

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110696-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. S. Volken und  
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Affolter sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. N. Burri

## Urteil vom 16. Februar 2012

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_,**

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bebié,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,**

**4. Abteilung - Einzelgericht, vom 22. Juni 2011 (GG110057)**

**Anklage:**

(Urk. 14)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. März 2011 ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil und Verfügung:**

(Urk. 25)

**Es wird verfügt:**

1. Die Anklage wird eingestellt, soweit sich der Sachverhalt auf die Zeit vor dem 22. Juni 2004 bezieht.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon zwei Tage durch Haft erstanden sind.
2. Die Geldstrafe wird vollzogen.
3. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. Kosten Kantonspolizei  
Fr. 1'000.-- Gebühr Anklagebehörde  
Fr. Kanzleikosten  
Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben.

**Berufungsanträge:**

a) Des Beschuldigten:

Freispruch

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich; Urk. 32)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

**Erwägungen:**

**1. Prozessverlauf**

**1.1.** Die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat führte gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG). Nach durchgeführter Strafuntersuchung erliess die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat mit Datum vom 1. Februar 2011 gegen den Beschuldigten einen Strafbefehl wegen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.-- und einer Busse von Fr. 900.--. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt (Urk. 7). Gegen den Strafbefehl vom 1. Februar 2011 erhob der Beschuldigte mit Eingabe vom 21. Februar 2011 Einsprache und beantragte die Aufhebung des Strafbefehls und die Einstellung des Verfahrens (Urk. 8).

**1.2.** Die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat ergänzte nachfolgend die Strafuntersuchung mit der Einvernahme der beschuldigten Person (Urk. 10). Mit Datum vom 2. März 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat Anklage gegen den Beschuldigten (Urk. 14).

**1.3.** Am 20. Juni 2011 fand die erstinstanzliche Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, statt, zu welcher der Beschuldigte persönlich erschien (Prot. I S. 3ff.). Mit Urteil vom 22. Juni 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und bestrafte ihn mit 120 Tagessätzen zu Fr. 10.--. Der Vollzug der Geldstrafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 25).

**1.4.** Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, vom 22. Juni 2011, erhob der Beschuldigte fristgerecht Berufung (Urk. 21). Der begründete Entscheid wurde dem Beschuldigten am 21. Oktober 2011 zugestellt (Urk. 24/1). Mit Eingabe vom 10. November 2011 (Datum Poststempel: 9. November 2011) reichte der Beschuldigte innert Frist die schriftliche Berufungserklärung ein. Der Beschuldigte beantragt einen Freispruch und eventualiter sei die Geldstrafe auf 30 bis 60 Tagessätze zu reduzieren (Urk. 26). Die Staatsanwaltschaft erklärte Verzicht auf Anschlussberufung und beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 32).

**1.5.** Am 16. Februar 2012 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte persönlich erschien (Prot. II S. 4ff.).

## **2. Prozessuales**

### **2.1. Anwendbares Recht / Verjährung**

**2.1.1.** Der dem Beschuldigten in der Anklage vorgeworfene rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz umfasst den Zeitraum vom 1. März 2004 bis 2. März 2011. Die Vorinstanz würdigte korrekt, dass für die vor dem 22. Juni 2004 begangenen Handlungen die Verjährung eingetreten ist (Urk. 25 S. 3 Ziff. 2.). Anzuführen ist,

dass der neue AT StGB am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist. Nach diesem Zeitpunkt begangene Taten werden nach diesem neuen Recht beurteilt. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor dem Inkrafttreten begangen, ist das neue Recht anwendbar, wenn es das mildere ist (Art. 2 Abs. 1 und 2 StGB). Beim Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG handelt es sich um ein sogenanntes Dauerdelikt. Dauerdelikte sind erst beendet, wenn der strafrechtswidrige Zustand aufhört resp. das Handlungskontinuum aufhört (Popp / Levante in BSK Strafrecht I, N. 5 zu Art. 2). Dauerdelikte werden nach dem neuen Recht beurteilt, auch wenn ein Teil der Handlung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begangen wurden (Popp / Levante, a.a.O., N. 6 zu Art. 2). Im Übrigen galt nach dem alten AT StGB für Taten, welche eine Strafe bis zu drei Jahren vorsehen, dieselbe siebenjährige Verfolgungsverjährungsfrist (Art. 70 Abs. 1 lit. c aStGB) wie nach neuem Recht.

**2.1.2.** Die Vorinstanz führt in ihren Erwägungen (Urk. 25 S. 3 Ziff. 2) und in ihrer Verfügung Ziffer 1 (Urk. 25 S. 15) aus, dass die Anklage einzustellen sei, soweit sich der Sachverhalt auf die Zeit vor dem 22. Juni 2004 beziehe und verweist auf Art. 329 Abs. 4 StPO. Dazu ist zu präzisieren, dass nicht die Anklage, sondern das Verfahren einzustellen ist.

## **2.2. Umfang der Berufung**

Der Beschuldigte beantragt einen Freispruch. Als angefochten gelten daher die Dispositiv Ziffern 1 (Schuldspruch), 2 und 3 (Strafe und Strafvollzug). Die Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziffer 4) wurde nicht angefochten und ist daher in Rechtskraft erwachsen. Aufgrund des beantragten Freispruchs gilt die Kostenverlegung (Dispositiv Ziffer 5) ebenfalls als mitangefochten.

Weiter ist mangels Anfechtung die vorinstanzliche Verfügung betreffend Einstellung "der Anklage" (recte: des Verfahrens) in Bezug auf den Sachverhalt vor dem 22. Juni 2004 rechtskräftig. Dieses Eckdatum der Verjährung gilt auch für den zweitinstanzlichen Entscheid (Art. 97 Abs. 3 StGB).

### **3. Sachverhalt**

**3.1.** Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, sich im Zeitraum ab dem 22. Juni 2004 bis zum 2. März 2011 im Wissen um die fehlende Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz, namentlich in Zürich, aufgehalten zu haben und keine konkreten Anstrengungen unternommen zu haben, sich legale Reisepapiere zu beschaffen.

Zur Darstellung des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts und der wesentlichen Aussagen des Beschuldigten im Vorverfahren sowie dem erstinstanzlichen Gerichtsverfahren ist vorweg auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 25 S. 3ff.; Art. 182 Abs. 4 StPO).

In der Berufungserklärung führte der Beschuldigte aus, er habe 10 Jahre lang einen gültigen N Ausweis gehabt. Weiter sei er in ärztlicher Behandlung wegen körperlicher und psychischer Leiden. Der Vollzug seiner Wegweisung sei gemäss Art. 83 Abs. 3 AuG nicht zumutbar. Deshalb sei er vom Vorwurf des Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freizusprechen (Urk. 26). In seinem Schreiben vom 21. Dezember 2011 erklärt der Beschuldigte, dass er sich gestützt auf das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von B.\_\_\_\_\_ über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt entgegen der Anklage in der Schweiz aufhalten dürfe, da er sich bereits länger als zwei Jahre ununterbrochen widerrechtlich in der Schweiz aufhalte (Urk. 33).

**3.2.** Der Beschuldigte bestätigte, dass er um seinen negativen Asylentscheid und den Umstand, dass er die Schweiz zu verlassen hatte, wusste. Auch wird von ihm nicht bestritten, dass er wusste, dass seine diversen Gesuche um Erlangung einer Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz abgelehnt wurden. Er vertritt jedoch den Standpunkt, er habe ein Anrecht auf Anerkennung als Staatenloser und somit auf eine Aufenthaltsbewilligung. Und solange noch irgendwelche Verfahren betreffend von ihm weiter gezogener Entscheide hängig sei, habe er das Recht, bis zum Abschluss dieser Verfahren in der Schweiz zu bleiben. Nur weil die Entscheide des Migrationsamtes des Kantons Zürich nicht anfechtbar seien, bedeute dies nicht, dass er nicht Recht habe.

Wie die Vorinstanz bereits korrekt anführte (vgl. Urk. 25 S. 6 Ziff. 3.), geht aus den Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich eindeutig hervor, dass der Beschuldigte seit dem rechtskräftigen negativen Entscheid der schweizerischen Asylrekurskommission vom 15. August 2001 (Urk. 4/42) bzw. seit der ihm angesetzten Ausreisefrist bis zum 26. November 2001 (Urk. 4/41) über keine Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz verfügt. Der Beschuldigte bestätigte mehrfach, von diesem Entscheid zu wissen und verliess denn auch die Schweiz für rund drei Monate. Seit dem 12. Februar 2002 hält er sich nun ununterbrochen in der Schweiz auf. Am 7. Juli 2003 stellte der Beschuldigte erstmals ein Gesuch um Anerkennung als Staatenloser. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2003 (Urk. 4/30) und 7. Juli 2004 (Urk. 4/26) wurde er vom Bundesamt für Flüchtlinge (heute: Bundesamt für Migration) aufgefordert, sich um die Wiedererlangung der ... Staatsbürgerschaft [des Landes B.\_\_\_\_\_] zu bemühen. Von diesen Schreiben hatte der Beschuldigte Kenntnis, stellt sich jedoch auf den Standpunkt, er habe das Recht gehabt, die ... Staatsangehörigkeit [des Landes B.\_\_\_\_\_] aufzugeben und man könne diese nicht wie vom Bundesamt behauptet, über die Botschaft erlangen, sondern nur, wenn man Wohnsitz und gültige Ausweispapiere in B.\_\_\_\_\_ habe. Um die Erlangung von gültigen Reisepapieren hat sich der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben nicht gekümmert. Gemäss Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich stellte der Beschuldigte letztmals am 23. Februar 2009 ein Gesuch um Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung (Urk. 4/8). Der ablehnende Entscheid wurde ihm mit Schreiben vom 23. März 2009 mitgeteilt (Urk. 4/5). Dass der Beschuldigte seither eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz erhalten habe, macht er weder geltend noch ergibt sich dies aus den Akten.

**3.3.** Mit Recht ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass sich der Beschuldigte stets in Kenntnis der fehlenden Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz aufhielt (Urk. 25 S. 8f. Ziff. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammenfassend war dem Beschuldigten somit im relevanten Zeitraum ab dem 22. Juni 2004 bis zum 2. März 2011 jederzeit bewusst, dass er über keine Aufenthaltsberechtigung für die Schweiz verfügt und sich somit rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Die in der Anklageschrift aufgeführten Entscheide der verschiedenen Schweizerischen Behörden waren dem Beschuldigten bekannt. Im Wissen um die fehlende Aufenthalts-

berechtigung hielt er sich im genannten Zeitraum ununterbrochen in der Schweiz auf.

Weiter ist aufgrund der Aussagen des Beschuldigten erstellt, dass er trotz mehrfacher Aufforderung der zuständigen Schweizerischen Behörden keine konkreten Anstrengungen zur Erlangung von legalen Reisepapieren unternahm, um so die Schweiz auf legalen Weg verlassen zu können, obwohl ihm entsprechende Bemühungen zumutbar gewesen wären. Der Sachverhalt ist demnach anklagegemäss erstellt.

#### **4. Rechtliche Würdigung**

**4.1.** Das strafrechtlich zu beurteilende Verhalten umfasst den Zeitraum vom 22. Juni 2004 bis zum 2. März 2011. Der bewusste Aufenthalt des Beschuldigten in der Schweiz ohne Aufenthaltsberechtigung erstreckt sich über mehrere Rechtsänderungen hinweg. Der rechtswidrige Aufenthalt bzw. nach früherem Recht, das rechtswidrige Verweilen, war bzw. ist nach allen Gesetzesversionen strafbar. Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG) stellte sowohl in der bis 31. Dezember 2006 geltenden als auch in der ab 1. Januar 2007 geltenden Fassung je in Art. 23 Abs. 1 al. 5 unter Strafe, "wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt". Das ist gleichbedeutend mit dem rechtswidrigen Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b des seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG). Obwohl die Tatbegehung unter verschiedenen Gesetzen erfolgte und die Handlung zeitlich nur zum Teil unter das Ausländergesetz (AuG) fällt, gelangt einzig das AuG zur Anwendung. Daran vermag auch die Übergangsbestimmung in Art. 126 Abs. 4 AuG nichts zu ändern, sind doch Dauerdelikte erst beendet, wenn der strafrechtswidrige Zustand aufhört bzw. das Handlungskontinuum abbricht. Es kann jedoch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, wenn die Tat unter milderem früherem Recht begonnen wurde (Popp/Levante a.a.O., N 6 zu Art. 2).

**4.2.** Nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG macht sich schuldig, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält.

**4.2.1.** Der Beschuldigte stellte wie erwähnt im Jahr 2000 ein Asylgesuch. Gemäss dem damals wie auch dem heute geltenden Asylgesetz darf sich diejenige Person, welche ein Asylgesuch stellt, bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten (Art. 42 Abs. 1 aAsylG und Art. 42 AsylG). Nach dem rechtskräftigen abweisenden Entscheid der Asylrekurskommission vom 15. August 2001 und dem Ablauf der dem Beschuldigten angesetzten Ausreisefrist bis zum 26. November 2001 hatte der Beschuldigte keine Bewilligung zum Aufenthalt in der Schweiz mehr und er hielt sich somit nach seiner erneuten Einreise in die Schweiz am 12. Februar 2002 rechtswidrig in der Schweiz auf.

**4.2.2.** Am 7. Juli 2003 stellte der Beschuldigte ein Gesuch um Anerkennung als Staatenloser. Mit Verfügung des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 12. August 2004 wurde das Gesuch des Beschuldigten um Anerkennung als Staatenloser abgelehnt, im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Beschuldigte seine ... Staatsangehörigkeit [des Staates B.\_\_\_\_\_] freiwillig abgelegt habe, weshalb das Staatenlosen-Übereinkommen auf ihn keine Anwendung finde. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sich der Gesuchsteller durch den Verzicht auf die ... Staatsangehörigkeit [des Staates B.\_\_\_\_\_] - nach dem negativen Asylentscheid - ein Bleiberecht in der Schweiz habe erzwingen wollen. Die dagegen erhobene Beschwerde zog der Beschuldigte zurück, weshalb der Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 12. August 2004 in Rechtskraft erwachsen ist. In derselben Weise und mit übereinstimmender Begründung entschied das Bundesamt für Migration über ein erneutes Gesuch des Beschuldigten mit Verfügung vom 13. November 2007. Es hätten sich seit dem Entscheid vom 12. August 2004 keine wesentlichen Veränderungen in der Sachlage ergeben. Auch diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft. Dem Beschuldigten wurde daher auch unter dem "Titel" Staatenloser kein Aufenthalt in der Schweiz bewilligt.

Im Übrigen ist zur Anerkennung einer Person als Staatenloser noch Folgendes anzumerken: Eine von der Schweiz als staatenlos anerkannte Person hat An-

spruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton, in dem sie sich rechtmässig aufhält (Art. 31 Abs. 1 AuG). Gemäss Art. 1 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (Staatenlosen-Übereinkommen; SR 0.142.40) gilt eine Person als staatenlos, die von keinem Staat nach dessen Gesetzgebung als sein Staatsangehöriger betrachtet wird, weshalb sich seine personenrechtliche Stellung nach dem Gesetz seines Wohnsitz- oder Aufenthaltslandes bestimmt. Gemäss Botschaft zum Staatenlosen-Übereinkommen (vgl. BBl 1971 II 424ff.) beabsichtigt das Übereinkommen die Gleichstellung und Gleichbehandlung der Staatenlosen mit den Flüchtlingen, insbesondere in Bezug auf die personenrechtliche Stellung, die Abgabe eines Reiseausweises und die Sozialversicherungsleistungen. Staatenlose zählen zu einer besonderen Unterkategorie von Drittstaatsangehörigen, auf welche grundsätzlich, vorbehältlich der Sondernormen des Staatenlosen-Übereinkommens, die Regelungen des AuG und des dazugehörigen Ausführungsrechts Anwendung finden. Das Staatenlosen-Übereinkommen regelt gemäss Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. September 2008 zwar die Rechtsstellung der Staatenlosen, räumt ihnen jedoch keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein, da dieser durch das nationale Recht geregelt wird. Dementsprechend hält das Staatenlosen-Übereinkommen in Art. 31 fest, dass eine Ausweisung einer staatenlosen Person nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung möglich ist, sofern sich der Staatenlose rechtmässig im Land aufhält. In Übereinstimmung mit Art. 31 Staatenlosen-Übereinkommen ist gemäss Art. 31 Abs. 1 AuG für die Geltendmachung eines Anspruchs auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung somit der rechtmässige Aufenthalt der staatenlosen Person im Aufenthaltsstaat vorausgesetzt. Der rechtmässige Aufenthalt in einem Kanton bildet unabdingbare Voraussetzung zur Erhebung eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann nicht erfüllt, wenn es sich bei den in Frage stehenden staatenlosen Personen um rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende oder illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer handelt, die die Schweiz zu verlassen hatten (Karin Gerber in Caroni/Gächter/Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, N. 2ff. zu Art. 31).

Im Weiteren gibt es entgegen den Behauptungen des Beschuldigten keine Bestimmung, beispielsweise analog der Regelung von Art. 42 AsylG, welche besagt, dass diejenige Person, welche ein Gesuch um Anerkennung als Staatenloser stellt, sich bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Schweiz aufhalten dürfe. Das Migrationsamt des Kantons Zürich hat den Beschuldigten im Schreiben vom 12. Januar 2006 denn auch ausdrücklich daraufhin gewiesen, dass ein Rekursverfahren an der gesetzlichen Ausreiseverpflichtung des Beschuldigten nichts ändere (Urk. 4/20).

**4.2.3.** Als nächstes ersuchte der Beschuldigte um eine Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG. Seine beiden Gesuche vom 15. Juli 2008 und 23. Februar 2009 wurden vom Migrationsamt abgelehnt. Ein Aufenthaltsrecht im Sinne einer Härtefallbewilligung wurde dem Beschuldigte demgemäss ebenfalls nicht erteilt.

**4.2.4.** Der Beschuldigte beruft sich ausdrücklich auf Art. 84 Abs. 4 AuG. Demgemäss kann der Vollzug für einen Ausländer dann unzumutbar sein, wenn er in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeine Gewalt und medizinische Notlage im Heimat- oder Herkunftsland konkret gefährdet ist. Im vorliegenden Berufungsverfahren beruft sich der Beschuldigte sinngemäss nur auf seine medizinische Hilfsbedürftigkeit, indem er der Berufungsinstanz eine Bestätigung von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 1. Juli 2011 einreichte, aus der sich ergibt, dass sich der Beschuldigte mehrmals zum genannten Arzt in die Sprechstunde begab und "regelmässiger medizinischer und psychiatrischer Betreuung" bedufte; es hätten die "bekannten somatischen und psychischen Erkrankungen kompensiert" werden können. Es scheine eine "engmaschige medizinische und psychiatrische Betreuung dringend indiziert, um zu verhindern, dass Patient wieder alle paar Tage entweder auf der Notfallstation des ...spital ... landet oder selber wieder diverse Ärzte aufsucht. Unter der Behandlung mit den unten genannten Medikamenten ist der Patient soweit körperlich und psychisch stabil" (Urk. 28/3).

Weder aus den Ausführungen des Beschuldigten selbst noch aus dem erwähnten Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ ist ersichtlich, dass der Beschuldigte die allenfalls notwendige medizinische Betreuung in B.\_\_\_\_\_ nicht bekäme. Die im erwähnten

Bericht aufgeführten Defizite erscheinen auch nicht dergestalt, dass sie nur in der Schweiz aufgefangen werden könnten.

**4.2.5.** Hinzuweisen ist auch auf Art. 83 Abs. 7 AuG. Dort heisst es unmissverständlich, dass die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 - 4 AuG nicht verfügt werde, wenn die weg- oder ausgewiesene Person die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht habe (Art. 83 Abs. 7 lit. c AuG).

Der Beschuldigte hat seine ... Staatsangehörigkeit [des Staates B.\_\_\_\_\_] selber in einem einseitigen Akt aufgegeben. Sein Verhalten seit der Wiedereinreise im Februar 2002 deutet unmissverständlich darauf hin, dass er mit der freiwilligen Aufgabe der ... Staatsangehörigkeit [des Staates B.\_\_\_\_\_] ein Bleiberecht in der Schweiz erzwingen will. Es kann daher nicht - wie vom Beschuldigten behauptet - von einer Unmöglichkeit der Ausreise gesprochen werden.

**4.2.6.** Der Beschuldigte beruft sich in seiner Eingabe vom 21. Dezember 2011 (Urk. 33) weiter auf das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von B.\_\_\_\_ vom 8. April 2005 (Urk. 35/1). Unter Hinweis auf Art. 4 Abs. 3 dieses Abkommens vertritt der Beschuldigte die Ansicht, die Schweiz könne für ihn kein Rückübernahmegesuch stellen, nachdem er schon länger als zwei Jahre ununterbrochen widerrechtlich in der Schweiz sei.

**4.2.6.1.** In Art. 4 Abs. 3 des Abkommens heisst es, werde nachgewiesen, dass ein "Ausländer" sich länger als zwei Jahre ununterbrochen widerrechtlich im Hohheitsgebiet einer Vertragspartei aufgehalten habe, könne diese Vertragspartei kein Rückübernahmegesuch mehr stellen.

Was das Abkommen unter "Ausländer" versteht, erhellt die Definition in Art. 1 des Abkommens: Wenn im Abkommen von "Ausländer" die Rede ist, wird damit jede Person bezeichnet, die einem anderen Staat angehört als der Schweiz oder B.\_\_\_\_ oder die keine Staatsangehörigkeit besitzt.

Es ist fraglich, ob der Beschuldigte als "Ausländer" im Sinne von Art. 1 des Abkommens gilt. Klar ist, dass er nicht der Schweiz angehört. An sich ist der Beschuldigte ... Staatsangehöriger [des Staates B.\_\_\_\_]. Ob man freiwillig auf die Staatsangehörigkeit verzichten kann mit dem Zweck, Asyl in einem anderen

Staat zu erzwingen, ist fraglich. Insofern ist auch zweifelhaft, ob der Beschuldigte als Staatenloser bezeichnet werden kann; jedenfalls wurde ihm diese Stellung in allen bisherigen Verfahren abgesprochen.

**4.2.6.2.** Unbestritten ist auch, dass sich der Beschuldigte seit seiner Wiedereinreise im Februar 2002 ununterbrochen, und damit mehr als zwei Jahre, in der Schweiz aufhält. Art. 4 Abs. 3 des Abkommens setzt einen *widerrechtlichen* Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Schweiz voraus. Der Beschuldigte macht in seiner Hauptargumentation geltend, er sei eben gerade nicht widerrechtlich in der Schweiz (deshalb beantragt er ja auch einen Freispruch). Es ist an sich wider Treu und Glauben, sich dann doch auf einen stets widerrechtlichen Aufenthalt zu berufen, nur um für sich Art. 4 Abs. 3 des Abkommens geltend machen zu können. Entscheidend ist aber, dass der Beschuldigte mit seiner Argumentation implizit die Widerrechtlichkeit seines Aufenthaltes anerkennt. Mit dem widerrechtlichen Aufenthalt macht er sich strafbar. Ob die Schweiz gestützt auf das zitierte Abkommen ein Rückübernahmegesuch stellen könnte, ist eine Vollzugsfrage und hat letztlich nichts damit zu tun, ob sich der Beschuldigte mit seinem Verhalten strafbar gemacht hat.

**4.2.7.** Abschliessend ist auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juni 2011 (Urk. 40) zu verweisen, mit welchem dieses auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschuldigten nicht eintrat. Der Beschuldigte ersuchte beim Bundesverwaltungsgericht um Wiedererwägung der Verfügung des Bundesamtes für Migration, mit welcher dieses die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des negativen Asylentscheides vom 23. Mai 2001 feststellte. Das Gesuch des Beschuldigten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde mit Zwischenverfügung vom 16. Mai 2011 abgewiesen und dem Beschuldigten Frist angesetzt zur Bezahlung eines Kostenvorschusses, ansonsten auf die Beschwerde des Beschuldigten nicht eingetreten werde. Da der Beschuldigte auch nach Ansetzung einer Nachfrist den ausstehenden Kostenvorschuss nicht leistete, trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Juni 2011 auf die Beschwerde des Beschuldigten nicht ein. Somit gilt unverändert die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des negativen Asylentscheides vom 23. Mai 2001.

**4.3.** Zusammenfassend verfügte der Beschuldigte im angeklagten Zeitraum vom 22. Juni 2004 bis zum 2. März 2011 nie über eine Aufenthaltsberechtigung für die Schweiz und hielt sich somit im genannten Zeitraum rechtswidrig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG in der Schweiz auf. Es ist eindeutig festzuhalten, dass der Beschuldigte unter keinem Titel über ein Bleiberecht in der Schweiz verfügt. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Beschuldigte daher des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

## **5. Strafzumessung**

**5.1.** Wie vorstehend bereits erwähnt (vgl. Ziff. 4.1. hiervor), findet vorliegend das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) Anwendung. Im Übrigen verfügt das AuG mit Art. 126 Abs. 4 AuG über eine eigene Übergangsbestimmung.

**5.2.** Die Vorinstanz hat den abstrakten Strafraumen korrekt festgesetzt (Urk. 25 S. 11 Ziff. 2.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe liegen keine vor.

**5.3.** Zu den allgemeinen Strafzumessungsregeln kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 25 S. 11 Ziff. 2.2; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist zu erwähnen, dass das Bundesgericht in neuesten Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben (BGE 136 IV 55; BGE 6B\_865/2009 vom 25. März 2010 und BGE 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010, E. 2, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, auf welche das Bundesgericht nicht näher eingegangen ist, die sich indessen aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben.

**5.3.1.** Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat der Richter dieses Verschulden zu bewerten. Er hat im Urteil darzutun, welche verschuldens-

mindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen ein geringerer Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das StGB selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer milderen Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv.

Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Straf-

gesetzbuch, 18.A., Zürich 2010, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (BGE 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004, E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stefan Trechsel, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 18 ff. zu Art. 47 StGB; Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18.A., Zürich 2010, N8 zu Art. 47 StGB samt Zitaten).

In diesem Zusammenhang ist aber auch das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht für die konkrete Strafzumessungsentscheidung innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden - weder zu Lasten noch zu Gunsten des Täters. Denn die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und ist in ihrer Bedeutung für die Strafmassfindung insoweit verbraucht, sonst würde dem Täter der gleiche Umstand zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten. Der Richter ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist (vgl. dazu Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 77 zu Art. 47 StGB samt Verweisen; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 27 zu Art. 47 StGB).

Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien berücksichtigt.

Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht.

**5.3.2.** Die so ermittelte Strafe kann dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten (sowie wegen eines allfälligen blossen Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB) verändert werden.

Zu den Täterkomponenten gehört auch das Nachtatverhalten eines Täters. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit, vgl. dazu Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 22 zu Art. 47 StGB; Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 105 ff. zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 109 Absatz 2 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 107 zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 130 und N 131 zu Art. 47 StGB). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205).

Mit der neu ins Gesetz aufgenommenen Formulierung (Art. 47 Abs. 1 StGB), wonach auch die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters mitzubersichtigen ist, wird letztlich die Strafempfindlichkeit eines Täters angesprochen. Es ist unbestritten, dass gewisse Täter vom Strafvollzug besonders hart betroffen sein können, weshalb eine solche besondere Strafempfindlichkeit im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Üblicherweise wird dies bereits im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt, wobei sie sich bei genauer

Betrachtung nicht auf das Verschulden bezieht, sondern auf das den Täter treffende Mass an Strafe.

In der Bevölkerung hat es als Normalfall zu gelten, (kriminell) nicht vorbestraft zu sein. Die Vorstrafenlosigkeit ist deshalb neutral zu behandeln, also bei der Strafzumessung nicht zwingend strafmindernd zu berücksichtigen. Dies schliesst nicht aus, sie ausnahmsweise und im Einzelfall in die Gesamtbeurteilung der Täterpersönlichkeit einzubeziehen, was sich allenfalls strafmindernd auswirken kann. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Straffreiheit auf eine aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist. Eine solche darf wegen der Gefahr ungleicher Behandlung nicht leichthin angenommen werden, sondern hat sich auf besondere Umstände zu beschränken. Zu denken ist beispielsweise an den Berufsschauffeur, der sich als Ersttäter wegen eines Strassenverkehrsdeliktes strafrechtlich zu verantworten hat, obschon er seit vielen Jahren täglich mit seinem Fahrzeug unterwegs ist (BGE 136 IV 1 E. 2.6.3).

**5.3.3.** Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter

relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem Umfang er den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will. Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen (BGE 136 IV 55, E. 5.8.).

**5.4.** Zur Tatkomponente kann vollumfänglich auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 28 S. 11f. Ziff. 3.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die zahlreichen und immer wieder von neuem gestellten Gesuche des Beschuldigten, obwohl die Behörden zu den betreffenden Fragen den Aufenthaltsrechts bereits umfassend Stellung genommen und entschieden hatten, zeigen eindeutig, dass der Beschuldigte die Schweizerische Rechtsordnung und die Entscheide der Schweizerischen Behörden nicht akzeptieren will. Der Beschuldigte widersetzte sich über rund sechs Jahre der Aufforderung des Bundesamtes für Flüchtlinge bzw. des Bundesamtes für Migration, sich um die Wiedererlangung der ... Staatsbürgerschaft [des Staates B. \_\_\_\_\_] zu bemühen bzw. sich um den Erhalt von legalen Reisepapieren zu kümmern. Nachdem er weder mit seinem Asylgesuch noch mit seinen Gesuchen um Anerkennung als Staatenloser durchdrang, ersuchte er schliesslich noch um eine sogenannte Härtefallbewilligung. Das sich über mehrere Jahre erstreckende Verhalten des Beschuldigten zeugt von einer klaren Renitenz gegenüber den Entscheiden der Schweizerischen Behörden. Er betonte auch immer wieder, dass die Schweizerischen Behörden im Unrecht seien.

Das Motiv des Beschuldigten, sich trotz Kenntnis der negativen Aufenthaltsentscheidung weiter in der Schweiz aufzuhalten und sich nicht um legale Reisepapiere zu kümmern, muss offen bleiben, da er sich weiterhin auf den Standpunkt stellt, die Schweizer Behörden hätten falsch entschieden und er dürfe in der Schweiz bleiben, solange noch an irgendeinem Gericht eines seiner Gesuche hängig sei.

Aufgrund des insgesamt nicht mehr leichten Tatverschuldens ist eine Einsatzstrafe von 120 Tagessätzen Geldstrafe angezeigt.

**5.5.** Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz das Nötige ausgeführt (Urk. 25 S. 12 Ziff. 4.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen ist, dass der Beschuldigte gemäss seinen Angaben bevor er im Jahr 2000 in die Schweiz kam, sechs Jahre in D.\_\_\_\_\_ lebte. Mit seinem damaligen ... Pass [des Staates E.\_\_\_\_\_] habe er ein Visum für D.\_\_\_\_\_ erhalten. Nachdem ihm dort die Zwangsausstaffung gedroht habe, sei er nach F.\_\_\_\_\_ und im Oktober 2000 in die Schweiz gereist (Urk. 3 S. 3 und Urk. 9 S. 10).

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, seit 1. Januar 2012 erhalte er nicht mehr täglich einen...gutschein im Wert von Fr. 10.--, sondern er beziehe Bargeld im Betrag von Fr. 8.-- pro Tag. Er erhalte somit Fr. 40.-- weniger pro Monat als bis im letzten Jahr (Urk. 41 S. 2).

**5.6.** Aufgrund der strafzumessungsneutralen Täterkomponente bleibt es bei einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen. Eine tiefere Strafe kommt aufgrund des doch nicht mehr leichten Verschuldens nicht in Frage.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das strafbare Verhalten des Beschuldigten teilweise noch unter der Geltung des früheren Rechts erfolgte. Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG) in der bis 31. Dezember 2006 geltenden Fassung bedrohte das rechtswidrige Verweilen im Lande mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, mit welcher Strafe Busse bis zu Fr. 10'000.-- verbunden werden konnte. In leichten Fällen konnte auch nur auf Busse erkannt werden (Art. 23 Abs. 1 ANAG). Da hier kein leichter Fall mehr vorliegt, wäre unter jenem Recht eine Freiheitsstrafe und

damit eine schwerere Sanktion auszusprechen gewesen. Das ANAG in der ab 1. Januar 2007 geltenden Fassung stellte das rechtswidrige Verweilen im Lande unter Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen (Art. 23 Abs. 1 ANAG). Es erweist sich damit, abstrakt betrachtet und auch bei konkreter Anwendung, als milder im Vergleich zum anwendbaren Ausländergesetz (AuG). Das mildere Recht beschlägt indessen nur einen Zeitraum von einem Jahr, bei einem zu beurteilenden strafbaren Verhalten von über sechs Jahren. Eine Reduktion der Strafe mit Blick auf das teilweise mildere frühere Recht, unter welchem die Tat begonnen hatte, rechtfertigt sich nicht.

**5.7.** Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten haben sich seit dem vorinstanzlichen Entscheid wie erwähnt dahingehend verändert, dass er nur noch mit täglich Fr. 8.-- in Bargeld unterstützt werde. Im Übrigen kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 25 S. 13 Ziff. 6; Art. 82 Abs. 4 StPO). Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine Tagessatzhöhe von Fr. 10.-- nicht unterschritten werden dürfe, ansonsten es sich nicht mehr um eine ernstzunehmende Strafe handle. Der Tagessatz der Geldstrafe ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und unter dem weiteren Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 IV 180 E. 1.4.2. und Urteil des Bundesgerichts 6B\_610/2009 vom 13. Juli 2010) auf Fr. 10.-- festzusetzen.

**5.8.** Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsfaktoren erscheint somit eine Bestrafung mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.-- angemessen. Dem Beschuldigten sind zwei Tage Haft anzurechnen (Art. 51 StGB).

## **6. Strafvollzug**

**6.1.** Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs erfüllt. In subjektiver Hinsicht geht das geltende Recht, wie die Vorinstanz ausführte, von der Vermutung einer günstigen Prognose aus, welche Vermutung jedoch widerlegt werden kann. Das Gericht hat für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs eine Prognose über

das künftige Verhalten des Täters zu stellen. Die vom Bundesgericht unter altem Recht entwickelten Prognosekriterien gelten weiterhin. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdung usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen (BGE 134 IV 1, E. 4.2.).

**6.2.** Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass dem Beschuldigten trotz Vorstraflosigkeit keine günstige Prognose gestellt werden kann (vgl. Urk. 25 S. 14 Ziff. 1.2.), dass vielmehr von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen ist. Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte zeigt sich seit Jahren und auch an der heutigen Berufungsverhandlung völlig uneinsichtig. Er vertritt nach wie vor den Standpunkt, er habe ein Recht auf eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Eine Einsicht und das Bestreben, sich inskünftig an die Schweizer Rechtsordnung, insbesondere die ausländerrechtlichen Bestimmungen zu halten, ist beim Beschuldigten nicht ansatzweise zu erkennen.

**6.3.** Die Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.-- ist daher zu vollziehen.

## **7. Kosten**

Ausgangsgemäss wird der Beschuldigte sowohl für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Verfahren als auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) darf die

erstinstanzliche Kostenverlegung nicht zum Nachteil des Beschuldigten abgeändert werden. Die erstinstanzliche Kostenverlegung (Dispositiv Ziffer 5) ist daher zu bestätigen.

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.-- anzusetzen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, vom 22. Juni 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird verfügt:**

1. Die Anklage wird eingestellt, soweit sich der Sachverhalt auf die Zeit vor dem 22. Juni 2004 bezieht.

**Es wird erkannt:**

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. Kosten Kantonspolizei  
Fr. 1'000.-- Gebühr Anklagebehörde  
Fr. Kanzleikosten  
Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben.

(...)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig des 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 einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.--, wovon 2 Tagessätze als durch Haft erstanden gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - den Angeklagten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (überbracht)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - den Angeklagten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
  - das Bundesamt für Migration, ... [Adresse]und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, Obergericht des Kantons Zürich, mittels Formular „Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials“ zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
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, 23. Februar 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. N. Burri