

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220272-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, Oberrichterin lic. iur. S. Fuchs
und Ersatzoberrichter lic. iur. R. Amsler sowie der Gerichtsschreiber
MLaw L. Zanetti

Urteil vom 8. November 2022

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt lic. iur. R. Egli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidriger Aufenthalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht,
vom 23. Februar 2022 (GB210021)**

Anklageschrift:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Februar 2021 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 6).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 32 S. 16 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird bezüglich des Vorwurfs der geringfügigen Widerhandlungen gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz im Sinne von Art. 120 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 90 Abs. 1 lit. c AIG eingestellt.
2. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
3. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.
4. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 2'264.15 (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'400.– die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'200.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 2'264.15 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten (Urk. 44 S. 2):

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 23. Februar 2022 betreffend die Dispositivziffern 1, 2, 5, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Von einer Bestrafung der Beschuldigten sei abzusehen.
3. Eventualiter sei die Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu CHF 0.00 zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
4. Subeventualiter sei die Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 3 Tagessätzen zu CHF 10.00 zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 38):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

Zum Verfahrensgang bis zum Erlass des erstinstanzlichen Urteils kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 32 S. 3 f.). Die Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Februar 2022 gemäss dem eingangs zitierten Urteilsdispositiv schuldig gesprochen. Innert gesetzlicher Frist liess die Beschuldigte mit Eingabe vom 3. März 2022 Berufung anmelden (Urk. 28; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nachdem das begründete Urteil den Parteien zugestellt worden war, reichte die Beschuldigte wiederum fristgerecht mit Eingabe vom 24. Mai 2022 die Berufungserklärung ein (Urk. 34; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge auf

eine Anschlussberufung und erklärte, die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils zu beantragen (Urk. 38; Art. 400 Abs. 3 StPO). Nachdem sich die Verteidigung mit der Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens einverstanden erklärt hatte (Urk. 39), wurde dieses mit Verfügung vom 14. Juni 2022 gestützt auf Art. 406 Abs. 1 StPO angeordnet und der Beschuldigten Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 40). Die Berufungsbegründung der Beschuldigten ging innert Frist ein (Urk. 44). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge ebenso wie die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung (Urk. 49 und 51). Das Verfahren ist damit spruchreif.

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte ficht das vorinstanzliche Urteil einzig hinsichtlich der Dispositivziffern 3 und 4 an (Urk. 44 S. 2; Urk. 34 S. 2). Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Dispositivziffern 1, 2, 5, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss vorzumerken ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 437 StPO). Im Übrigen steht der angefochtene Entscheid unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO zur Disposition.

II. Sanktion

1.1 Der Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, sich vom 16. Januar 2021 bis zum 10. Februar 2021 unrechtmässig in der Schweiz aufgehalten zu haben. Dies habe sie im Wissen darum getan, dass ihr Asylantrag mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. November 2017 rechtskräftig abgewiesen worden sei und ihr das Staatssekretariat für Migration mit Verfügung vom 6. Oktober 2017 eine Ausreisefrist bis zum 23. Oktober 2018 [recte: 23. Oktober 2017] angesetzt habe, über welche sie sich bewusst hinweggesetzt habe.

1.2 Der Sachverhalt wird von der Beschuldigten ebenso wie die rechtliche Würdigung als rechtswidriger Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG anerkannt (vgl. Urk. 44). Sie ficht den Schuldpunkt entsprechend nicht an.

2.1 Die Beschuldigte macht im Berufungsverfahren zusammengefasst geltend, die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (fortan EU-Rückführungsrichtlinie) stehe der Aussprechung einer Geldstrafe im vorliegenden Fall entgegen. Die Verhängung einer Geldstrafe sei nach Rechtsprechung des Bundesgerichts mit der EU-Rückführungsrichtlinie zwar grundsätzlich vereinbar, wenn sie die Abschiebung nicht verzögere (unter Hinweis auf Urteil des BGer 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.3.). Entgegen der Vorinstanz müsse die Möglichkeit einer Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe gemäss Art. 36 StGB aber bereits im Strafurteil geprüft werden. Insbesondere sei der vom Bundesgericht im Urteil 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 vertretene Auffassung, wonach Geldstrafen generell mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar seien, da sich die beschuldigte Person in einem späteren Umwandlungsverfahren mit dem Argument eines Verstosses gegen die EU-Rückführungsrichtlinie gegen eine Umwandlung wehren könne, nicht zu folgen. Dies habe auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 10. Februar 2022 (Geschäfts Nr. VB 2021/00679) festgestellt. Entsprechend müsse das Strafgericht selber über die Zulässigkeit von Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen entscheiden. Die Beschuldigte, welche von Fr. 8.– Nothilfe pro Tag lebe, sei noch nicht einmal in der Lage, ihr absolutes Existenzminimum zu decken und sei offensichtlich zahlungsunfähig. Eine Geldstrafe sei für die Beschuldigte daher unabhängig von deren Höhe nicht tragbar. Entsprechend sei vorliegend die Ausfällung einer Geldstrafe aufgrund der absehbaren Umwandlung in eine Freiheitsstrafe nicht mit der EU-Rückführungsrichtlinie zu vereinbaren (Urk. 44 S. 2 ff.).

2.2 Der Beschuldigten ist zuzustimmen, dass die Verhängung einer Geldstrafe nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar ist, wenn sie das Verfahren der Entfernung nicht erschwert. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden. Hingegen ist auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe zu verzichten, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging

und – wie vorliegend (vgl. Urk. 32 S. 9) – die erforderlichen Entfernungsmassnahmen, zu denen auch Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 8 der EU-Rückführungsrichtlinie gehören, noch nicht ergriffen wurden (zuletzt bestätigt in Urteil des BGer 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1).

Entgegen der Auffassung der Beschuldigten besteht indessen kein Anlass von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, wonach Geldstrafen mit der EU-Rückführungsrichtlinie generell vereinbar seien, da die Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe nicht zwingend sei. Das Bundesgericht betont vielmehr, dass im Falle einer Nichtbezahlung auch die Möglichkeit bestehe, die Geldstrafe auf dem Betreuungsweg erhältlich zu machen (Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 1 StGB). Die Umwandlung der von einem Gericht ausgesprochenen uneinbringlichen Geldstrafe erfolge zwar gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB von Gesetzes wegen, d.h. ein gerichtlicher Entscheid sei unter dem geltenden Recht nicht mehr notwendig. Erforderlich sei jedoch ein entsprechender Strafvollzugsbefehl (Art. 439 Abs. 2 StPO). Laut Bundesgericht könnte sich die Beschuldigte daher gegen eine allfällige Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe gegebenenfalls mit Beschwerde gegen den entsprechenden Vollzugsbefehl zur Wehr setzen. Die Frage der Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe bilde daher nicht Gegenstand des Strafurteils und damit des Strafverfahrens (Urteil des BGer 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.3). Die Verhängung einer Geldstrafe ist demnach gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unabhängig von einer späteren möglichen Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe zulässig. Vertritt das kantonale Verwaltungsgericht nunmehr eine andere Auffassung als das Bundesgerichts, bleiben die Strafgerichte dennoch an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gebunden.

Die EU-Rückführungsrichtlinie steht der Aussprechung einer Geldstrafe vorliegend entsprechend nicht entgegen (vgl. auch Urteil OGer ZH SB220013 vom 11. Juli 2022, E. III.5).

3.1 Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung und den Strafrahmen zutreffend dargelegt (Urk. 32 S. 11 ff.). Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden. Im Sinne einer Wiederholung ist nochmals festzuhalten, dass die

Strafnorm des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG als Sanktion Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsieht.

3.2 Zur objektiven Tatschwere hielt die Vorinstanz fest, dass der Deliktszeitraum mit 26 Tagen noch relativ kurz gewesen sei und die Beschuldigte zudem keinerlei Anstalten getroffen habe, um sich dem Zugriff der Behörden zu entziehen bzw. unterzutauchen. Die kriminelle Energie der Beschuldigten, welche sich durch Erlernen der deutschen Sprache und Freiwilligenarbeit zu integrieren versuche, erscheine daher gering (Urk. 32 S. 12). Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zutreffend und können ohne Einschränkungen übernommen werden. Zur subjektiven Tatschwere führt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit den Akten aus, dass sich die Beschuldigte trotz abgewiesenem Asylgesuch und rechtskräftiger Wegweisungsverfügung beharrlich weigere, das Land zu verlassen. Ihre gegen eine Ausreise vorgebrachten Argumente seien hierbei bereits im Asylverfahren geprüft worden, weshalb sie diesbezüglich nichts zu ihren Gunsten ableiten könne (Urk. 32 S. 12 f.). Auch diesen Ausführungen ist ohne Weiteres zu folgen, weshalb das Tatverschulden insgesamt mit der Vorinstanz als leicht zu bezeichnen ist. Zu übernehmen ist auch die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe (Urk. 32 S. 13).

3.3 Die Vorinstanz berücksichtigte sodann leicht strafmindernd, dass sich die Beschuldigte während des ganzen Strafverfahrens geständig und kooperativ gezeigt habe (Urk. 32 S. 13). Dies ist ebenfalls zu übernehmen. Auch zu übernehmen gilt es die von der Vorinstanz für die drei einschlägigen Vorstrafen (vgl. Urk. 33) vorgenommene moderate Straferhöhung (Urk. 32 S.14). Im Übrigen ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen inkl. der geltend gemachten Asylgeschichte der Beschuldigten (vgl. Urk. 2/2 S. 2-4 und Prot. I S. 7-8) keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Die Vorstrafen und das kooperative Verhalten der Beschuldigten halten sich ungefähr die Waage, weshalb eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen auszufallen ist.

4. Mit Blick auf die äusserst engen finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten, welche von Fr. 8.– Nothilfe pro Tag lebt (Prot. I S. 9 und 14), ist der von der Vorinstanz festgelegte Tagessatz von Fr. 10.– ohne Weiteres angemessen. Eine

Absenkung der Tagessatzhöhe auf Fr. 0.–, wie es die Beschuldigte im Berufungsverfahren beantragt (Urk. 44 S. 2), ist aus gesetzlichen Gründen ausgeschlossen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Umstand, dass diese Bestimmung unmissverständlich für den Fall prekärer finanzieller Verhältnisse ausnahmsweise eine Absenkung des eigentlichen Mindestsatzes in Höhe von Fr. 30.– auf Fr. 10.– vorsieht, verdeutlicht, dass dem Gericht kein Spielraum verbleibt, um darüber hinaus und entgegen des eindeutigen Gesetzestextes die Höhe des Tagessatzes weiter zu senken. Die Tagessatzhöhe ist entsprechend beim gesetzlich minimalen Satz von Fr. 10.– zu belassen.

5. Zusammenfassend ist die Beschuldigte entsprechend mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen.

6. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB wird der Vollzug einer Geldstrafe aufgeschoben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, muss der Beschuldigten aufgrund der drei einschlägigen Vorstrafen (Urk. 33) sowie ihrer in der Untersuchung (Urk. 2/1 S. 2) und anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. I S.10 ff.) zum Ausdruck gebrachten Haltung, auf keinen Fall in ihr Heimatland zurückkehren zu wollen, in Bezug auf weitere Widerhandlungen gegen das AIG eine ungünstige Legalprognose gestellt werden. Die Geldstrafe ist entsprechend zu vollziehen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren, in welchem die Beschuldigte den Schuldpunkt nicht angefochten hat, ist praxisgemäss auf Fr. 2'500.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 GebV OG).

2.1 Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Da die Beschuldigte mit ihren Berufungsanträgen unterliegt, sind ihr die Kosten entsprechend aufzuerlegen.

2.2 Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche in Höhe von Fr. 1'401.20 ausgewiesen sind (Urk. 52) und angemessen erscheinen, sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt eine Rückforderung bei der Beschuldigten gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Februar 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird bezüglich des Vorwurfs der geringfügigen Widerhandlungen gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz im Sinne von Art. 120 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 90 Abs. 1 lit. c AIG eingestellt.
2. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
3. (...)
4. (...)
5. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 2'264.15 (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'400.– die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'200.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 2'264.15 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
8. (Mitteilungen)

9. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon ein Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.
2. Die Geldstrafe wird vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'401.20 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich;
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A;
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA, mit Formular Löschung des DNA-Profiles und ED-Materials.

6. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 8. November 2022

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Gut

MLaw L. Zanetti