

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110335-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic. iur. Burger, Oberrichterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Urteil vom 19. Oktober 2011

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich, vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Eckert, Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend **mehrfache Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelrichterin in Strafsachen, vom 11. Dezember 2009 (GG090493); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 16. November 2010 (SB100245); Urteil des Schweizerisches Bundesgerichtes vom 29. April 2011 (6B_2/2011)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 15. Oktober 2009 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 49.10 Publikationskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten, einschliesslich derjenigen der Untersuchung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Angeklagten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- zuzügl. 7.6% Mehrwertsteuer aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Urteil des hiesigen Gerichts vom 16. November 2010:

1. Der Angeklagte ist schuldig des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 5 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 4 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 15. Oktober 2009.

3. Das erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 49.10 Publikationskosten
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.-. Über die weiteren Kosten stellte die Gerichtskasse Rechnung.
5. Die Kosten der Untersuchung sowie beider Instanzen werden dem Angeklagten auferlegt.
6. Dem Angeklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

Urteil des Bundesgerichts vom 29. April 2011:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt X._____, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.- aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

Berufungsanträge nach der Rückweisung:

a) der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 71 S. 1)

Der Beschuldigte sei wegen mehrfacher Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG mit einer eigenständigen Strafe von 5 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft.

b) des Angeklagten:

(Urk. 73 S. 4)

Der Beschuldigte sei - wegen Verstosses gegen das Ausländergesetz - schuldig zu sprechen und mit einer 60 tägigen Geldstrafe (à Fr. 10.– je Tag) zu sanktionieren. Dem Beschuldigten seien - im Verhältnis zum Unterliegen - die Kosten aufzuerlegen; diese Kosten - jedoch - sofort umgehend und zu lasten der Staatskasse abzuschreiben seien.

Das Gericht erwägt:

I.

Wird - wie vorliegend - ein Verfahren von der Rechtsmittelinstanz oder vom Bundesgericht zur neuen Beurteilung zurückgewiesen, so ist neues Recht anwendbar (Art. 453 Abs. 2 Schweizerische StPO).

II.

1. Mit Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Dezember 2009 wurde der Berufungsbeklagte und Beschuldigte (fortan der Beschuldigte) A._____ vom Vorwurf des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freigesprochen (Urk. 30). Das Urteil wurde der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten am 20. Januar 2010 schriftlich eröffnet (Urk. 22/1-2).

2. Mit Eingabe vom 29. Januar 2010 erhob die Staatsanwaltschaft Berufung (Urk. 23) und brachte mit Schreiben vom 8. Februar 2010 ihre Beanstandungen vor. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Verurteilung des Beschuldigten wegen mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie die Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 5 Monaten (Urk. 24).

3. Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2010 wurde der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um allfällige Beweisanträge zu stellen (Urk. 31). Die Staatsanwaltschaft stellte keine Beweisanträge (Urk. 34). Der Verteidiger des Beschuldigten stellte mit Eingabe vom 11. Mai 2010 die Anträge, das Berufungsverfahren sei schriftlich durchzuführen, die Akten des Geschäfts Nr. SB090437 der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich seien beizuziehen und bei der ... Botschaft [des Staates B._____] in der Schweiz sei eine Nachfrage zu machen, ob der Beschuldigte in B._____ über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge (Urk. 36). Dem Beweisantrag betreffend Aktenbeizug wurde insoweit entsprochen, als dass das Urteil vom 15. Oktober 2009 des Prozesses Nr. SB090437 vor der I. Strafkammer in Sachen A._____ gegen Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl beigezogen wurde (Urk. 38). Auf telefonische Anfrage am 12. Mai 2010 erklärte sich der Staatsanwalt mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden (Urk. 36).

4. Mit Präsidialverfügung vom 21. Juni 2010 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und den Parteien Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 40). Die Berufungsbegründung

der Staatsanwaltschaft ging am 26. August 2010 beim Obergericht ein (Urk. 42). Die Berufungsantwort ging sodann am 14. September 2010 beim Obergericht ein mit dem Antrag, die Berufung sei abzuweisen (Urk. 43). Mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 wurde den Parteien Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung zu einer bei den Einwohnerkontrollen C._____ und D._____ telefonisch eingeholten Information eingeräumt (Urk. 46, 47/1-2). Der Staatsanwalt verzichtete mit Eingabe vom 27. Oktober 2010 auf eine Vernehmlassung (Urk. 49). Die Stellungnahme des Verteidigers ging am 9. November 2010 beim Obergericht ein (Urk. 50).

5. Mit Urteil vom 16. November 2010 sprach die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Beschuldigten des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten, wovon 4 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2009 (Urk. 53). Dagegen erhob der Beschuldigte am 3. Januar 2011 Beschwerde in Strafsachen (Urk. 58/2). Diese wurde vom Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, mit Urteil vom 29. April 2011 teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2010 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (Urk. 64).

6. Auf telefonische Anfrage erklärten sich sowohl der Verteidiger als auch der Staatsanwalt damit einverstanden, auch das zweite Berufungsverfahren nach Rückweisung vom Bundesgericht schriftlich durchzuführen (Urk. 65). Mit Präsidialverfügung vom 17. Mai 2011 wurde Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten bestellt (Urk. 67).

7. Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2011 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und den Parteien Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 69). Die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft ging am 17. Juni 2011 beim Obergericht ein (Urk. 71). Die Be-

berufungsantwort ging sodann innert erstreckter Frist am 2. August 2011 beim Obergericht ein (Urk. 73).

8. Mit Präsidialverfügung vom 17. August 2011 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur freigestellten Stellungnahme zur Berufungsantwort und dem Beschuldigten Frist zur freigestellten Stellungnahme zum aktuellen Strafregisterauszug angesetzt (Urk. 75). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Stellungnahme (Urk. 77). Die Stellungnahme des Verteidigers erfolgte mit Eingabe vom 29. August 2011 (Urk. 78). Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2011 wurde der Staatsanwaltschaft sodann Frist zur freigestellten Vernehmlassung zur Stellungnahme des Verteidigers angesetzt (Urk. 79). Diese verzichtete auf eine Vernehmlassung (Urk. 81). Sodann wurden die Akten des Geschäfts Nr. GG090063 der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich in Sachen Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen A._____ beigezogen (Urk. 83).

III.

1. Im Verfahren vor Bundesgericht focht der Beschuldigte den Schuldpunkt an und machte geltend, die urteilende Kammer habe zu Unrecht ausschliesslich das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer angewendet und ausserdem könne sich der Beschuldigte auf den Rechtfertigungsgrund des Notstands im Sinne von Art. 17 oder Art. 18 StGB berufen. Das Bundesgericht verwarf jedoch alle Einwände gegen den Schuldspruch (Urk. 64 S. 4 f. E. 2-3).

2. Sodann beanstandete der Beschuldigte vor Bundesgericht die ausgefallte Freiheitsstrafe von 5 Monaten als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2009 ausgesprochenen Geldstrafe. Das Bundesgericht führte bezüglich der Strafzumessung aus, die urteilende Kammer habe die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren ausführlich gewürdigt und dabei ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht (Urk. 64 S. 5 f. E. 4.1 und 4.2.1). Auch die an sich unrichtige Vorgehensweise der urteilenden Kammer, wonach diese bei der Bildung der hypothetischen Gesamtstrafe die Ein-

satzstrafe für das schwerste Delikt und damit für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz hätte festlegen müssen, statt zunächst von der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer auszugehen, führte in diesem Punkt nicht zu einer Aufhebung des Urteils (Urk. 64 S. 6 f. E. 4.2.2 - 4.2.4). Die Beschwerde wurde bezüglich der Sanktion jedoch mit folgender Begründung gutgeheissen:

"4.2.4 Die Vorinstanz fällt als Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe zu einer Geldstrafe als Grundstrafe aus. Ein solches Vorgehen entspricht nicht den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Strafzumessung bei retrospektiver Konkurrenz. Bedingung für eine Zusatzstrafe ist stets, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (BGE 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich am 15. Oktober 2009 ausgesprochenen Grundstrafe käme demzufolge nur eine Geldstrafe in Betracht. Ist die Vorinstanz der Ansicht, es sei eine Freiheitsstrafe zu verhängen, muss sie eine eigenständige Strafe bilden. Zudem hat sie in diesem Falle hinreichend zu begründen, weshalb sie sich für eine Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe entscheidet (vgl. dazu BGE 134 IV 97 E. 4.2 mit Hinweisen), und gegebenenfalls die Voraussetzungen nach Art. 41 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen."

3. Wie gezeigt bezieht sich der bundesgerichtliche Aufhebungsentscheid nur auf den Aspekt der Sanktion. Materiell handelt es sich um eine Teilaufhebung. Hinsichtlich der weiteren Punkte erfolgt keine Korrektur, insbesondere nicht hinsichtlich des Schuldpunkts. In dieser Hinsicht bleibt der angefochtene obergerichtliche Entscheid grundsätzlich bestehen (vgl. BGE 104 IV 276 f.; Hausser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 104 N 65; vgl. ferner BGE 122 I 252). Der Übersichtlichkeit halber werden im heutigen Entscheid allerdings die Ausführungen zum Schuldpunkt sowie das vollständige Dispositiv wiedergegeben. Die Strafzumessung ist im Sinne der zi-

tierten bundesgerichtlichen Erwägungen neu vorzunehmen und die Sanktionsart zu überprüfen.

IV.

1. Dem Beschuldigten wird von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vorgeworfen, er habe sich trotz Kenntnis der Ausreiseaufforderungen des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 3. April 2009 bzw. 9. August 2009, in welchen er zur Ausreise innerhalb von 48 Stunden aufgefordert worden sei, vom 4. April bis am 7. August 2009 bzw. vom 9. August bis am 16. September 2009 willentlich und wissentlich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten.

2. Der Beschuldigte anerkennt, dass er sich trotz Kenntnis der Ausreiseaufforderungen des Migrationsamtes im angeklagten Zeitraum in der Schweiz aufgehalten habe (Urk. 12 S. 8). Er bestritt jedoch bis vor Bundesgericht, dass sein Aufenthalt in der Schweiz illegal war (Urk. 12 S. 8; Prot. I S. 6; Urk. 43; Urk. 58/2). Nach erfolgtem bundesgerichtlichen Urteil scheint nun jedoch anerkannt zu werden, dass der Beschuldigte sich des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer schuldig gemacht hat (vgl. Urk. 73 S. 4).

3. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten gestützt auf den Grundsatz *in dubio pro reo* frei, mit der Begründung, die Staatsanwaltschaft habe die Schuld des Beschuldigten nicht nachweisen können, da sie die Berechtigung des Beschuldigten zum Aufenthalt in der Schweiz nicht näher abgeklärt habe und deshalb Zweifel daran beständen, dass sich der Beschuldigte rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten habe (Urk. 30).

4. Im Rahmen ihrer Beanstandungen machte die Staatsanwaltschaft geltend, dass im vorliegenden Fall nicht das Freizügigkeitsabkommen (FZA) zur Anwendung gelange, sondern das Ausländergesetz. Anlässlich des Verfahrens, welches mit einer Wegweisungsverfügung für den Beschuldigten abgeschlossen worden sei, sei vom Migrationsamt des Kantons Zürich geprüft worden, ob der Beschuldigte sich aufgrund der bestehenden Bestimmungen in der Schweiz auf-

halten dürfe. Eine Wegweisung wäre nicht erfolgt, wenn ein Aufenthaltsrecht des Beschuldigten - z.B. aufgrund der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens - bestehen würde. Die Wegweisungsverfügung sei in Rechtskraft erwachsen. Die Vorinstanz habe sich hingegen nicht dazu geäußert. Sodann habe aus Sicht der Staatsanwaltschaft keine Veranlassung bestanden, nähere Abklärungen bezüglich des Aufenthaltsrechts des Beschuldigten zu machen, wie ihr von der Vorinstanz vorgeworfen werde. Ausserdem habe im Zeitpunkt des Urteils - selbst wenn das FZA anwendbar wäre - keine Aufenthaltsbewilligung der - in der Schweiz erwerbslosen - Ehefrau vorgelegen (Urk. 42).

5. Die Staatsanwaltschaft stützt ihren Vorwurf des rechtswidrigen Verweilens des Beschuldigten in der Schweiz auf die Wegweisungsentscheide des Migrationsamts des Kantons Zürich sowie die Migrationsakten. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 43 S. 2) hatte die Staatsanwaltschaft die Akten des Migrationsamts beigezogen, wie sich aus dem Schreiben der Staatsanwaltschaft ans Migrationsamt betreffend Aktenbeizug vom 19. August 2009 ergibt. Darauf gestützt durfte sie durchaus davon ausgehen, dass der Beschuldigte nicht über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügte. Gemäss BGE 129 IV 246 kann der Strafrichter einen Verwaltungsentscheid (als solcher gelten auch die Wegweisungsverfügungen des Migrationsamts), gegen welchen der davon Betroffene keine Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben hatte, nur auf offensichtliche Rechtsverletzung und offensichtliche Ermessensüberschreitung hin überprüfen.

Aus den Akten des Migrationsamts (nachfolgend MA-act. genannt) ergibt sich, dass der Beschuldigte am 6. Mai 2006 legal in die Schweiz einreiste und nach Ablauf von drei Monaten, d.h. am 7. August 2006, ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung stellte. Das Gesuch, welches als Asylgesuch behandelt wurde, wurde am 26. September 2006 als gegenstandslos abgeschrieben, weil der Beschuldigte nicht mehr erreichbar war. Am 6. Oktober 2006 wurde das Gesuch wieder aufgenommen, am 1. November 2006 - aufgrund des erneuten Untertauchens des Beschuldigten - wieder als gegenstandslos abgeschrieben (MA-act. 25). Dem Beschuldigten wurde also nie eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Am 15. Juni 2007 verfügte das Migrationsamt erstmals die Wegweisung des Be-

schuldigten (MA-act. 35). Eine erneute Wegweisungsverfügung erfolgte am 5. November 2007 (MA-act. 56). Während sich der Beschuldigte in der Untersuchungshaft befand, wollte das Bundesamt für Migration mit Hilfe des Migrationsamts im Januar 2008 bei der ... Botschaft [des Staates E._____] in F._____ die Ausstellung eines Laissez-passer beantragen (MA-act. 64). Der Beschuldigte weigerte sich jedoch, das dafür nötige Formular auszufüllen (MA-act. 67, 68). Das Bundesamt für Migration konnte schliesslich den Reisepass des Beschuldigten organisieren und buchte für ihn für den 21. Februar 2008 einen Rückflug nach E._____, welchen der Beschuldigte durch sein renitentes Verhalten jedoch vereitelte (MA-act. 77). Der Beschuldigte führte in einer polizeilichen Einvernahme vom 3. März 2008 aus, nicht nach E._____, sondern nach B._____ zurückreisen zu wollen. Er behauptete, einen zweiten Reisepass zu besitzen, in welchem ein Visum für B._____ enthalten sei (MA-act. 76). Der Beschuldigte stellte diesen zweiten Reisepass jedoch nie den Behörden zu und kam damit seiner Mitwirkungspflicht nicht nach (MA-act. 83). Eine weitere geplante Rückführung nach E._____ am 12. Juni 2008 verweigerte er erneut. Am 7. August 2008 bat das ... Konsulat [des Staates E._____] um Zustellung des Passes des Beschuldigten. Gemäss Auskunft des Bundesamts für Migration vom 16. September 2010 befindet sich der Pass des Beschuldigten nach wie vor bei den ... Behörden [des Staates E._____] (Urk. 45). Es erfolgten weitere Wegweisungsverfügungen am 16. September 2008 und 17. Oktober 2008, denen der Beschuldigte nicht nachkam. Im Februar 2009 teilte der Verteidiger des Beschuldigten dem Bundesamt für Migration mit, dass der Beschuldigte bereit wäre, nach B._____ auszureisen. Da die Behörden nicht wussten, ob der Beschuldigte wirklich einen Pass mit Visum für B._____ hat oder hatte, wollten sie sich im März 2009 um einen Daktyvergleich mit B._____ bemühen. Für die Anfrage in B._____ benötigten sie aber eine schriftliche Einwilligungserklärung des Beschuldigten. Der Beschuldigte weigerte sich jedoch, die Einwilligungserklärung zu unterschreiben, und kam damit seiner Mitwirkungspflicht erneut nicht nach. Es folgten sodann die in der Anklageschrift erwähnten Wegweisungsverfügungen vom 3. April 2009 und 9. August 2009 (Urk. 3 und ND Urk. 1/5). Am 21. Juli 2009 stellte der Verteidiger des Beschuldigten ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligungen für den Beschuldigten und seine ... Ehefrau

[aus B._____]. Dieses war bis zum Zeitpunkt der Verhaftung des Beschuldigten am 16. September 2009 noch nicht beurteilt worden. Vielmehr lief bis am 30. September 2009 eine erstreckte Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen, welche das Migrationsamt zur Prüfung des Gesuchs benötigte. Heute scheint der Familiennachzug des Beschuldigten über die Ehefrau kein Thema mehr zu sein, da er sich gemäss einer E-Mail des Bundesamts für Migration vom 16. September 2010 von seiner ... Ehefrau [aus B._____] scheiden lassen und seine Schweizer Freundin heiraten möchte (Urk. 45). Auch der Verteidiger führte aus, der Beschuldigte sehe sich nach seiner Einschätzung zwischenzeitlich mit seiner Freundin als Paar und dessen Hingezogenheit zur Freundin sei wohl grösser, wie diejenige zur Ehefrau (Urk. 50).

In den Migrationsakten ist dokumentiert, dass der Beschuldigte mit G._____, einer ... Staatsangehörigen [von B._____], bzw. mit einer Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft und damit einer Staatsangehörigen einer Vertragspartei des Freizügigkeitsabkommens (FZA) verheiratet ist und er mit ihr die am tt.mm.2003 geborene Tochter H._____ hat. Folglich gilt für ihn das Ausländergesetz (AuG) nur so weit, als das FZA keine abweichende Bestimmungen enthält (Art. 2 Abs. 2 AuG). Gemäss Art. 3 Anhang I FZA haben Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Der Arbeitnehmer muss für seine Familie über eine Wohnung verfügen, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht.

Nachdem der Verteidiger des Beschuldigten namens und mit Vollmacht beider Ehegatten am 21. Juli 2009 ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz stellte, ist davon auszugehen, dass vor diesem Zeitpunkt keine solche vorlag. Ebenso steht wie gesehen fest, dass am 16. September 2009 das Gesuch noch nicht beurteilt war. Gestützt auf die Akten des Migrationsamtes ergibt sich mithin, dass die Ehefrau des Beschuldigten in den anklagerelevanten Zeiträumen vom 4. April 2009 bis 7. August 2009 bzw. vom 9. August 2009 bis 16. September 2009 über keine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA verfügte.

Wo sich die Ehefrau des Beschuldigten aufhielt, ergibt sich weder aus den Untersuchungs- noch aus den Migrationsakten. Es liegen diesbezüglich einzig die Angaben des Beschuldigten selbst vor, die indes widersprüchlich sind: Dabei ist vorab festzuhalten, dass der Beschuldigte bei seiner Einreise in die Schweiz im Mai 2006 und auch als er am 7. August 2006 ein erstes Gesuch um Aufenthaltsbewilligung stellte, noch angab, ledig zu sein und keine Kinder zu haben. Hievon wurde - nachdem der Beschuldigte mehrfach bestätigt hatte, dass er seine Personalien zutreffend angegeben habe - in den folgenden fremdenpolizeilichen Verfahren inklusive Verfahren betreffend Bestätigung bzw. Fortsetzung Ausschaffungshaft wie auch in den Strafverfahren, welche zu den Verurteilungen vom 5. Oktober 2006 und vom 14. Juni 2007 führten, ausgegangen. Erst in der polizeilichen Befragung vom 16. Juli 2008 sagte er, dass er in B._____ verheiratet sei. Der Befragung vom 27. August 2007 betr. Verlängerung Ausschaffungshaft liegt sodann ein vom Beschuldigten und einer Frau I._____ unterzeichnetes Gesuch um Vorbereitung der Eheschliessung bei (MA-act. 45).

Im Zusammenhang mit dem Wegweisungsverfahren erklärte der Beschuldigte in einer polizeilichen Befragung vom 18. Januar 2009, er wolle seinen Pass und zu seiner Frau zurückkehren, woraus geschlossen werden muss, dass sich diese damals nicht in der Schweiz aufhielt. Am gleichen Tag gab er in einer weiteren Befragung deren Adresse in J._____ [Stadt in B._____] an. Im Rahmen des vorliegenden Strafverfahrens erklärte der Beschuldigte zunächst am 8. August 2009, seine Frau wohne in der Schweiz, sie sei aber zur Zeit in B._____ in den Ferien (Urk. 4 S. 1 und Urk. 5 S. 2). Er gab an, seit acht Monaten in K._____, nun aber in C._____ zu wohnen, wobei er sich an die Adresse nicht erinnern könne; seine Frau sei schon zwei Monate dort (Urk. 4 S. 4). In der Befragung vom 17. September 2009 erklärte der Beschuldigte, dass er seit bald einem Jahr bei L._____ an der ...strasse ... in K._____ wohne (ND Urk. 1/3 S. 1). Seine Frau versuche, eine Aufenthaltsbewilligung für ihn und die Familie zu erhalten. Man habe ihr auf dem Kreisbüro gesagt, dass die Wohnung zu klein sei, und sie für sich, ihn und das Kind etwas Grösseres suchen müsse (a.a.O.). Er lebe von den Bankkarten seiner Frau, welche in B._____ arbeite (ND Urk. 1/3 S. 5). Am 13. Oktober 2009 sagte der Beschuldigte in der untersuchungsrichterlichen Befragung,

dass er - nicht angemeldet - in D. _____ wohne, bei L. _____; dort wohne auch seine Frau. Das Haus in D. _____ gehöre seiner Frau. Er selbst habe sich in den vergangenen 12 Monaten zweieinhalb Monate im Gefängnis, dann im Hotel mit seiner Frau und manchmal bei L. _____ aufgehalten. Seine Frau habe die Tochter nach B. _____ gebracht zu ihrer Mutter, damit sie dort die Schule beenden könne. Seine Frau habe bei M. _____ in B. _____ gearbeitet und versuche nun einen Transfer mit M. _____ zu machen (Urk. 12). Vor Vorinstanz schliesslich sagte er am 11. Dezember 2009, dass seine Frau in B. _____ sei, weil seine Tochter die Schule dort beenden müsse. Sie habe mit ihm und der Tochter in der Schweiz gelebt und sei vor ca. zweieinhalb Wochen abgereist, damit die Tochter die Schule beenden könne und um sich Dokumente zu besorgen, damit sie hierher kommen könne (Prot. I S. 5/6).

Es trifft zu, dass der Ausländerausweis, welcher bestätigt, dass eine Person die Voraussetzungen des FZA tatsächlich erfüllt, im Gegensatz zum Ausländerausweis gestützt auf das Ausländergesetz bloss deklaratorische Bedeutung hat. Allerdings entbindet das die Staatsangehörigen eines Vertragsstaates des FZA und ihre Familienmitglieder trotzdem nicht davon, sich bei den Behörden zu melden und das erforderliche Ausweispapier zu beschaffen bzw. die hierfür nötigen Angaben zu machen (BGE 2C_558/2009 E. 2.2). Selbst wenn davon ausgegangen werden könnte, dass die Ehefrau des Beschuldigten - auch ohne den Ausländerausweis - über ein Anwesenheitsrecht verfügte, so waren die Voraussetzungen für den Familiennachzug gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA dennoch nicht erfüllt. Denn Familienangehörige haben das Recht, bei der Staatsangehörigen einer Vertragspartei Wohnung zu nehmen, was voraussetzt, dass die Staatsangehörige einer Vertragspartei über eine Wohnung verfügt, die in dem Gebiet, in dem sie beschäftigt ist, den für die inländische Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht. Dem war im vorliegenden Fall indes selbst nach den wie gesehen widersprüchlichen Ausführungen des Beschuldigten nicht so, denn der Beschuldigte wohnte bei seiner Entlassung am 4. April 2009 bei L. _____ an der ...strasse ... in K. _____. Bei der Verhaftung am 8. August 2009 gab er an, die letzten acht Monate an der ...strasse ... in K. _____ bei Freunden gewohnt zu haben (Urk. 4-5). In der polizeilichen Einvernahme vom 17. September 2009 führte

er aber wieder aus, bei L. _____ zu leben, wo er bereits seit bald einem Jahr wohne; seine Frau wohne nicht dort und das Kreisbüro habe ihr gesagt, sie müsse für sich, ihn und das Kind eine grössere Wohnung suchen. Seine Familie übernachtete meistens bei L. _____ und seit gestern bei einem Freund (ND Urk. 1/3). Anhaltspunkte dafür, dass er bzw. seine Frau je über eine Wohnung in C. _____ oder D. _____ verfügt habe, wie der Beschuldigte mitunter auch sagte, ergeben sich keine. Ausserdem ergab eine telefonische Auskunft der Einwohnerkontrollen C. _____ und D. _____, dass die Ehefrau des Beschuldigten nie in C. _____ oder D. _____ angemeldet war (Urk. 46). Auch ein Mietvertrag für eine Wohnung in D. _____ findet sich entgegen der Annahme des Verteidigers nicht in den Akten des Migrationsamtes (Urk. 50). Es muss also davon ausgegangen werden, dass die Ehefrau des Beschuldigten in der Zeit vom 4. April 2009 bis 16. September 2009 nie über eine Wohnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA verfügte, wo sie mit dem Beschuldigten wohnte. Sodann arbeitete die Ehefrau des Beschuldigten gemäss dessen Angaben bis mindestens im Dezember 2009 noch bei M. _____ in B. _____ (Prot. I S. 7), was auch dagegen spricht, dass sie und der Beschuldigte zusammen in der Schweiz wohnten. Auch heute lebt die Ehefrau gemäss Angaben des Verteidigers in J. _____ [Stadt in B. _____] (Urk. 50). Damit fehlte eine Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht des Beschuldigten gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA.

Auch wenn der Beschuldigte über ein Aufenthaltsrecht in B. _____ verfügte, würde er nicht unter den Geltungsbereich des FZA fallen, da dieses direkt nur für *Staatsangehörige* von Vertragsstaaten und nicht etwa für *Aufenthaltsberechtigte* von Vertragsstaaten anwendbar ist. Dem Beweisantrag der Verteidigung, wonach bei der ... Botschaft [des Staates B. _____] abzuklären sei, ob der Beschuldigte in B. _____ über eine Aufenthaltsberechtigung verfüge, ist demnach - mangels Relevanz im vorliegenden Verfahren - nicht zu folgen. Vorsorglicherweise wurde die Botschaft zwar betreffend den Aufenthaltsstatus des Beschuldigten in B. _____ angefragt, die Kammer erhielt trotz mehrfacher Nachfrage aber keine Antwort (Urk. 39).

Sodann hätte der Beschuldigte als [Staatsangehöriger von] E._____ gemäss eines Fact Sheets des Bundesamtes für Migration zum Thema Familiennachzug, Einreise und Aufenthaltsformalitäten gemäss FZA (http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/schweiz_-_eu/personenfreizuegigkeit/factsheets/fs-familiennachzug-d.pdf), um eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten, einen gültigen Pass und ein Visum benötigt, was der Beschuldigte beides nicht hätte vorweisen können. Ausserdem bestand nach wie vor ein Einreiseverbot gegenüber dem Beschuldigten, welches ab 18. Februar 2008 gültig und bis 17. Februar 2011 befristet war und in welchem festgehalten ist, dass dem Beschuldigten das Betreten des schweizerischen Gebietes ohne ausdrückliche Bewilligung des Bundesamtes für Migration untersagt ist (MA-act. 70), was auch darauf hindeutet, dass der Beschuldigte keine Aufenthaltsbewilligung erhalten hätte.

Wenn auch für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz, sei ergänzend darauf hingewiesen, dass die I. Strafkammer in ihren Erwägungen im Urteil vom 15. Oktober 2009, welches auf Antrag des Verteidigers beigezogen wurde, zum Schluss kam, es sei zu vermuten, dass es dem Beschuldigten immer darum gegangen sei, sich weiterhin - illegal - in der Schweiz aufzuhalten und sich einer Ausreise nach E._____ oder B._____ zu widersetzen. Es stehe fest, dass der Beschuldigte im Urteilszeitpunkt kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz habe (Urk. 38 S. 14 f.).

Nach dem Gesagten ist erstellt, dass im vorliegenden Fall dem Beschuldigten kein Recht auf Aufenthalt gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen zukam, weshalb er unter den Geltungsbereich des Ausländergesetzes fällt (Art. 2 Abs. 2 AuG). Davon durfte auch die Staatsanwaltschaft ausgehen, ohne dass hierzu weitere Untersuchungen nötig waren. Da der Beschuldigte über keine Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 AuG verfügte, hielt er sich rechtswidrig in der Schweiz auf. Der objektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist damit erfüllt. Der Beschuldigte wusste aufgrund der Wegweisungsverfügung, dass er sich rechtswidrig in der Schweiz aufhielt und diese zu verlassen hatte und blieb

dennoch in der Schweiz, weshalb er auch den subjektiven Tatbestand ohne weiteres erfüllte.

6. Wenn der Beschuldigte sich auf Rechtfertigungsgründe beruft, indem er geltend macht, er habe gar nicht ausreisen können, weil ihm die Behörde den Pass weggenommen habe (Urk. 43) - ein Einwand, den der Beschuldigte während der zahlreichen fremdenpolizeilichen Verfahren immer wieder geltend machte - so ist dazu Folgendes auszuführen: Gemäss Art. 83 Abs. 1 AuG verfügt das Bundesamt für Migration die vorläufige Aufnahme, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht möglich ist. Nicht möglich ist der Vollzug, wenn der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG). Die vorläufige Aufnahme gemäss Abs. 2 wird jedoch nicht verfügt, wenn die weggewiesene Person die Unmöglichkeit des Vollzuges der Wegweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Art. 83 Abs. 7 lit. c AuG). Aus Art. 17 Abs. 2 VVWA ergibt sich ebenfalls, dass keine vorläufige Aufnahme verfügt wird, wenn die Person durch ihr eigenes Verhalten den Vollzug der Wegweisung verunmöglicht. Es trifft zwar zu, dass der Beschuldigte im Zeitraum vom 4. April 2009 bis 16. September 2009 nicht über einen Pass verfügte, eine Ausreise nach E. _____ wäre jedoch auch mit einem Laissez-passer und eine Ausreise nach B. _____ mit einem ... Visum möglich gewesen. Wie unter Ziffer 5 vorstehend erwähnt, ergibt sich aus den Migrationsakten, dass sich der Beschuldigte - abgesehen davon, dass er sich bereits weigerte, die Flüge anzutreten, als er noch über einen Pass verfügte - weigerte, das für das Laissez-passer nötige Formular auszufüllen, den Behörden seinen angeblich zweiten Pass mit dem Visum für B. _____ nicht zukommen liess und sich weigerte, die Einwilligungserklärung für den Daktyvergleich mit B. _____ zu unterschreiben. Durch sein Verhalten hat er die Unmöglichkeit des Vollzuges seiner Wegweisung mitverschuldet, weshalb die vorläufig Aufnahme nicht zum Tragen kommt. Ausserdem muss sich ein Ausländer selbst bei objektiver Unmöglichkeit der legalen Ausreise aufgrund seiner Mitwirkungspflicht mit den Migrationsbehörden in Verbindung setzen und sich um eine vorläufige Aufnahme bemühen, ansonsten ein Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts gerechtfertigt ist

(BGE 6B_85/2007). Aus den Migrationsakten ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich der Beschuldigte um eine vorläufige Aufnahme bemüht hat.

7. Die Verteidigung machte sodann geltend, dass in den Einstellungsverfügungen vom 18. November 2008 und 4. Februar 2009 (Urk. 44/1-2) die Verfahren betreffend Widerhandlung gegen das Ausländergesetz eingestellt worden seien (Urk. 43). In den Einstellungsverfügungen wird ausgeführt, es ergebe sich nicht aus den Migrationsakten, dass der Beschuldigte seit Januar 2008 seine Mitwirkung gegenüber dem Migrationsamt in anderer Weise verweigert hätte. Dazu ist zu bemerken, dass die Weigerung des Beschuldigten, die Einwilligungserklärung für den Daktyvergleich mit B._____ zu unterschreiben, erst ab März 2009 und damit nach den erfolgten Einstellungsverfügungen erfolgte.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - gestützt auf die Untersuchungsakten und die Migrationsakten keine Zweifel daran bestehen, dass sich der Beschuldigte rechtswidrig in der Schweiz aufhielt. Da ihm mit den Wegweisungsverfügungen jeweils eine Frist von 2 Tagen angesetzt wurde, um die Schweiz zu verlassen, hielt er sich erst nach Ablauf von 2 Tagen ab Zustellung der jeweiligen Wegweisungsverfügungen rechtswidrig in der Schweiz auf. Folglich sind die Zeiträume vom 6. April 2009 bis 7. August 2009 und vom 11. August 2009 bis 16. September 2009 betroffen (vgl. Urk. 3 und ND Urk. 1/5). Gestützt auf diese Akten und gestützt auf die Wegweisungsverfügungen des Migrationsamts, welche weder eine offensichtliche Rechtsverletzung noch eine offensichtliche Ermessensüberschreitung beinhalten, hat die Staatsanwaltschaft zu Recht Anklage erhoben. Die Schuld des Beschuldigten hat sie genügend nachgewiesen und war nicht verpflichtet, noch mehr Abklärungen vorzunehmen. Der Grundsatz *in dubio pro reo* kommt vorliegend nicht zum Tragen. Der Beschuldigte ist somit des Vergehens gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

Der andauernde ununterbrochene rechtswidrige Aufenthalt ist ein Dauerdelikt (Zünd, in: Spescha [Hrsg.], Kommentar zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 115 N 6). Das tatbestandsmässige Verhalten des Beschuldigten erstreckte sich jeweils auf die ganze Dauer seit der Entlassung aus der Haft (und

Erhalt der Wegweisungsverfügung) bis zur erneuten Verhaftung. Durch die Verhaftungen fiel der rechtswidrige Zustand jeweils weg, womit die (Dauer-)Delikte jeweils vollendet wurden, denn während der Haft hatte der Beschuldigte ja nicht die Möglichkeit, die Schweiz zu verlassen. Nach den Entlassungen aus der Haft fasste der Beschuldigte dann jeweils erneut den Tatentschluss, den jeweiligen Wegweisungsverfügungen nicht nachzukommen. Es liegt somit eine mehrfache Tatbegehung vor.

V.

1. Der Beschuldigte wurde von der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 15. Oktober 2009 wegen mehrfachen Vergehens und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, welche er vor den heute eingeklagten Tathandlungen begangen hatte, zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– rechtskräftig verurteilt (Urk. 32). Da die heute zu beurteilenden Tathandlungen vom 4. April 2009 bis 7. August 2009 und 9. August 2009 bis 16. September 2009 vor jener Verurteilung erfolgt sind, ist zu prüfen, ob gestützt auf Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe zu jener Geldstrafe auszufällen ist (zur zusätzlich ausgefallenen Busse kann mangels Gleichartigkeit der Strafen keine Zusatzstrafe gebildet werden). Bedingung für eine Zusatzstrafe ist, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Aspirationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (BGE 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 4.3.1; Urk. 64 S. 7 E. 4.2.4). Als Zusatzstrafe zu der mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2009 ausgesprochenen Grundstrafe käme demzufolge nur eine Geldstrafe in Betracht. Im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ist hingegen eine eigenständige Strafe zu bilden.

In einem ersten Schritt erfolgt die Bildung einer hypothetischen Gesamtstrafe aller zeitlich vor dem früheren Urteil begangenen Straftaten, und zwar allein aus Sicht des Zweitrichters (vgl. Ackermann in BSK Strafrecht I, Art. 49 N 68). Es

ist also zu prüfen, ob bei einer gleichzeitigen Bestrafung des bereits abgeurteilten und der neu zu beurteilenden Delikte bei der hypothetischen Gesamtstrafe wiederum die gleiche oder eine andere Straftat resultieren würde. Erst dann kann entschieden werden, ob eine Zusatzstrafe unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit überhaupt in Frage kommt oder ob eine eigenständige Strafe zu bilden ist.

Bei der Bildung einer Zusatzstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB darf zwar das frühere Urteil nicht aufgehoben und eine Gesamtstrafe für alle Straftaten ausgesprochen werden, gleichwohl ist vorab eine hypothetische Gesamtstrafe nach den Regeln gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu bilden (vgl. Ackermann in BSK Strafrecht I, Art. 49 N 53 f.). Dies wiederum bedeutet, dass vorab eine Einsatzstrafe für die schwerste Tat im zu beurteilenden Gesamtzeitraum zu bilden ist. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010, E. 1.2.2).

2. Vorliegend ist das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG das schwerste vom Beschuldigten begangene Delikt (vgl. Urk. 64 S. 7). Zunächst ist deshalb die Einsatzstrafe für dieses Delikt zu bestimmen. Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 alt-BetmG bzw. Art. 19 Abs. 1 des per 1. Juli 2011 in Kraft getretenen revidierten BetmG). Die mehrfache Tatbegehung erweitert den Strafrahmen allenfalls um die Hälfte auf die Höchstgrenze von 4 ½ Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (Art. 49 Abs. 1 StGB).

3. Das Strafmass innerhalb dieses Strafrahmens richtet sich nach Art. 47 StGB. Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt in objektiver Hinsicht nicht mehr leicht. So verkaufte er zwar insgesamt nur eine geringe Menge (ca. 12 Gramm) Marihuana, dies jedoch über einen Zeitraum von vier Monaten. Die kriminelle Tätigkeit während dieses doch längeren Zeitraums zeugt von einem relativ ausgeprägten deliktischen Willen. Allerdings ist er hierarchisch auf einer unteren Stufe anzusiedeln, da er pro Mal nur kleine Mengen an Marihuana verkaufte und im Rahmen des gesamten Drogenhandels nur eine untergeordnete Rolle einnahm. Sodann handelte er hauptsächlich aus finanziellen Interessen und direktvorsätzlich. Das Verschulden ist damit auch in subjektiver Hinsicht als nicht mehr leicht zu qualifizieren (vgl. Urk. 83: Beizugsakten des Bezirksgerichts Zürich, Prozess-Nr. GG090063 und Urk. 38: Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2009).

Insgesamt erscheint unter dem Gesichtspunkt der Tatkomponenten für die Betäubungsmitteldelikte eine Einsatzstrafe von 3 Monaten Freiheitsstrafe bzw. einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen dem Verschulden angemessen. Dies entspricht dem Urteil der I. Strafkammer vom 15. Oktober 2009.

Weiter ist im Rahmen der hypothetischen Gesamtstrafenbildung das Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zu berücksichtigen.

Der Strafraum der dem Verzeigten zur Last gelegten Vergehen richtet sich nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Darin wird eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe angedroht. Die mehrfache Tatbegehung erweitert den Strafraum um die Hälfte auf die Höchstgrenze von 1 ½ Jahren Freiheitsstrafe (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Der Beschuldigte tauchte zwar nach den Entlassungen aus der Haft nicht unter, trotzdem kam er jedoch den Wegweisungsverfügungen nicht nach, ohne sich beim Migrationsamt zu melden und darzulegen, wieso er davon ausgehe, dass er sich legal in der Schweiz aufhalte. Er kam seiner Mitwirkungspflicht nicht nach und bemühte sich nicht um eine Klärung seiner Aufenthaltssituation. Der rechtswidrige Aufenthalt erstreckte sich einmal über vier Monate und einmal über

einen Monat und damit insgesamt über einen nicht unerheblichen Zeitraum, was auf einen relativ ausgeprägten deliktischen Willen schliessen lässt. Er handelte aus egoistischen Gründen, wobei jedoch zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist, dass er nicht dafür verantwortlich war, dass sein Pass nicht mehr erhältlich gemacht werden konnte. Trotzdem trug er nichts dazu bei, seine Ausreise dennoch zu ermöglichen. Er setzt sich beharrlich über behördliche Anweisungen hinweg und demonstriert mit seinem Verhalten eine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber den geltenden ausländerrechtlichen Regelungen. Dieses Delikt wirkt sich erheblich strafferhöhend aus.

Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten betrifft, so ist Folgendes auszuführen: Der Beschuldigte ist in E. _____ geboren und ohne Geschwister bei seinen Eltern aufgewachsen. Er besuchte dort während ca. 8 Monaten die Schule und ging - nachdem seine Eltern umgebracht worden waren - nach B. _____, wo er die Schule während ca. 18 Monaten besuchte. Er machte eine Ausbildung zum Plattenleger und arbeitete auch auf diesem Beruf. Im Jahr 2006 kam er in die Schweiz. Er ist seit September 2003 mit einer ... [Staatsangehörigen von B. _____] verheiratet, mit welcher er eine gemeinsame, heute 7-jährige Tochter hat. In der Schweiz geht er keiner Arbeit nach und wird von seiner Frau finanziell unterstützt (Urk. 12 S. 7 ff.). Seine Ehefrau lebt nach wie vor in B. _____ und er lebt mit einer anderen Frau zusammen, die von ihm ein Kind erwartet (Urk. 73). Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lässt sich für die Verschuldenswürdigung nichts Wesentliches ableiten.

Der Beschuldigte wies im Zeitpunkt der Tathandlungen zwei einschlägige Vorstrafen auf. Er wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Oktober 2006 wegen rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 30 Tagen, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, verurteilt. Mit Strafbefehl vom 14. Juni 2007 bestrafte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat den Beschuldigten wegen mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 40 Tagen und einer Busse

von Fr. 200.– (Urk. 74). Diese Vorstrafen wirken sich straf erhöhend aus. Eine weitere Strafe wegen mehrfachen Vergehens und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes wurde von der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich am 3. April 2009 ausgesprochen und - wie bereits erwähnt - an die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich weitergezogen (vgl. Urk. 38 und 83). Straferhöhend wirkt sich daher auch aus, dass der Beschuldigte während des laufenden Rechtsmittelverfahrens die Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer beging.

Straferhöhend innerhalb des erweiterten Strafrahmens wirkt sich sodann die mehrfache Tatbegehung aus.

Leicht strafmindernd ist zu würdigen, dass der Beschuldigte eingestand, die Wegweisungsverfügungen erhalten und sich trotzdem dazu entschlossen zu haben, in der Schweiz zu bleiben (Urk. 12 S. 8).

Für den Fall, dass die konkurrierenden Tatbestände alternativ unterschiedliche Strafarten androhen (Freiheitsstrafe oder Geldstrafe), ist das Gericht nicht gezwungen, die Freiheitsstrafe mit der Geldstrafe zu kumulieren; es kann eine (einzige) Gesamtstrafe für eine gleichartige Strafart gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB aussprechen (Ackermann in BSK Strafrecht I, Art. 49 N 37). In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der Täterkomponente erweist sich hier eine hypothetische Gesamtstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Auf Freiheitsstrafe ist namentlich aus folgenden Gründen zu erkennen:

3.1. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtigstes Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen. Als Regelsanktion sieht das geltende Recht für den Bereich der leichteren Kriminalität die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit, für den Bereich der mittleren Kriminalität die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe vor. Nach der Konzeption des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches stellt die Geldstrafe die Hauptsanktion dar. Freiheitsstrafen sollen nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die

öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Nach Möglichkeit sind sozial unerwünschte Folgen einer Strafe zu vermeiden. Die Freiheitsstrafe ist daher stets ultima ratio (BGE 134 IV 97 E. 4.2; Dolge in BSK Strafrecht I, Art. 34 N 24 f.).

Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sind gemäss Bundesgericht sowenig Kriterium für die Wahl der Strafart wie dessen voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit. Mithin ist der Vollzug der Geldstrafe nicht schon unmöglich, weil sie in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich nicht erhältlich gemacht werden könnte. Nach der Meinung des Gesetzgebers soll die Geldstrafe auch für einkommensschwache Täter, d.h. für solche mit sehr geringem, gar unter dem Existenzminimum liegenden Einkommen ausgefällt werden können. Gerade mittellosen Straftätern geht die Geldstrafe ans Lebensnotwendige, so dass sie für jene deutlich spürbar wird. Allerdings mag es seltene Ausnahmefälle geben, in denen die Verurteilung zu einer Geldstrafe dennoch ausser Betracht fällt aus Gründen, die in der Person des Täters liegen, z.B. bei offensichtlich fehlender Zahlungsbereitschaft (BGE 134 IV 97 E. 5.2.3 und 6.3.3.2).

3.2. Im vorliegenden Fall ist bei den Kriterien der präventiven Effizienz und der Zweckmässigkeit der Strafe anzuknüpfen. Der Beschuldigte wurde schon zweimal zur einer Freiheitsstrafe verurteilt: Sowohl am 5. Oktober 2006 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zu 30 Tagen Gefängnis, bedingt vollziehbar, wegen rechtswidrigem Aufenthalt und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, als auch am 14. Juni 2007 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat zu 40 Tagen Freiheitsstrafe und Fr. 200.– Busse wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (Urk. 74). Dennoch delinquierte er erneut und einschlägig. Der Beschuldigte lässt sich von Vorstrafen offensichtlich nicht abschrecken und manifestiert damit seine Gleichgültigkeit gegenüber ihm auferlegten oder drohenden Strafen. Kommt hinzu, dass er weder über Einkommen noch über Vermögen verfügt. Eine Geldstrafe

erwiese sich als unzweckmässig. Vielmehr erscheint es vorliegend zweckdienlich, dem Beschuldigten im Rahmen der hypothetischen Gesamtstrafe eine Freiheitsstrafe aufzuerlegen. Dies lässt sich auch durchaus mit den Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld vereinbaren, lebt er doch weder in stabilen Verhältnissen noch geht er einer Arbeit nach.

4. Zusammenfassend ergibt die hypothetische Gesamtstrafe eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten. Das rechtskräftige frühere Urteil, d.h. die Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wegen des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz, bleibt jedoch unangetastet (vgl. Ackermann in BSK Strafrecht I, Art. 49 N 54). Deshalb kann einzig für das mehrfache Vergehen gegen das Ausländergesetz eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden. Da der Beschuldigte für dieses Delikt mit einer Freiheitsstrafe zu bestrafen ist und damit mit einer im Vergleich zur bereits ausgesprochenen Strafe ungleichartigen Strafe, ist eine eigenständige Strafe zu bilden und keine Zusatzstrafe zum Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2009.

5. In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe würde sich allein für den erneuten Verstoss gegen das Ausländergesetz eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten als angemessen erweisen. Dabei ist namentlich von Bedeutung, dass der Beschuldigte auch während des vorliegenden Strafverfahrens delinquierte, wurde er doch mit Strafbefehl vom 17. April 2011 wegen rechtswidrigem Aufenthalt vom 16. November 2010 bis 16. April 2011 sowie wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes am 19. März 2011 und am 16. April 2011 mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Urk. 74). Aufgrund des Verbotes der reformatio in peius muss es im vorliegenden Fall beim Strafmass von 5 Monaten Freiheitsstrafe bleiben. Da die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von über 6 Monaten somit nur aus rein prozessualen Gründen ausser Betracht fällt, kann dies nicht dazu führen, dass im vorliegenden Fall aufgrund von Art. 42 Abs. 1 StGB zwingend eine Geldstrafe auszufallen ist. Im Übrigen sind die Voraussetzungen einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB vorliegend ohnehin erfüllt, da dem Beschuldigten aufgrund seiner (unter anderem einschlägigen) Vorstrafen und sei-

ner fehlenden Einsicht keine günstige Prognose gestellt werden kann und damit die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB nicht gegeben sind. Ausserdem ist nicht zu erwarten, dass er eine substanzielle Geldstrafe bezahlen würde und könnte, verfügt er doch über keinerlei Vermögen oder Einkommen und erhält nicht einmal Nothilfe. Er hat keinen Bezug zur Schweiz und wird früher oder später ausreisen müssen, was er eigentlich bereits hätte tun müssen, weshalb die Vollstreckung der Geldstrafe erheblich erschwert, wenn gar unmöglich sein würde. Gemeinnützige Arbeit könnte schon deshalb nicht vollzogen werden, da er in der Schweiz nicht über eine Arbeitsbewilligung verfügt. Aus diesen Gründen ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten zu bestrafen.

6. Erstreckt sich die Untersuchungshaft über zwei aufeinanderfolgende Kalendertage, werden praxisgemäss dann zwei Tage angerechnet, wenn die Gesamtdauer der Haft 24 Stunden überschreitet (SJZ 81 [1985] Nr. 71). Deshalb sind für die Haft vom 16. September 2009, 14.30h bis 17. September 2009, 15.45h zwei Tage Haft anzurechnen. Dazu kommen zwei Tage Haft vom 7. August 2009, 20.45h bis 9. August 2009, 20.30h. An die Strafe anzurechnen sind folglich vier Tage erstandene Untersuchungshaft (Art. 51 StGB).

VI.

1. Die Vorinstanz hat - dem Ausgang ihres Entscheides entsprechend - für ihr Verfahren keine Gerichtsgebühr festgesetzt. Sie hat die Kosten des Untersuchungsverfahrens und ihres eigenen Verfahrens auf die Gerichtskasse genommen. Zudem hat sie dem Beschuldigten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.- zuzügl. 7.6 % Mehrwertsteuer aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Angesichts des heutigen Verfahrensausganges lässt sich die erwähnte Kosten- und Entschädigungsregelung nicht mehr halten. Der Beschuldigte hat mit der heutigen Verurteilung auch für die Kosten der Untersuchung und für das erst-

instanzliche Gerichtsverfahren aufzukommen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Für das Verfahren vor der ersten Instanz ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– festzusetzen (§ 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Eine Entschädigung fällt ausser Betracht.

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft hat gegen das Urteil die Berufung erklärt. Sie ist mit allen Anträgen - auch im vorliegenden zweiten Berufungsverfahren - vollumfänglich durchgedrungen. Damit sind die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (SB100245) vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen. Da der Beschuldigte vor Bundesgericht teilweise obsiegte, hat er das vorliegende zweite Berufungsverfahren nicht zu vertreten, weshalb die Gerichtsgebühr des vorliegenden Verfahrens ausser Ansatz zu fallen hat und die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 5 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 4 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 49.10 Publikationskosten

5. Die Gerichtsgebühr des ersten Berufungsverfahrens (SB 100245) wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
6. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens sowie des ersten Berufungsverfahrens (SB100245) werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Dem Beschuldigten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
8. Die Gerichtsgebühr des zweiten, vorliegenden Berufungsverfahrens fällt ausser Ansatz.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
10. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Migrationsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
11. Rechtsmittel:
Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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

II. Strafkammer

Zürich, 19. Oktober 2011

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Oswald