungsverhandlung 8 Geschwister. Während insgesamt 9 Jahren besuchte er die Schule. Eine Ausbildung hat er keine. Nach dem Militärdienst von 2002 bis 2004 reiste er über die Türkei und Griechenland nach England. Im Jahr 2010 ging er zurück in den Iran, wo er 2012 heiratete. Er ist heute immer noch verheiratet und hat einen Sohn. Seine Frau und sein Sohn leben im Iran, wobei er derzeit keinen Kontakt zu ihnen pflegt. Im Jahr 2017 verliess der Beschuldigte den Iran und stell- te im gleichen Jahr ein Asylgesuch in der Schweiz. Der Beschuldigte lebt von der Nothilfe (vgl. auch Prot. II S. 6 f.). Aus den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Umstände. Der Beschuldigte ist einschlägig vorbestraft (Urk. 6/3 und Urk. 50). Mit Strafbefehl vom 21. März 2019 der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gesprochen. Diese Vorstrafe ist rechtskräftig. Daran ändert das Vorbringen der Verteidigung, dass der Strafbefehl gar nie hätte erlassen werden dürfen, nichts (vgl. Urk. 52 S. 7 i.V.m. Prot. II S. 12). Der Voll- ständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Beschuldigte zwischenzeitlich mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 15. Januar 2022 wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden oder Beamte verurteilt wurde (vgl. Urk. 50). Formell handelt es sich dabei um keine Vorstrafe, entsprechend wirkt sich diese nicht zu Lasten des Beschuldigten aus. Sein Nachtatverhalten ist inso- fern zu berücksichtigen, als er sich weiterhin in der Schweiz aufhält und nicht ge- willt ist, in den Iran zurückzukehren. Auch bemüht er sich nicht um einen Reise- pass. Er zeigte sich weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren reuig oder

- 16 - einsichtig. Das Vorleben und das Verhalten nach der Tat wirken sich daher leicht strafehöhend aus. Die hypothetische Einsatzstrafe ist entsprechend um 20 Ta- gessätze bzw. 20 Tage zu erhöhen. Vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen erweist sich eine Strafe von 120 Tagen als angemessen. 5. Sanktionsart

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 1. März 2022 wurde die Berufungserklärung un- ter Hinweis auf Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO und Art. 401 StPO sowie Art. 34 StGB der Staatsanwaltschaft zugestellt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zu- dem wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und weitere Unterlagen einzureichen (Urk. 45). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 4. März 2022

auf Anschlussberufung (Urk. 47). Der Beschuldigte reichte innert Frist die geforderten Unterlagen nicht ein.

E. 4.1

Der Beschuldigte wurde im Jahr 2019 zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt, mithin nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB. Daher gilt grundsätzlich die Vermutung einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden.

E. 4.2

Der Beschuldigte ist einschlägig vorbestraft (Urk. 50). Zudem verweigert er seit dem negativen Asylentscheid vom 6. Dezember 2017 bzw. 11. Januar 2018 behördliche Anordnungen. Er will weiterhin in der Schweiz bleiben und eine Rückkehr in den Iran schliesst er kategorisch aus (Prot. I S. 4 ff.; Prot. II S. 10 und S. 12 f.). Es bestehen mithin keinerlei Anzeichen dafür, dass in dieser Hinsicht ein Umdenken stattgefunden hat bzw. stattfindet. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihn der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe von weiterer Delinquenz abhalten würde. Eine günstige Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB kann ihm daher nicht gestellt werden.

- 19 -

E. 4.3

In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 42 S. 13) ist die Freiheitsstrafe daher zu vollziehen. VII. Widerruf 1. Das Gericht hat gemäss Art. 46 StGB bedingt ausgefallte Strafen oder den bedingten Teil einer Strafe zu widerrufen, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat und deshalb zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Ein Verbrechen oder Vergehen während der Probezeit führt daher noch nicht zwingend zum Widerruf. Entscheidend ist vielmehr das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist mit anderen Worten eine Strafe nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.2). 2. Der Beschuldigte wurde weniger als drei Monate nach seiner Verurteilung mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 21. März 2019 wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (bedingte Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 10.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren) einschlägig straffällig (Urk. 6/4). Er blieb weiterhin in der Schweiz und bemühte sich weder um einen Reisepass noch um eine Rückkehr in den Iran. Auch heute hält er sich immer noch in der Schweiz auf und ist nicht im Besitz eines gültigen Reisepasses. Dies zeigt, dass diese erste Verurteilung vom 21. März 2019 den Beschuldigten nicht sonderlich beeindruckt zu haben scheint. Ungeachtet der ihm bekannten Konsequenzen bei erneuter Strafbarkeit beging er wieder eine Straftat, und zwar das gleiche Delikt wie gut zwei Monate davor. Vor diesem Hintergrund ist von einer schlechten Prognose auszugehen und die Vorstrafe zu widerrufen. 3. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 21. März 2019 bedingt angeordnete Strafvollzug ist gestützt auf Art. 46 Abs. 1 StGB zu widerrufen und die Geldstrafe zu vollziehen.

- 20 - VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 5

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG erfüllt hat. 6.1. Im Folgenden ist zu prüfen, ob eine Verurteilung des Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG aufgrund der EU-Rückführungsrichtlinie zulässig ist. 6.2. Wie bereits vor Vorinstanz bringt der Beschuldigte auch im Berufungsverfahren vor, dass eine Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie erst dann zulässig sei, wenn die zuständigen Behörden alles ihnen Zumutbare unternommen hätten, um die Wegweisung des Betroffenen zu vollziehen, der Vollzug indessen am Verhalten des Betroffenen scheitere. Vorliegend gehe aus den Akten aber nicht hervor, dass das Migrationsamt des Kantons Zürich, welches für den Vollzug der Wegweisung des Beschuldigten zuständig sei, oder das Staatssekretariat für Migration (SEM) alles Zumutbare unternommen hätten, um die Wegweisung des Beschuldigten zu vollziehen (Urk. 24 S. 2 ff.; Urk. 52 S. 1 ff.). Es sei lediglich in der letzten Mitteilung des SEM vom 27. April 2021 pauschal festgehalten, dass eine Papierbeschaffung ohne Vorliegen eines Original-Passes und ohne Rückkehrbereitschaft der betreffenden Person nicht möglich sei. Aus dem Aktenverzeichnis des SEM könnten keine weiteren Vollzugsbemühungen entnommen werden, nachdem die Personendaten des Beschuldigten an die Botschaft in Teheran übermittelt worden seien, welche sie ihrerseits dem zuständigen iranischen Ministerium weitergeleitet habe. Die pauschale Angabe des SEM gegenüber dem

- 8 - Migrationsamt, dass kein Laissez-Papier erhältlich sei, wenn kein Originalpass vorliege, bleibe damit völlig unbelegt, insbesondere würden auch entsprechende Verlautbarungen der iranischen Behörden fehlen. Es könne zum heutigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden, dass allfällige weitere Bemühungen der Schweizer Behörden doch noch dazu führen würden, dass die iranischen Behörden Ersatzreisepapiere für den Beschuldigten ausstellen würden (Urk. 24 S. 4; Urk. 52 S. 3 f.). Weiter habe der Beschuldigte nicht die Möglichkeit gehabt, sich im Rahmen eines weiteren Ausreisegesprächs zur "Erkenntnis" des SEM, eine Papierbeschaffung sei ohne seine Kooperation nicht möglich, zu äussern. So habe das letzte Ausreisegespräch am 3. März 2020 stattgefunden (Urk. 24 S. 4). Weiter hätten in der Vergangenheit zwangsweise Rückführungen auch mit einer iranischen Geburtsurkunde stattgefunden. Der Beschuldigte verweist dabei auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_542/2008 vom 26. August 2008, E. 3.4. (Urk. 24 S. 4). Er sei im Besitz einer Geburtsurkunde und es sei nicht ersichtlich, inwiefern von den Behörden versucht worden sei, eine Rückkehr mit diesem Dokument zu organisieren. Schliesslich bringt der Beschuldigte vor, dass er weder je in Ausschaffungsnachhaft noch in Durchsetzungshaft genommen worden wäre. Mit der Eingrenzung der ausreisepflichtigen Person allein seien im vorliegenden Fall aber nicht alle zumutbaren Massnahmen ausgeschöpft worden. Das Migrationsamt wäre verpflichtet gewesen – nachdem auch die verfügte Eingrenzung nicht zum Erfolg geführt habe – nochmals die Anordnung von Ausschaffungsnach- oder Durchsetzungshaft zu beantragen, sei doch nicht ausgeschlossen, dass das Zwangsmassnahmengericht zum heutigen Zeitpunkt die Voraussetzungen zur Anordnung von Durchsetzungshaft als gegeben erachtet hätte (Urk. 24 S. 5; Urk. 52 S. 3). Zusammengefasst sei die Rückführung nicht an der fehlenden Kooperationsbereitschaft gescheitert, sondern an noch ausstehenden Abklärungen durch das Migrationsamt bzw. das SEM und es seien noch nicht alle Zwangsmassnahmen des AIG ausgeschöpft. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten sei daher wegen Vorliegen eines Strafhinderungsgrunds gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. c StPO einzustellen (Urk. 24 S. 5;

Urk. 52 S. 4). 6.3. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den

- 9 - Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Nationale Strafbestimmungen sind aber nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.6; Urteile des Bundesgerichts 6B_139/2014 vom 5. August 2014 sowie 6B_617/2012 und 6B_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5). Ein Staat kann sich 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 Bundesgerichts 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 Achughabian). Gemäss Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie sind Zwangsmassnahmen zur Durchführung der Abschiebung nur als letztes Mittel vorzunehmen. 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. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Freiheitsstrafe nur unter der Bedingung mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, dass eine rechtskräftige Wegweisung vorliegt und die betroffene Person zuvor einer Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 8 der Richtlinie unterworfen wurde. Als solche Zwangsmassnahme qualifiziert auch eine Eingrenzung (vgl. BGE 144 II 16 E. 2.1). Ist eine zwangsweise Rückschaffung nicht möglich, steht der strafrechtlichen Sanktionierung nichts entgegen; Durchsetzungshaft muss zuvor nicht angeordnet werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3.1 ff.).

- 10 - 6.4. Vorliegend wurde das Asylgesuch des Beschuldigten mit Asylentscheid des Staatssekretariates für Migration SEM vom 6. Dezember 2017 abgewiesen (Urk. 3/3). Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 11. Januar 2018 nicht ein (Urk. 3/4), wodurch der vorgenannte Asyl- und Wegweisungsentscheid rechtskräftig wurde. Da der Asyl- und Wegweisungsentscheid den Beschuldigten verpflichtete, die Schweiz bis am 27. Dezember 2017 zu verlassen, setzte das Staatssekretariat für Migration SEM dem Beschuldigten eine neue Ausreisefrist bis am 18. Januar 2018 an und teilte ihm mit, dass er verpflichtet sei, bei der Beschaffung gültiger Reispapiere mitzuwirken (Urk. 3/5). In der Folge hielt sich der Beschuldigte weiterhin bis ca. September 2018 in der Schweiz auf und erneut vom 22. Januar 2019 bis am 20. März 2019 (Urk. 3/10 S. 56-59; Urk. 3/10 S. 27). Am 20. März 2019 um 07.30 Uhr wurde er durch die Kantonspolizei in C._____ im Rahmen einer durchgeführten Kontrolle in der Notunterkunft C._____ verhaftet. Vom 20. März 2019 bis 21. März 2019 war der Beschuldigte in Haft (Urk. 3/10 S. 50-55). Mit Strafbefehl vom 21. März 2019 wurde er des

mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gesprochen (Urk. 3/10 S. 56-59). In der Folge hielt sich der Beschuldigte weiterhin, trotz zahlreichen Aufforderungen, die Schweiz zu verlassen, weiterhin im Land auf (Urk. 3/10 S. 55, 91, 106 f.). Das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich lehnte einen entsprechenden Antrag auf Bestätigung der Anordnung von Durchsetzungshaft des Beschuldigten mit Urteil vom 24. Mai 2019 ab (Urk. 3/10 S. 72 ff.). Am 9. Juli 2019 fand ein weiteres Ausreisegespräch statt (Urk. 3/10 S. 92). In der Folge wurde mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 13. August 2019 eine Eingrenzung gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG auf das Gebiet des Bezirks Pfäffikon aufgrund seines renitenten Verhaltens – er sei uneinsichtig und unfähig, behördliche Anordnungen zu befolgen bzw. sich an diese zu halten – angeordnet (Urk. 3/6). Die Eingrenzung des Beschuldigten wurde auch damit begründet, dass seine Anwesenheit mit Blick auf die Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs zu kontrollieren sei und um ihm gleichzeitig bewusst zu machen, dass er sich illegal in der Schweiz aufhalte (Urk. 3/6 E. 3). Am 3. März 2020 fand ein erneutes – ein viertes – Ausreisegespräch

- 11 - beim Migrationsamt des Kantons Zürich mit dem Beschuldigten statt. Anlässlich dieses Gesprächs gab der Beschuldigte kund, die Schweiz nicht freiwillig verlassen zu wollen (Urk. 3/7). Sodann wurde der Beschuldigte am 26. Mai 2021 bei einer Personenkontrolle beim Bahnhof in Effretikon aufgegriffen und verhaftet (Urk. 2/1). Auch anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz am 26. November 2021 äusserte sich der Beschuldigte dahingehend, dass er die Schweiz nicht verlassen wolle (Prot. I S. 6). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung blieb der Beschuldigte bei seinen bisherigen Depositionen und betonte erneut, in der Schweiz bleiben zu wollen (Prot. II S. 10 und S. 12 f.). 6.5. Zwischen der Schweiz und dem Iran besteht kein Rückübernahmeabkommen (vgl. Rückübernahmeabkommen (admin.ch)). Für Zwangsrückführungen in den Iran ist das Vorliegen eines gültigen Reisepasses notwendig (Urk. 3/1; Urk. 3/10 S. 119). Der Iran stellt keine Ersatzreisepapiere für Personen aus, welche die Schweiz nicht freiwillig verlassen wollen (Urk. 3/10 S. 119). Der Beschuldigte ist nicht im Besitz eines Original-Passes (Urk. 2/4 S. 4; Prot. I S. 7; Prot. II S. 11). Da er nicht gewillt ist, die Schweiz freiwillig zu verlassen, werden für ihn keine Ersatzreisepapiere ausgestellt. Die Mitteilung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 27. April 2021 ist klar: Wenn kein Original-Pass vorliegt und die Person nicht zur Rückkehr bereit ist, ist kein Laissez-Papier erhältlich (Urk. 3/8). Ein "Beleg" für die Richtigkeit – wie von der Verteidigung gefordert (Urk. 24 S. 4; Urk. 52 S. 3 f.) – und "Verlautbarungen der iranischen Behörden" sind nicht nötig. Auch wurde der Beschuldigte mehrmals aufgefordert, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 3/10 S. 41). Dieser teilte deshalb auch mehrmals den Behörden mit, dass er sich um die Papiere bemühen würde (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 3/10 S. 41 f.). Allerdings hat er dafür nichts unternommen, was er anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 5. August 2021 bekräftigte (Urk. 2/4 S. 19). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte auf die Frage, ob er sich jemals um die Beschaffung von Reisepapieren bemüht habe, dass er mit den iranischen Behörden nichts zu tun haben möchte (Prot. II S. 11).

- 12 - Weiter bringt die Verteidigung vor, dass der Beschuldigte nicht die Möglichkeit gehabt habe, sich im Rahmen eines weiteren Ausreisegesprächs zur "Erkenntnis" des SEM, eine Papierbeschaffung sei ohne seine Kooperation nicht möglich, zu äussern. So habe das letzte Ausreisegespräch am 3. März 2020 stattgefunden (Urk. 24 S. 4). Ein weiteres

Ausreisegespräch zur "Erkenntnis" des SEM, eine Papierbeschaffung sei ohne seine Kooperation nicht möglich, war nicht nötig. Der Beschuldigte wusste um seine Mitwirkungspflicht bei der Papierbeschaffung (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 3/10 S. 41). Daraus erhellt, dass weder ein weiteres Ausreisegespräch nötig, noch sinnvoll gewesen wäre. Dies bestätigt der Beschuldigte jeweils durch entsprechende Aussagen in den polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/4 S. 4). Im Bewusstsein seiner Mitwirkungspflicht verweigert er die Hilfe bei der Beschaffung eines gültigen Reisepasses. Der Hinweis der Verteidigung auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_542/2008 vom 26. August 2008 E. 3.4 geht ebenfalls fehl (Urk. 24 S. 4). Wie ausgeführt ist der Beschuldigte nicht im Besitz eines Originalpasses. Sein Pass liege irgendwo im Meer zwischen der Türkei und Griechenland (Prot. I S. 7; Prot. II S. 11). Die Behörden haben lediglich Kopien von amtlichen Dokumenten des Beschuldigten, was dem Beschuldigten bewusst ist. Die Originale (wie insbesondere die Geburtsurkunde) sind bei seiner Frau im Iran (Prot. I S. 7; Prot. II S. 11). Der Beschuldigte bemühte sich aber nie um den Versand dieser Dokumente in die Schweiz (Urk. 2/1 S. 3 f.; Prot. II S. 11). Mit anderen Worten: Er selbst hätte es in der Hand, die Geburtsurkunde zu organisieren, macht nun aber geltend, dass die Behörden seine Rückkehr mit der Original-Geburtsurkunde organisieren müssten. Gerade dieses renitente und nicht kooperative Verhalten des Beschuldigten verunmöglicht eine solche Rückkehr. Gemäss Bundesgerichtsurteil 2C_542/2008 vom 26. August 2008 E. 3.4 ist eine zwangsweise Rückkehr mit einer Geburtsurkunde "mit relativ grossem Aufwand und unter Einbezug der schweizerischen Vertretung im Iran" möglich, "die betroffene Person [muss] allerdings weitgehend kooperieren, da andernfalls das Risiko besteht, dass die Einreise von den iranischen Behörden verweigert wird". Das unkooperative Verhalten des Beschuldigten würde, wenn denn überhaupt die Original-Geburtsurkunde vorhanden wäre, eine

- 13 - zwangsweise Rückkehr verunmöglichen. Schliesslich aber ist heute eine zwangsweise Rückführung nur noch mit einem gültigen Reisepass möglich (vgl. Urk. 3/1; Urk. 3/8), dies im Gegensatz zum Jahr 2008. Aus den vorstehenden Erwägungen wird klar, dass die zwangsweise Rückführung des Beschuldigten trotz umfassender Bemühungen der Migrationsbehörden letztlich erfolglos blieb. Dass der Beschuldigte weder in Ausschaffungs- noch in Durchsetzungshaft genommen wurde, ändert daran nichts. Der Beschuldigte liess sich in den letzten fast fünf Jahren durch nichts davon abbringen, in der Schweiz verbleiben zu wollen. Sein Verhalten ist einzig und alleine dafür verantwortlich, dass der Vollzug der Rückkehr in den Iran gescheitert ist. Sämtliche Anordnungen und Entscheide der Behörden blieben ohne Wirkung, so auch die gegen den Beschuldigten erlassene Zwangsmassnahme der Eingrenzung (vgl. Urk. 3/6). Eine Ausschaffungs- oder eine Durchsetzungshaft würde letztlich bei einem derart renitenten Verhalten zu keinem anderen Resultat führen. Im Übrigen ist die vorgängige Anordnung einer solchen Haft – entgegen der Ansicht der Verteidigung (vgl. Urk. 52 S. 2 f.) – nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht Voraussetzung einer strafrechtlichen Sanktionierung (Urteil des Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3.4). Auch heute noch (Prot. II S. 10 und S. 12 f.) hält sich der Beschuldigte ohne erkennbaren Willen zur Rückkehr oder zur Kooperation mit den Migrationsbehörden illegal in der Schweiz auf.

E. 5.1

Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2).

E. 5.2

Wie zu zeigen sein wird, sind für den Beschuldigten die Voraussetzungen einer bedingten Strafe nicht erfüllt (vgl. dazu hinten E. VI.). Das Kriterium der ungünstigen Legalprognose im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB ist somit vorliegend gegeben, wie dies auch die Vorinstanz zutreffend feststellte (vgl. Urk. 42 S. 11).

E. 5.3

Grundsätzlich hat eine Geldstrafe Vorrang. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass eine Geldstrafe den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abhalten könnte; so wurde er bereits für das gleiche Vergehen mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 21. März 2019 schuldig gesprochen (vgl. Urk. 50). Zudem ist nicht ersichtlich, wie er eine Geldstrafe bezahlen könnte. Die Nothilfe beträgt Fr. 10.– pro Tag, welche die einzige Einnahmequelle des Beschuldigten ist. So erklärte er auch anlässlich der Berufungsverhandlung, pro Woche Fr. 60.– in bar plus Lebensmittel zu erhalten. Vermögen hat er keines (Prot. I S. 9 und Prot. II S. 8). Der angemessene Tagessatz der auszufällenden Geldstrafe von 120 Tagessätzen wäre demnach mit Fr. 10.– zu bemessen. Dazu kommt eine Geldstrafe von 48 Tagessätzen zu Fr. 10.– (vgl. zum Widerruf nachstehend E. VII.). Wie die Geldstrafe gestützt auf diese finanziellen Verhältnisse und aber auch angesichts der mehrjährigen Verweigerungsverhalten gegenüber jeglichen behördlichen Anordnungen seitens des Beschuldigten bezahlt werden könnte bzw. würde, ist nicht ersichtlich. Den gegenteiligen Ausführungen der Verteidigung kann nicht gefolgt werden (vgl. Urk. 52 S. 8). Die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe ist daher zu verneinen. Eine Geldstrafe fällt daher nicht in Betracht.

E. 5.4

Der Beschuldigte ist dementsprechend mit einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen zu bestrafen. 6. Anrechnung der Haftdauer 6.1. Gemäss Art. 51 StGB wird die Haft, die der Täter während des Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe angerechnet. Ein Tag Haft entspricht einem Tagessatz Geldstrafe. Die strafrechtlich relevante Zeit berechnet sich nicht in Stunden, sondern ist tageweise anzurechnen, wobei der angebrochene Tag als voller Tag gilt (PK StGB-TRECHSEL/SEELMANN, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 51 StGB N 9). 6.2. Der Beschuldigte wurde vorliegend am 26. Mai 2021 um 11.10 Uhr verhaftet und am 27. Mai 2021 um 16.06 Uhr aus der Haft entlassen (Urk. 4/1 und Urk. 4/4). Insgesamt sind dem Beschuldigten dementsprechend 2 Tage Haft anzurechnen.

E. 7

Fazit Unter Berücksichtigung aller strafzumessungsrelevanter Faktoren ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind, zu bestrafen. VI. Vollzug 1. Die Vorinstanz verurteilte den

Beschuldigten zu einer unbedingten Freiheitsstrafe. Sie begründete dies mit der einschlägigen Vorstrafe und der ungüns-

- 18 - tigen Legalprognose, wonach der Beschuldigte weiterhin in der Schweiz bleiben möchte und eine Rückkehr in den Iran für ihn ausgeschlossen sei (Urk. 42 S. 13). 2. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). 3. Der Beschuldigte beantragte vor Vorinstanz eventualiter den bedingten Vollzug (Urk. 24 S. 1). Im Berufungsverfahren fehlt ein solcher Eventualantrag, wobei sich die Ausführungen zum Vollzug auf eine Geldstrafe beziehen (vgl. Urk. 52 S. 6 ff.). Die Staatsanwaltschaft beantragte den unbedingten Strafvollzug (Urk. 15 S. 3). 4. Aufgrund der Strafhöhe von 120 Tagen Freiheitsstrafe sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs erfüllt. Es stellt sich folglich die Frage, ob für den Beschuldigten auch die subjektiven Voraussetzungen bejaht werden können.

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