

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170024-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw M. Konrad

Urteil vom 26. April 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

erbeten verteidigt durch Fürsprecher X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Widerhandlung gegen das Ausländergesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht,
vom 9. November 2016 (GG160016)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 18. Juli 2016 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz

(Urk. 28 S. 16 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 90 Tagen Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'500.00 Gebühr für das Vorverfahren;
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. (Mitteilungen)
7. (Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

- a) Der erbetenen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 41 S. 2 und Prot. II S. 3)

1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der angeblichen Widerhandlung gegen das AuG (vorsätzliches rechtswidriges Verweilen) frei zu sprechen.

2. Es seien die gesamten Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Es sei dem Beschuldigten eine Entschädigung für aus erster Instanz entstandene Anwaltskosten von Fr. 1'760.– (8h à Fr. 220.–), Fr. 82.90 Auslagen und 8% MWST, total ausmachend Fr. 1'990.35 und Fr. 1'320.– (6h à Fr. 220.–, Fr. 24.90 und 8% MWST), ausmachend Fr. 1'452.50, direkt an den Sprecher anzuweisen, zu bezahlen.

Beweisanträge:

(Urk. 40 S. 2 und Prot. II S. 3 f. und S. 7)

1. Es seien dem damaligen Gutachter, Dr. B._____, nachfolgende Fragen zu unterbreiten:
 - a) Welche Auswirkungen hätte eine nicht an den Schweregrad der Krankheit angepasste Behandlung auf die Gesundheit des Beschuldigten ?
 - b) Welche Auswirkungen hätte eine Änderung der Medikation bzw. der Umstieg auf ältere verfügbare Medikamente?
 - c) Können Sie etwas dazu sagen, ob in Sansibar oder Tansania eine hinreichende Behandlung (Medikation, Therapie und Unterbringung) im spezifischen Fall des Beschuldigten bestehen würde?
 - d) Können Sie aufgrund der Feststellungen des Gutachtens vom 30. August 2014 auch Schlussfolgerungen betreffend der Zurechnungsfähigkeit in früheren Zeitpunkten bzw. bei früherer Delinquenz machen? Wann ja, welche?
2. Es sei ein ausführlicher aktueller Bericht der zuständigen Beiständin Frau C._____, betreffend das Vater-Kind Verhältnis vom Beschuldigten zu D._____ einzuholen. Dabei seien insbesondere auch die Auswirkungen einer erzwungenen Ausreise auf das Kindeswohl, d.h. der Verlust des regelmässigen Kontaktes zum Vater zu thematisieren.

3. Es seien insbesondere auch Ausführungen zur Betreuungsmöglichkeit der Kindesmutter von D._____ zu machen.
 4. Es sei betreffend aktueller Behandlung ein ausführlicher Bericht von Herrn Dr. E._____, IPW Winterthur, einzuholen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis:
(Urk. 35 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 9. November 2016 wurde der Beschuldigte A._____ anlagegemäss der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz schuldig gesprochen und mit 90 Tagen Freiheitsstrafe bestraft, wobei ihm der bedingte Strafvollzug verweigert wurde (Urk. 28 S. 16). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen erbetenen Verteidiger mit Eingabe vom 24. November 2016 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 24). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 31). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 13. Februar 2017 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 35; Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 31). Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung nicht beschränkt (Urk. 31; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Anklagebehörde beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 35).
2. Demnach ist im Berufungsverfahren das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten (vgl. Art. 404 StPO).

3. Am 26. April 2017 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers Fürsprecher X. _____ erschienen ist (Prot. II S. 3). Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte die Verteidigung die eingangs erwähnten Beweisanträge, welche im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zum Schuldpunkt behandelt werden. Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 9 ff.).

II. Schuldpunkt

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift der Anklagebehörde vom 18. Juli 2016 vorgeworfen, in Kenntnis und trotz rechtskräftigen Entzugs seiner Aufenthaltsbewilligung vom 15. April bis zum 17. Juni 2016 in der Schweiz verweilt und keinerlei Bemühungen zur Erlangung der zur Ausreise notwendigen Reisepapiere getätigt zu haben (Urk. 15 S. 2).

2. Der Beschuldigte ist geständig, um seine Verpflichtung zur Ausreise und zur Beschaffung der dazu notwendigen Papiere gewusst zu haben. Im weiteren gibt er einerseits an, der Anklagesachverhalt sei zutreffend, er habe keine Ausweispapiere beschafft, weil er an Schizophrenie und Depressionen leide und in seinem Heimatland nicht die gleich gute medizinische Versorgung erhalte, wie in der Schweiz. Andererseits führt er dann jedoch an, er habe "den Prozess" der Reisepapierbeschaffung begonnen und sich auf der Botschaft von Tansania über das Ausreiseprozedere informiert (Prot. I S. 7 f.; Prot. II S. 5 ff.; Urk. 39 S. 5 ff.).

Die Verteidigung hat im Hauptverfahren zunächst geltend gemacht, dem Beschuldigten sei nicht genügend Zeit eingeräumt worden, seine Ausreise vorzubereiten. Sodann sei ihm eine Ausreise aus zwei Gründen nicht zuzumuten: Aufgrund seiner psychischen Erkrankung brauche er eine stationäre Behandlung in einer spezialisierten Institution, welche er in seiner Heimat nicht erhalten würde. Sodann "nehme er eine wichtige Funktion" für seine Tochter ein, die "ihn benötige" (Urk. 21).

3. Die Vorinstanz hat sich in den Erwägungen des angefochtenen Entscheides mit sämtlichen Vorbringen des Beschuldigten und der Verteidigung sorgfältig auseinander gesetzt:

Eine auf den Gesundheitszustand des Beschuldigten zurückzuführende Notstandssituation liege nicht vor; im durch das Bundesgericht bestätigten Entscheid des Verwaltungsgerichts werde festgestellt, dass eine psychiatrische Versorgung der Schizophrenie-Erkrankung des Beschuldigten auch in Tansania möglich sei (Urk. 28 S. 5).

Ein aussergerichtlicher Rechtfertigungsgrund als Folge seines Besuchsrechts für die Tochter bestehe ebenfalls nicht; der Beschuldigte und die Tochter sähen sich lediglich einmal wöchentlich; gemäss bundesgerichtlicher Feststellung überwiege das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Beschuldigten sein privates Interesse an Familienleben (Urk. 28 S. 5 f.).

Die nachgeschobene Behauptung, er sei seiner Mitwirkungspflicht nachgekommen, wurde mit Verweis auf sein gegenteiliges Geständnis in der Untersuchung und die lange Dauer, die der Beschuldigte seit Kenntnisnahme seiner rechtskräftigen Wegweisung untätig verstreichen liess, verworfen (Urk. 28 S. 7 f.).

Eine Schuldunfähigkeit hinsichtlich des aktuell inkriminierten AuG-Delikts werde schliesslich von der Verteidigung nicht geltend gemacht und ergäbe sich auch nicht aus den Akten (Urk. 28 S. 8 f.).

4. Die Verteidigung konzidiert in ihrer Berufungserklärung zunächst, dass die Vorinstanz das seitens des Beschuldigten Vorgebrachte unter den Titeln eines rechtfertigenden Notstands und eines aussergerichtlichen Rechtfertigungsgrundes geprüft hat. Dazu wird von der Verteidigung vorgebracht, die Frage der Zumutbarkeit einer selbstorganisierten Ausreise sei "als solches (Unterlassungsdelikt)" zu prüfen, also "die Frage, ob dem Beschuldigten unter den konkreten Umständen verschuldensmässig, d.h. subjektiv überhaupt angelastet, d.h. vorgeworfen werden kann, dass er nicht selbständig ausgereist ist" (Urk. 31).

5.1. Die Argumentation der Verteidigung ist nicht nachvollziehbar: Die Vorinstanz hat zum objektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erwogen, dass sich der Beschuldigte gemäss Anklagevorwurf im massgeblichen Tatzeitraum ohne Erlaubnis in der Schweiz aufgehalten und auch keine Anstrengungen zur Ausreise unternommen hat (vgl. BGer Urteile 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.3.; 6B_209/2012 vom 25. April 2012 E. 3). Zum subjektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschuldigte um die fehlende Aufenthaltsbewilligung und seine Verpflichtung zur Beschaffung von Ausreisepapieren gewusst, sich jedoch willentlich – und eingestandenermassen – darum futiert hat. Dies anerkennt die Verteidigung grundsätzlich, moniert unter dem Titel "Ausreisemöglichkeit im anklagerelevanten Zeitraum" jedoch, der Beschuldigte verfüge aktuell nicht über ein gültiges Reisepapier und es könne ihm nicht widerlegt werden, dass er die Ausreisemöglichkeiten abgeklärt habe, auch dann nicht, wenn er im Grundsatz nicht ausreisewillig sei (Urk. 41 S. 5). Damit hat der Beschuldigte den Tatbestand der einschlägigen Strafbestimmung erfüllt, wobei der eben genannte Einwand der Verteidigung nachfolgend im Rahmen der Erwägungen zum Schuldpunkt erörtert wird. Zu sämtlichen weiteren seitens des Beschuldigten zu seiner Entlastung geltend gemachten Vorbringen hat die Vorinstanz dann geprüft, ob ihm sein tatbestandsmässiges Verhalten infolge eines – behaupteten – Notstands- oder Rechtfertigungsgrundes nicht vorgeworfen werden könne. Mit zutreffender Begründung hat sie dies verneint.

5.2. Wenn die Verteidigung pauschal die Zumutbarkeit einer selbstorganisierten Ausreise "dogmatisch" an anderer Stelle geprüft haben will, ist dies haltlos, um nicht zu sagen schon trölerisch: Über die Zumutbarkeit eines Verlassens der Schweiz haben das Migrationsamt, das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und das Bundesgericht im verwaltungsrechtlichen Verfahren rechtskräftig befunden (Urk. 2/1-3). Nachdem sie auch mit ihrem Wiedererwägungsgesuch nicht durchgedrungen ist (Urk. 2/4), kann die Verteidigung nun das Prozessthema dieser ihr unliebsamen verwaltungsrechtlichen Entscheide nicht im Strafverfahren erneut aufrollen. Bereits die Vorinstanz hat mit Verweis auf die Praxis und in aller Deutlichkeit festgestellt, dass die subjektive Zumutbarkeit der Ausreise keinen Einfluss auf die Strafbarkeit hat und diese vielmehr allein im migrationsrechtlichen

Verfahren zu entscheiden ist (Urk. 28 S. 6). Da der heutige Verteidiger bereits im Verfahren SB110379 aktiv war, welches zum durch die Vorinstanz zitierten Entscheid der Kammer vom 24. April 2013 führte, wurde ihm dies bereits wiederholt zur Kenntnis gebracht.

5.3. Sodann ist auch der anlässlich der Berufungsverhandlung vorgebrachte Einwand der Verteidigung, die Vorinstanz nehme bei der Prüfung der behaupteten veränderten Verhältnisse auf den Sachverhalt zum Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichtes vom Oktober 2013 Bezug (Urk. 41 S. 3), nicht zu hören. Wenn die Verteidigung in diesem Zusammenhang geltend macht, weder die Anklage noch die Vorinstanz würden sich mit der Frage der aktuellen Umstände auseinandersetzen bzw. es sei auch heute von effektiv veränderten und bis anhin nicht beurteilten Verhältnissen auszugehen, was einerseits das Verhältnis des Beschuldigten zu seiner Tochter D._____ und andererseits die erst nach der rechtskräftigen Wegweisung gutachterlich konkret festgestellte Diagnose und Behandlungsnotwendigkeit des Beschuldigten betreffe (Urk. 41 S. 3 f.), so kann dem nicht gefolgt werden:

Betreffend die Tochter D._____ wird vorgebracht, sie sei seit Februar 2016 andauernd fremdplatziert, weshalb mit der Ausreise des Beschuldigten auch der zweite Elternteil ausfallen und sich der Beschuldigte neuen Pflichten gegenüber sehen würde (Urk. 39 S. 4 ff.; Urk. 41 S. 7 ff.). Mit diesem Vorbringen hat sich die Vorinstanz – zumindest sinngemäss – bereits unter dem Titel des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes auseinandergesetzt und mit Verweis auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts festgehalten, dass es sich beim regelmässigen Kontakt des Beschuldigten zu seiner Tochter D._____ nicht um ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht handle, welches gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf eine besonders enge affektive Beziehung schliessen lasse und einen rechtswidrigen Aufenthalt zu rechtfertigen vermöchte (Urk. 28 S. 6 mit Verweis auf BGer Urteil 2C_1045/2012 vom 7. Januar 2013 E. 2.3.1). Demgegenüber wurde im verwaltungsrechtlichen Verfahren vom Verwaltungsgericht gestützt auf die jüngste und präzisierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits bei einem

üblichen Besuchsrecht erfüllt sei, erwogen, es sei aufgrund der regelmässigen Ausübung des Besuchsrechtes von einer besonders engen affektiven Beziehung zwischen dem Beschuldigten und seiner Tochter im Sinne von Art. 8 EMRK auszugehen (Urteil vom 2. Oktober 2013, Urk. 2/2 S. 8 ff. mit weiteren Hinweisen). Nichtsdestotrotz hat das Verwaltungsgericht in der Folge das Vorliegen wichtiger persönlicher Gründe nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, – welche den Anspruch des Beschuldigten auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auslösung der Ehegemeinschaft weiter bestehen lassen würden –, verneint, da gemäss höchst-richterlicher Rechtsprechung kumulativ zur besonders engen affektiven Beziehung vorausgesetzt werde, dass das bisherige Verhalten des Beschuldigten zu keinen Klagen Anlass gegeben habe, was vorliegend nicht der Fall sei (so könne das Verhalten des Beschuldigten nicht als tadellos bezeichnet werden, vgl. Urk. 2/2 S. 11 mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht hat diesbezüglich in seinem Urteil vom 24. Juni 2014 ausgeführt, der Beschuldigte pflege als sorge-, aber nicht obhutsberechtigter Vater im Rahmen eines Besuchsrechts eine tatsächlich gelebte Beziehung zu seiner Tochter. Im Rahmen der nachfolgenden Interessensabwägung wurde jedoch auch vom Bundesgericht bestätigt, dass sich das Verhalten des Beschuldigten in der Schweiz nicht als tadellos erweise, weshalb das öffentliche Interesse an einer Wegweisung überwiege und nicht gegen sein Recht auf Familienleben verstosse (Urk. 2/3 S. 8).

Die Situation betreffend die familiären Umstände des Beschuldigten präsentiert sich heute unverändert; der Beschuldigte pflegt offensichtlich nach wie vor eine enge (affektive) Beziehung zu seiner Tochter und besucht diese wöchentlich im Kinderheim im F._____ (Urk. 39 S. 3 f.). Inwiefern mit der Fremdplatzierung der Tochter ab Februar 2016 eine wesentliche Veränderung vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal sich damit am Besuchsrecht des Beschuldigten nichts ändert. Die tatsächlich gelebte Beziehung zu seiner Tochter wurde demnach bereits im verwaltungsrechtlichen Verfahren berücksichtigt und es ist deshalb – im Ergebnis mit der Vorinstanz – auf das zitierte Urteil des Bundesgerichts abzustellen, welches die definitive Wegweisung des Beschuldigten letztinstanzlich bestätigt hat.

Wenn die Verteidigung weiter beanstandet, es seien die gutachterlich konkret festgestellte Diagnose und die Behandlungsnotwendigkeit des Beschuldigten zu berücksichtigen und sodann mit den unhaltbaren Zuständen in Sansibar argumentiert, weshalb dem Beschuldigten die Nichtausreise nicht vorgeworfen werden könne (Urk. 41 S. 4 f. und S. 7), so ist dem entgegenzuhalten, dass auch bezüglich der Krankheit des Beschuldigten keine veränderten Verhältnisse vorliegen. So hat bereits die Vorinstanz darauf hingewiesen, es sei dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. Oktober 2013, welches durch das Bundesgericht bestätigt worden sei, zu entnehmen, dass die Behandlung von paranoider Schizophrenie in Sansibar/Tansania grundsätzlich möglich sei (Urk. 28 S. 5 mit Verweis auf Urk. 2/2 S. 12). Aus dem zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts geht hervor, dass diese Einschätzung auf einer Nachfrage beim Bundesamt für Migration (BFM, heute Staatssekretariat für Migration, [SEM]) basiert, worauf sodann auch das Bundesgericht verwiesen hat (Urk. 2/3 S. 9). Zudem wurde vom Verwaltungsgericht festgehalten, dass soweit die psychiatrische Versorgung dort nicht den gleichen hohen Standard wie in der Schweiz erreiche, dies allein noch keine starke Gefährdung der Wiedereingliederung (als wichtiger persönlicher Grund nach Art. 50 Abs. 2 AuG im Sinne eines nahehelichen Härtefalls) begründe (Urk. 2/2 S. 12). Damit wurde auch der geltend gemachte Umstand der chronischen Erkrankung des Beschuldigten bereits im verwaltungsrechtlichen Verfahren berücksichtigt. An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, dass dem Verwaltungsgericht noch kein ärztliches Zeugnis oder eine schriftliche Bestätigung des behandelnden Arztes vorgelegen hat (Urk. 2/2 S. 12). Das Gutachten von Dr. B._____ wurde zwar erst nach der Fällung der zitierten Urteile im Verwaltungsverfahren erstellt und datiert vom 30. August 2014. Es attestiert dem Beschuldigten jedoch lediglich eine Krankheit, die – wie dargetan – bereits im verwaltungsrechtlichen Verfahren berücksichtigt und im Rahmen der Interessenabwägung miteinbezogen wurde. Folglich ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Prüfung eines rechtfertigenden Notstandes aufgrund der Krankheit des Beschuldigten auf die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörden abgestellt hat (Urk. 28 S. 5).

Somit liegen entgegen den Vorbringen der Verteidigung weder im Hinblick auf den Tatzeitraum noch auf die Zeit danach "effektiv geänderte, bis anhin nicht beurteilte Verhältnisse" vor. Entsprechend erübrigt sich auch Prüfung der von der Verteidigung in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge (vgl. Urk. 40; Prot. II S. 3 ff.).

5.4. Die Verteidigung rügt schliesslich wie erwähnt unter dem Titel "Ausreisemöglichkeit im anklagerelevanten Zeitraum" der Beschuldigte verfüge aktuell nicht über ein gültiges Reisepapier und es hätte von ihm nicht erwartet werden können, dass er bereits aus der Durchsetzungshaft tätig wird (Urk. 41 S. 5; Prot. II S. 8).

Daher ist zu prüfen, ob vorliegend ein Fall der objektiven Unmöglichkeit der Ausreise, mithin ein Schuldausschlussgrund gegeben ist. Dazu hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der Täter nach dem strafrechtlichen Schuldprinzip etwa dann nicht wegen rechtswidrigen Aufenthalts bestraft werden dürfe, wenn die legale Ausreise objektiv unmöglich sei, da dem Täter der Normverstoss diesfalls nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Ebenfalls korrekt sind die weiteren vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der Tatbestand gleichwohl erfüllt sei, wenn die ausländische Person ihre Mitwirkungspflicht nicht erfülle (Urk. 28 S. 7 mit Verweis auf VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Vorbemerkungen zu Art. 115-120, N 19). Demnach liegt keine objektive Unmöglichkeit vor, wenn eine legale Ausreise prinzipiell möglich wäre, eine solche jedoch deshalb scheitert, weil die beschuldigte Person aus der Schweiz nicht ausreisen will respektive die legale Ausreise absichtlich vereitelt, – insbesondere wenn die beschuldigte Person untertaucht, keine Papiere beschafft oder den Behörden die mögliche und zumutbare Mithilfe versagt (BGer Urteil 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.3).

Mit Verweis auf die widersprüchlichen Depositionen des Beschuldigten (vgl. Urk. 6 S. 2; Prot. I S. 8) hat die Vorinstanz diesbezüglich ausgeführt, die ungenügende Mitwirkung des Beschuldigten vermöge vorliegend den rechtswidrigen Aufenthalt des Beschuldigten nicht zu rechtfertigen (Urk. 28 S. 8). Diesen Ausführungen kann vollumfänglich beigespflichtet werden und es ist ergänzend zu be-

tonen, dass entgegen den Vorbringen der Verteidigung auch nicht geltend gemacht werden kann, dass die dem Beschuldigten nach seiner Entlassung aus der Durchsetzungshaft gemachte Vorgabe für eine unverzügliche Ausreise von vorherein nicht erfüllbar gewesen sei (Urk. 41 S. 5). Wie auch den vorinstanzlichen Erwägungen zu entnehmen ist, weiss der Beschuldigte spätestens seit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Juni 2014 betreffend Bestätigung der Wegweisung, dass er die Schweiz zu verlassen hat. Mit Blick auf den Anklagevorwurf, wonach der Beschuldigte auch keinerlei Bemühungen unternommen habe, um an die für seine Ausreise notwendigen Reisepapiere zu gelangen, ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten seit dem zitierten bundesgerichtlichen Entscheid im Jahr 2014 bis zum Zeitpunkt seiner erneuten Verhaftung am 17. Juni 2016 genügend Zeit geblieben wäre, sich Reisepapiere zu beschaffen. So wäre es ihm in dieser Zeitspanne – mithin während fast zwei Jahren bzw. spätestens während der Durchsetzungshaft – zumutbar gewesen, nicht nur, wie geltend gemacht, bei der Botschaft Informationen betreffend die Ausstellung von Reisepapieren einzuholen, sondern konkret einen Antrag auf Ausstellung eines Reisepasses oder eines Laissez-Passer zu stellen (was gemäss Ausführungen der Verteidigung bis zu 12 Monate dauere, Urk. 41 S. 5). Der vorgebrachte Einwand erscheint jedoch ohnehin vorgeschoben, da der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung offen zugegeben hat, dass er die Schweiz nicht verlassen wolle (Urk. 39 S. 9 ff.) und die Botschaft in Tansania u.a. um Hilfe ersucht habe, um in der Schweiz bleiben zu können (Urk. 39 S. 5).

Mit der Vorinstanz hat der Beschuldigte damit seine Mitwirkungspflicht bezüglich einer konkreten Ausreise nicht hinreichend wahrgenommen. Demzufolge wäre ihm eine legale Ausreise grundsätzlich möglich, scheitert jedoch daran, dass der Beschuldigte nicht ausreisen will und namentlich nicht ernsthaft bereit ist, bei der Beschaffung seiner Reisepapiere mitzuwirken. Entsprechend den obigen Erwägungen fehlt es somit an einem Schuldausschlussgrund und es ist dem Beschuldigten sein rechtswidriges Verhalten auch vorwerfbar.

5.5. Der vorinstanzliche Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt) ist folglich zu bestätigen.

III. Sanktion

1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten mit 90 Tagen Freiheitsstrafe bestraft (Urk. 28 S. 16). Die Verteidigung kritisiert die Strafzumessung nicht substantiiert und stellt auch keinen Eventualantrag zum Strafmass (Urk. 31; Prot. II S. 9). Vor Vorinstanz wurde eventualiter die Bestrafung mit gemeinnütziger Arbeit (Prot. I S. 13 f.) und im Berufungsverfahren sodann eine Geldstrafe beantragt (Prot. II S. 9).

2.1. Die Vorinstanz hat vorab den anwendbaren Strafrahmen korrekt umrissen und die notwendigen theoretischen Grundsätze der Strafzumessung angeführt (Urk. 28 S. 10f.), worauf verwiesen wird (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen, die Dauer, in welcher der Beschuldigte sich illegal in der Schweiz aufgehalten und eine Kooperation zur Sicherstellung seiner Ausreise verweigert hat, sei mit zwei Monaten noch relativ kurz (Urk. 28 S. 10). Dies führt zu einer leichten objektiven Tatschwere (nicht zu einer leichten Straferhöhung, Urk. 28 S. 10 unten). Zur subjektiven Tatschwere hat der Beschuldigte vorsätzlich gehandelt. Obwohl er seine Tochter als Grund für sein Verhalten vorschiebt, ist sein Motiv klar egoistisch. Eine Verminderung der Schuldfähigkeit liegt nicht vor; wohlwollend hat die Vorinstanz die gesundheitlichen Probleme des Beschuldigten verschuldensmindernd berücksichtigt. Insgesamt wiegt das Verschulden in der Tat noch leicht. Das Ansetzen einer hypothetischen Einsatzstrafe nach der Beurteilung der Tatkomponente hat die Vorinstanz unterlassen. Diese wäre bei rund zwei Monaten Freiheitsstrafe oder 60 Tagessätzen Geldstrafe anzusetzen.

2.2. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 28 S. 11 f.). An der Beru-

fungsverhandlung wurde aktualisiert, der Beschuldigte besuche regelmässig eine Integrationstherapie in Winterthur und werde auch medikamentös behandelt. Er erhalte momentan einen Betrag von Fr. 10.– pro Tag und insgesamt Fr. 60.– pro Woche (Urk. 39 S. 2 f.). Der Werdegang und die persönlichen Verhältnisse wirken sich strafzumessungsneutral aus. Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschuldigten hat die Vorinstanz bereits bei der Beurteilung der subjektiven Tatschwere und daher – korrekt – bei der Strafempfindlichkeit nicht ein zweites Mal berücksichtigt. Ein positives Nachtatverhalten in Form von Reue oder Einsicht legt er nicht an den Tag; das abgelegte Geständnis war unumgänglich und führt zu keiner Strafminderung. Straferhöhend wirken sich die diversen, teilweise einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten aus (Urk. 29).

Die Täterkomponente führt zu einer Erhöhung der nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessenen hypothetischen Einsatzstrafe. Das angefochtene Strafmass von 90 Tagen Freiheitsstrafe (oder 90 Tagessätzen Geldstrafe) ist nicht zu beanstanden und zu bestätigen. Der erstandene Tag Haft ist anzurechnen (Art. 51 StGB).

3. Der Beschuldigte wurde in der Vergangenheit diverse Male mit (bedingten) Geldstrafen sowie auch gemeinnütziger Arbeit bestraft (Urk. 29), was ihn nicht von neuerlichem Delinquieren abhielt. Daher erscheint heute ausschliesslich eine Freiheitsstrafe als geeignete Strafart und es ist eine solche auszufällen (BGer Urteil 6B_1246/2015 vom 9. März 2016 E. 1.2.2.). Mit einer unbedingten Geldstrafe wurde der Beschuldigte noch nie belegt (und auch keine bedingt aufgeschobene Geldstrafe vollziehbar erklärt); eine solche wäre er wohl – entgegen den Vorbringen der Verteidigung (Prot. II S. 9) – aufgrund seiner prekären finanziellen Situation (vgl. Urk. 39 S. 3) auch nicht in der Lage, zu begleichen (vgl. Art. 41 Abs. 1 StGB).

4. Aufgrund der diversen Vorstrafen, die den Beschuldigten unbeeindruckt liessen, und seiner auch vor Schranken erklärten Uneinsichtigkeit, ist ihm eine ungünstige Legalprognose zu stellen. Im übrigen wurde bei seiner letzten Verurteilung eine ambulante Massnahme angeordnet (Urk. 29). Der Beschuldigte selber bezeichnet sich als behandlungsbedürftig. Die heute zu sanktionierende

Tat steht zwar mit seinen psychischen Problemen nicht in direktem Zusammenhang (Art. 63 Abs. 1 StGB). Seine Behandlungsbedürftigkeit trübt hingegen seine Legalprognose zusätzlich. Folglich ist die anzuordnende Freiheitsstrafe zu vollziehen (Art. 42 StGB).

IV. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist der angefochtene Kostenentscheid (Dispositivziffern 4 und 5) zu bestätigen (Art. 426 StGB).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– anzusetzen.
3. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich. Daher sind ihm auch sämtliche Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen (Art. 428 StPO) und es ist ihm keine Entschädigung für die Aufwendungen seines erbetenen Rechtsvertreters auszurichten (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (rechtswidriger Aufenthalt).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4. und 5.) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (versandt)
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 26. April 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

MLaw M. Konrad