

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120332-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, lic. iur. Stiefel und
Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Collorafi

Urteil vom 16. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Erstberufungskläger und Anschlussberufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin, Zweitberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich
(1. Abteilung) vom 6. Juni 2012 (GG 120097)**

Anklage:

Die Anklage der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 28. März 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 30).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 60 Tagen Freiheitsstrafe.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit wird auf 3 Jahre festgesetzt.
3. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. 1'200.– Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 61)

1. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und das Strafverfahren gegen den Beschuldigten gestützt auf Art. 329 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 4 StPO einzustellen.
2. Eventualiter sei der Beschuldigte wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 30.– zu bestrafen, wobei der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufzuschieben sei.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 63)

1. Die vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 6. Juni 2012 gegen den Beschuldigten ausgesprochene Freiheitsstrafe von 60 Tagen sei zu vollziehen.
2. Im Übrigen sei das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Juni 2012 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 11. Juni 2012 und die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 13. Juni

2012 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 40/1+2, Urk. 41 f.; Art. 399 Abs. 3 StPO).

2. Im Rahmen ihrer Berufungserklärung vom 3. Juli 2012 wies die Staatsanwaltschaft darauf hin, dass Art. 40 StGB Freiheitsstrafen in der Regel erst ab einer Dauer von 6 Monaten vorsieht. Kurze unbedingte Freiheitsstrafen von weniger als 6 Monaten im Sinne von Art. 41 StGB könnten per definitionem nicht bedingt ausgesprochen werden. Zudem liege beim Beschuldigten aufgrund seiner 8 Vorstrafen eine sehr ungünstige Prognose vor, weshalb die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe gemäss Art. 42 StGB nicht vorlägen. Die Berufung der Staatsanwaltschaft wurde auf die Frage des bedingten Vollzuges der Strafe beschränkt (Urk. 46).

3. Die Verteidigung beantragte Freispruch und erneuerte in der Berufungserklärung vom 16. Juli 2012 ihren bereits vor der Vorinstanz geltend gemachten Einwand, wonach gestützt auf eine auch für die Schweiz verbindliche Richtlinie 2008/115/EG der EU über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger und die diesbezügliche Rechtsprechung keine Bestrafung des Beschuldigten möglich sei, da gemäss den Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. April 2011 in der Rechtssache C-61/11, Hassan El Dridi, sowie vom 6. Dezember 2011, in der Rechtssache C-329/11, Alexandre Achughbabian, zunächst alle verwaltungsrechtlichen Massnahmen ausgeschöpft worden sein müssten, bis eine strafrechtliche Verfolgung möglich sei (Urk. 36 S. 2 f.). Das Administrativverfahren gegen den Beschuldigten sei indessen nicht beendet und nicht zuerst die Rückführung des Beschuldigten in Anwendung von Zwangsmassnahmen durchgesetzt worden. Bei Bestätigung des erstinstanzlichen Schuldspruches sei die Strafe der Vorinstanz zu bestätigen (Urk. 47 S. 1 ff.).

4. Mit Präsidialverfügung vom 8. August 2012 wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft eine Frist von 20 Tagen abgesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde (Urk. 49). Mit Eingabe vom 13. August 2012 erklärte die Staatsanwaltschaft, auf eine Anschlussberufung zu verzichten und an ihrer selbständigen Berufung festzuhalten (Urk. 51). Der Beschuldigte liess innert

einmal erstreckter Frist an seiner selbständigen Berufung festhalten, beantragte indessen im Sinne der Anschlussberufung und für den Fall einer Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruches neu eine Bestrafung mit 240 Stunden Gemeinnütziger Arbeit oder mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 30.-- bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren (Urk. 52 f.). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

5. Mit Eingabe vom 25. September 2012 reichte der Beschuldigte das Datenerfassungsblatt und weitere Unterlagen zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen ein (Urk. 58 f., vgl. auch Urk. 54/1+2).

6. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, trotz Kenntnis des negativen Asylentscheides des Bundesamtes für Migration vom 23. Oktober 2003 und der Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Bundesamtes für Migration vom 10. März 2008 sowie der Wegweisungsverfügung vom 1. Dezember 2009 und der Ausreiseaufforderung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 24. Dezember 2010, mit welcher er aufgefordert wurde, die Schweiz nach seiner Haftentlassung per 31. Dezember 2010 innert 48 Stunden zu verlassen, nicht ausgereist zu sein und sich stattdessen im Zeitraum vom 3. Januar 2011 bis am 30. Juni 2011 vorwiegend bei seiner Lebensgefährtin B. _____ in C. _____ aufgehalten zu haben. Dabei habe er sich willentlich illegal in der Schweiz aufgehalten, im Wissen darum, die Schweiz verlassen zu müssen, bzw. habe er durch sein Verhalten den illegalen Aufenthalt zumindest billigend in Kauf genommen (Urk. 30 S. 2).

2. Der Beschuldigte hat stets anerkannt, sich im fraglichen Zeitraum im Wissen um die angesetzte Ausreisefrist und nach deren Ablauf weiterhin, vom 3. Januar bis 30. Juni 2011, bei seiner Lebensgefährtin in C. _____ aufgehalten zu haben. Insoweit ist der Sachverhalt erstellt. Der Beschuldigte ist jedoch der Auffas-

sung, einen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung zu haben, da er Ende 2010 das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet und Gesuche um Regelung seines Aufenthaltes für die Dauer der Ehevorbereitung und um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt habe sowie über das Sorgerecht (Obhut vgl. Urk. 59/5) für seinen Sohn D._____, geboren am tt.mm.2005, verfüge. Er wolle die Schweiz ohne seinen Sohn und wegen seiner künftigen Frau nicht verlassen und nehme alle Konsequenzen in Kauf (Urk. 3 S. 2 f., Urk. 4 S. 1 ff., Urk. 25 S. 2 f., Urk. 35 S. 3 f.; vgl. auch Urk. 19 S. 2 f. und z.B. Urk. 22/3, 22/6, 22/16).

3. Seine Lebensgefährtin, B._____, bestätigte anlässlich ihrer polizeilichen Befragung vom 11. Mai 2011 die Darstellung des Beschuldigten vollumfänglich (Urk. 5 S. 2 ff.).

4. Bereits der Vorderrichter hat mit zutreffender Begründung und unter Hinweis auf die dafür einschlägigen Kommentarstellen dargelegt, dass Ausländerinnen und Ausländer Bewilligungsentscheide im Ausland abzuwarten haben (Art. 17 Abs. 1 AuG; Zünd in: Kommentar Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 6 zu Art. 115 AuG; Spescha in: Kommentar Migrationsrecht, a.a.O., N 2 ff. zu Art. 17 AuG). Auch ein prozessualer Aufenthalt wurde dem Beschuldigten vom Migrationsamt für den fraglichen Zeitraum nicht gestattet, da die Zulassungsvoraussetzungen dafür nicht erfüllt waren (Urk. 22/5+6).

5. Sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch der Vorderrichter haben das Verhalten des Beschuldigten zutreffend als rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gewürdigt. Diese Bestimmung sieht vor, dass mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft wird, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthaltes, in der Schweiz aufhält.

5.1. Indem der Beschuldigte sich willentlich im Zeitraum vom 3. Januar 2011 bis am 30. Juni 2011 vorwiegend bei seiner Lebensgefährtin in C._____ aufgehalten hatte, im Bewusstsein, dass er die Schweiz nach seiner Haftentlassung per 31. Dezember 2010 spätestens innert 48 Stunden hätte verlassen müssen, erfüll-

te er sowohl den objektiven wie auch den subjektiven Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

5.2. Zum Einwand der Verteidigung, wonach aufgrund der auch für die Schweiz massgeblichen Richtlinie 2008/115/EG der EU über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger und die diesbezügliche Rechtsprechung keine Bestrafung des Beschuldigten möglich sei, da gemäss den Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. April 2011 in der Rechtssache C-61/11, Hassan *El Dridi*, sowie vom 6. Dezember 2011, in der Rechtssache C-329/11, Alexandre *Achughbabian*, zunächst alle verwaltungsrechtlichen (Zwangs-) Massnahmen ausgeschöpft worden sein müssten, bis eine strafrechtliche Verfolgung möglich sei (Urk. 47 S. 1 ff., vgl. vorstehend, Erw. I.3.), hat bereits die Vorinstanz festgehalten (Urk. 45 S. 5 f.), dass gegen den Beschuldigten keine ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen angeordnet worden waren, dieser jedoch von Anfang an und stets mit aller Deutlichkeit erklärte, die Schweiz nicht verlassen zu wollen, stattdessen alle Konsequenzen in Kauf nehme (vgl. dazu Urk. 3 S. 2 f., Urk. 4 S. 1 ff., Urk. 25 S. 2 f., Urk. 35 S. 3 f.).

5.3. Dem Vorderrichter ist darin beizupflichten, dass das Urteil *El Dridi* lediglich festhält, dass die nationalen Strafbestimmungen eines Staates die Intention der primären Rückführung des Drittstaatenangehörigen nicht vereiteln dürfen (Urteil des EuGH C-61/11 vom 28. April 2011). Nationale Strafbestimmungen sind indessen dort nicht ausgeschlossen, wo im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, der Vollzug indes am Verhalten des Betroffenen scheitert. Hier bleiben strafrechtliche Sanktionen für den illegalen Aufenthalt auch nach dem Entscheid *El Dridi* zulässig (Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5; Urteil des EuGH C-329/11 vom 6. Dezember 2011 i.S. Achughbabian, N 46-50; Thomas Hugli Yar, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, in: Jusletter 11. Juli 2011, Rz 11). Dem Urteil der Grossen Kammer des Europäischen Gerichtshofes vom 6. Dezember 2011 lässt sich klar entnehmen, dass die Richtlinie 2008/115 sich nur auf die Rückführung von Drittstaatsan-

gehörigen bezieht, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten. Folglich steht die Richtlinie dem Recht eines Mitgliedstaates nicht entgegen, das den illegalen Aufenthalt als Straftat einstuft und strafrechtliche Sanktionen vorsieht, um von der Begehung derartiger Verstösse gegen die nationalen aufenthaltsrechtlichen Vorschriften abzuschrecken und sie zu ahnden (a.a.O. Erw. 28).

5.4. Wie bereits dargelegt, hat der Beschuldigte stets und insbesondere auch im deliktsrelevanten Zeitraum konsequent erklärt, er wolle die Schweiz nicht verlassen, obwohl ihm dies objektiv möglich war. Dies wiederholte er ebenso anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung (Urk. 61 S. 6). Die Rückführung des Beschuldigten scheiterte somit an seinem eigenen Verhalten. Als ihm die Niederlassungsbewilligung B am 15. Dezember 2011 wieder erteilt wurde, begab er sich gemäss eigener Aussage im Dezember 2011 für 19 Tage zu seiner Familie nach E._____ (vgl. Urk. 25 S. 5 und Anh.). Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern die nationalen Strafbestimmungen und das vorliegende Strafverfahren gegen den Beschuldigten die Intention der primären Rückführung des Drittstaatenangehörigen zu vereiteln vermöchte bzw. hätte vereiteln können, zumal dann wenn der Aufenthalt nicht durch Vollzug einer freiheitsentziehenden Sanktion verlängert wird. Sein Aufenthalt zwischen dem 3. Januar und dem 30. Juni 2011 war jedenfalls nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Behörden von einer erneuten Inhaftierung oder einer zwangsmässigen Ausschaffung abgesehen hatten.

5.5. Auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit sind das vorliegende Verfahren gegen den Beschuldigten und die von den italienischen Behörden im Verfahren gegen El Dridi verhängte Mindeststrafe von einem Jahr Haft nicht vergleichbar (vgl. Urteil des EuGH C-61/11 vom 28. April 2011 in der Rechtssache Hassan *El Dridi*, Rz 17, 21, 24, 43 und 54 ff.; Thomas Hugi Yar, a.a.O., Rz 10).

Der Einwand des Beschuldigten ist daher nicht zu hören.

Der vorinstanzliche Schuldspruch ist somit zu bestätigen und der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldigzusprechen.

III. Sanktion

1. Der Vorderrichter hat den gesetzlichen Strafraumen richtig abgesteckt, die allgemeinen Grundsätze für die Strafzumessung (Art. 47 StGB) weitgehend zutreffend dargelegt und korrekt auf die Unterscheidung zwischen der Tatkomponente und der Täterkomponente hingewiesen (Urk. 45 S. 6 und S. 8, Ziff. 3.2). Auf eine Wiederholung der entsprechenden Erwägungen ist zu verzichten. Wie bereits dargelegt, wurde der Beschuldigte erstinstanzlich mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen bestraft, wobei ihm der bedingte Strafvollzug gewährt und eine Probezeit von 3 Jahren angesetzt wurde.

2. Die Staatsanwaltschaft wies darauf hin, dass Art. 40 StGB Freiheitsstrafen in der Regel erst ab einer Dauer von 6 Monaten vorsieht. Kurze "unbedingte" Freiheitsstrafen von weniger als 6 Monaten im Sinne von Art. 41 StGB könnten per definitionem nicht "bedingt" ausgesprochen werden. Zudem liege beim Beschuldigten aufgrund seiner 8 Vorstrafen eine sehr ungünstige Prognose vor, weshalb die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe gemäss Art. 42 StGB nicht vorlägen. Sie beschränkte ihre Berufung schliesslich auf die Frage des bedingten Vollzuges der Strafe (Urk. 46, vgl. ebenso Urk. 63). Der Beschuldigte hat für den Fall eines Schuldspruches eine Bestrafung mit 240 Stunden Gemeinnütziger Arbeit oder mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 30.-- bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren beantragt (Urk. 52 f.). Vor Obergericht beantragte die Verteidigung im Eventualstandpunkt schliesslich nur noch die Bestrafung mit einer Geldstrafe unter den soeben dargelegten Bedingungen. Der Antrag um gemeinnützige Arbeit wurde aufgrund der derzeitigen Erwerbstätigkeit des Beschuldigten wieder verworfen (Urk. 61).

2.1. Als Strafen sieht das Strafgesetzbuch Geldstrafe gemäss Art. 34 StGB, gemeinnützige Arbeit im Sinne von Art. 37 StGB, Freiheitsstrafe gemäss Art. 40 StGB und bei Übertretungen Busse im Sinne von Art. 106 StGB vor.

2.2. Gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht. Die Zahl der Tagessätze ist nach dem Verschulden des Täters zu bestimmen. Gemäss Abs. 2 derselben Be-

stimmung beträgt ein Tagessatz höchstens Fr. 3'000.–. Die Höhe des Tagessatzes ist nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum zu bestimmen.

2.3. Das Bundesgericht hat in BGE 134 IV 60 E. 3.1 dargelegt, dass die Dauer der Freiheitsstrafe in der Regel mindestens sechs Monate beträgt (Art. 40 StGB) und dass auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nach Art. 41 StGB nur zu erkennen ist, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nach Art. 42 StGB nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Abs. 1). Dies sei gegebenenfalls näher zu begründen. Darüberhinaus sollen kurze Freiheitsstrafen nur noch als Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 und 39 StGB) in Frage kommen, sofern der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und sie auf dem Betreuungsweg uneinbringlich ist bzw. soweit der Verurteilte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung nicht leistet. Mit der Bestimmung von Art. 41 StGB habe der Gesetzgeber für Strafen bis zu 6 Monaten eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (vgl. BGE 134 IV 82 E. 4.1 m.w.H.). Eine unbedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kommt somit nur noch ausnahmsweise in Betracht. Sie ist nach Art. 41 StGB nur möglich, wenn ein bedingter Aufschub nicht möglich und gleichzeitig der Vollzug von Arbeits- oder Geldstrafen nicht zu erwarten ist. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

3. Der illegale Aufenthalt stellt nicht wie vom Vorderrichter erwogen ein Gefährdungsdelikt (Urk. 45 S. 7, Ziff. 3.1), sondern ein Dauerdelikt dar. Bei einem solchen hängt die objektive Tatschwere und damit das Ausmass des verschuldeten Erfolgs wesentlich von der Dauer des deliktischen Verhaltens ab. Der Beschuldigte hat sich während des ersten Halbjahres 2011, mithin während einer längeren Dauer von rund 6 Monaten illegal in der Schweiz aufgehalten, wobei sein vorangehender illegaler Aufenthalt einzig durch die Verbüßung einer früheren Vorstrafe wegen illegalen Aufenthaltes, mithin ohne Zutun des Beschuldigten,

unterbrochen worden war (vgl. Urk. 48 S. 3, Urk. 22/7, Urk. 22/12, Urk. 35 S. 1 f.). Das objektive Tatverschulden erweist sich als erheblich.

4. Bei der subjektiven Tatschwere fallen die Beweggründe des Beschuldigten deutlich verschuldensmindernd ins Gewicht. Es ist menschlich nachvollziehbar, dass der Beschuldigte den Kontakt zu seinem sich damals noch nicht unter seiner Obhut befindenden Sohn (Urk. 35 S. 3 f., Urk. 59/5) und zu seiner Lebenspartnerin aufrechterhalten wollte. Dies vermag aber die Tatsache, dass der Beschuldigte trotz einschlägiger Vorstrafen und zweimaliger Verbüßung von solchen die behördliche Ausreiseaufforderung beharrlich missachtete, sich mithin über den gesamten Deliktszeitraum von rund sechs Monaten direktvorsätzlich illegal in der Schweiz aufhielt, nicht zu entschuldigen. So wäre es dem Beschuldigten möglich gewesen, die ausländerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten und seine neuen Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in seinem Ursprungsland E._____ abzuwarten (Urk. 22/3, Urk. 22/6, Urk. 25 S. 5). Dennoch hat der Beschuldigte ungeachtet der ihm drohenden Sanktionen einen illegalen Verbleib unter Missachtung der ihm bestens bekannten ausländerrechtlichen Bestimmungen vorgezogen. Dem Vorderrichter ist insoweit beizupflichten (Urk. 45 S. 7), als dieses Verhalten des Beschuldigten von einer gewissen Unbelehrbarkeit zeugt. Damit ist auch das subjektive Tatverschulden nicht mehr ganz leicht.

Das gesamte Tatverschulden ist demnach als nicht mehr leicht zu gewichten. Die im angefochtenen Urteil festgesetzte Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 5 Monaten Freiheitsstrafe, bzw. 150 Tagessätzen Geldstrafe, ist daher nicht zu beanstanden.

5. Bei der Täterkomponente wurde im angefochtenen Entscheid im Zusammenhang mit den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten korrekt aufgeführt (Urk. 45 S. 8 f.), dass dieser am tt.mm.1978 in E._____ geboren ist und dort während sechs Jahren die Primarschule sowie acht Jahre die Sekundarschule besuchte. Anschliessend arbeitete der Beschuldigte während vier Jahren als Bankangestellter in E._____. Im Jahre 2003 reiste er in die Schweiz ein. Nachdem er einen negativen Asylentscheid erhalten hatte (Urk. 30 S. 2, Urk. 19 S. 2), verweilte er trotzdem ein erstes Mal weiter in der Schweiz und heiratete am

tt. Juni 2004, weshalb ihm eine Aufenthaltsbewilligung B zum Verbleib bei seiner Ehefrau erteilt wurde. Von da an arbeitete er während knapp vier Jahren bei verschiedenen Arbeitgebern als Hilfsarbeiter. Am tt.mm.2005 kam sein ausserehlicher Sohn D._____ zur Welt, der aufgrund der Staatsangehörigkeit seiner Mutter schweizerischer Staatsangehöriger ist. Seit dem 19. Juni 2006 ist der Beschuldigte rechtskräftig von seiner ersten Ehefrau geschieden (Urk. 19 S. 2). Anschliessend wurde ihm die Aufenthaltsbewilligung B entzogen. Seit Juli 2008 war er nicht mehr erwerbstätig und bezog zeitweise Arbeitslosenentschädigung (act. 19 S. 2, Urk. 25 S. 2 ff., samt Anh.).

5.1. Am 1. Mai 2009 wurde gegen den Beschuldigten ein Einreiseverbot verhängt, welches diesem am 15. Mai 2009 zugestellt wurde. Am 3. Dezember 2009 wurde ihm eine Wegweisungsverfügung zugestellt und per 31. Dezember 2010 vom Migrationsamt des Kantons Zürich eine Ausreiseaufforderung erlassen. Am 14. April 2011 reichte der Beschuldigte ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein, welches jedoch abgewiesen wurde. Am 1. Juni 2011 stellte er erneut ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Urk. 4 S. 3, Urk. 6 f.; Urk. 22/3, Urk. 22/5 f., Urk. 22/11).

5.2. In der Zeit vom 1. Januar 2012 bis zum 31. August 2012 wurden seine Lebenshaltungskosten von den sozialen Diensten der Stadt C._____ getragen. Am 15. Dezember 2011 wurde dem Beschuldigten die Niederlassungsbewilligung B wieder erteilt, worauf er sich für 19 Tage zu seiner Familie nach E._____ begab (vgl. Urk. 25 S. 5 und Anh.). Seit Juli 2012 verfügt der Beschuldigte über eine Festanstellung mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % bei der Firma F._____ AG, ... [Adresse]. Sein monatliches Nettoeinkommen beläuft sich auf Fr. 3'490.--, zuzüglich (Anteil) 13. Monatslohn gemäss GAV. Er lebt in Wohngemeinschaft mit seiner 52-jährigen ... Lebensgefährtin [Staatsangehörige des Staates G._____] B._____ und seinem Sohn D._____, welcher sich seit Sommer 2011 unter der Obhut des Beschuldigten befindet. Seine Lebenspartnerin arbeitet zu 100% in einem Altersheim und erzielt ein Nettoeinkommen von Fr. 3'000.--. Gegenwärtig verfügt der Beschuldigte offenbar über Schulden/offene Rechnungen für Telefon-,

Unterhalts- und Anwaltskosten im Gesamtbetrag von Fr. 25'000.--. (Urk. 25 S. 3 f. und Anh, Urk. 54/1, Urk. 59/2-4, Urk. 35 S. 3 f.).

5.3. Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte zu seinen aktuellen persönlichen Verhältnissen, er sei nach 4 Jahren Anstellungsverhältnis Chef in einer Bankfiliale geworden und habe seine Heimat verlassen, weil sein Vater eine Affäre gehabt habe und er nicht damit einverstanden gewesen sei. Das Asylgesuch habe er gestellt, weil er selbst etwas erreichen und ein "Abenteuer" erleben wollte. Sein Sohn D. _____ lebe nun bei ihm und seiner Lebensgefährtin, wobei dieser im Hort sei, während seine Partnerin bei der Arbeit sei. Das Sorgerecht habe er noch nicht erhalten, allerdings habe er bereits einen entsprechenden Antrag gestellt, welcher bei der Vormundschaftsbehörde hängig sei. Zu den finanziellen Verhältnissen befragt erklärte der Beschuldigte, kein Vermögen und monatliche Prämienrechnungen von Fr. 300.-- zu haben. Wie hoch seine Schulden konkret sind, konnte er nicht sagen (Urk. 61 S. 2 ff.).

5.4. Das Vorleben des Beschuldigten ist mit den zahlreichen, nachfolgend aufgeführten, teilweise einschlägigen Vorstrafen belastet (Urk. 48):

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. März 2005 wurde der Beschuldigte wegen mehrfachen geringfügigen Diebstahls mit einer Haftstrafe von 5 Tagen bestraft, wobei der Vollzug dieser Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von 1 Jahr aufgeschoben wurde.
- Die Staatsanwaltschaft See/Oberland verurteilte den Beschuldigten mit Strafbefehl vom 31. Oktober 2005 wegen Vergehens gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer mit einer Gefängnisstrafe von 45 Tagen als Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 16. März 2005. Der Vollzug dieser Strafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben.
- Mit Strafbefehl vom 12. Februar 2008 bestrafte die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis den Beschuldigten wegen Diebstahls mit einer Geldstrafe von 14 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse in der Höhe von Fr. 300.–, wobei der Vollzug dieser Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufgeschoben wurde.

- Am 3. Oktober 2008 wurde der Beschuldigte vom Bezirksgericht Horgen wegen versuchten Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft (Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 12. Februar 2008), wobei der Vollzug von 45 Tagen aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre angesetzt wurde.
- Mit Strafbefehl vom 12. März 2009 der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis wurde der Beschuldigte wegen rechtswidriger Einreise sowie rechtswidrigem Aufenthalt mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen als Gesamtstrafe zum Strafbefehl vom 12. Februar 2008 bestraft.
- Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat bestrafte den Beschuldigten mit Strafbefehl vom 3. Juni 2009 wegen rechtswidrigem Aufenthalt mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen.
- Mit Strafbefehl vom 26. August 2009 der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen rechtswidrigem Aufenthalt wurde der Beschuldigte sodann mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen als Gesamtstrafe zum Urteil vom 3. Oktober 2008 bestraft.
- Schliesslich wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl vom 23. Juli 2010 der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wegen rechtswidrigem Aufenthalt mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft.

Aufgrund dieser 8 Vorstrafen befand sich der Beschuldigte vom 26. Oktober 2009 bis 12. Dezember 2009 und vom 4. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010 zwei Mal insgesamt 135 Tage im Strafvollzug (Urk. 28 S. 3, Urk. 34 S. 3, Urk. 35 S. 1 f., Urk. 22/7). Zurecht hat der Vorderrichter diese teilweise einschlägigen Vorstrafen als deutlich strafehöhend gewichtet (Urk. 45 S. 10). Weiter ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte über mehrere Vorstrafen wegen Delikten gegen das Vermögen verfügt.

5.5. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine erhebliche Strafreduktion bewirken (BGE 121 IV 202 E.2d/cc). Das Geständnis, das kooperative Verhalten bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Der Grad der Strafminderung hängt aber insbe-

sondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte (Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar StGB, a.a.O., N 130 f. zu Art. 47 StGB). Der Vorderrichter hat das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des objektiven Sachverhaltes nicht strafmindernd berücksichtigt (Urk. 45 S. 10, Ziff. 3.3). Auch dem ist beizupflichten, zumal auch die Beweislage aufgrund der polizeilichen Kontrollen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt des Beschuldigten bereits erdrückend war und eine Bestreitung daher völlig aussichtslos und unsinnig gewesen wäre. Zudem finden sich in den Aussagen des Beschuldigten keinerlei Hinweise auf Einsicht und Reue in das Unrecht der Tat, nachdem er stets und bei jeder Gelegenheit betonte, die Schweiz ohnehin nicht verlassen zu wollen.

6. Aufgrund der dargelegten überwiegend strafferhöhend zu berücksichtigenden Elemente der Täterkomponente ist die durch die Vorinstanz vorgenommene Erhöhung der Einsatzstrafe auf 6 Monate Freiheitsstrafe, bzw. auf 180 Tage Geldstrafe nicht zu beanstanden.

6.1. Der Vorderrichter hat in der Folge unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis bei Verurteilungen wegen rechtswidrigen Aufenthalts (BGE 135 IV 6 Erw. 4.1 f.) zutreffend erwogen, dass, wenn es - wie vorliegend - nach einem ersten Schuldspruch für eine zweite Verurteilung an einem neuen Tatentschluss fehlt, bei der Strafzumessung darauf zu achten ist, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschritten wird. Er kam gestützt auf diese Überlegungen korrekt und überzeugend zum Schluss, dass der Beschuldigte daher vorliegend nicht mehr mit einer 65 Tage (oder Tagessätze) übersteigenden Strafe belegt werden darf, da er wegen rechtswidrigen Aufenthalts bereits zu insgesamt 295 Tagen Freiheitsstrafe verurteilt worden war (Urk. 45 S. 11, Ziff. 3.5). Gestützt darauf verhängte der Vorderrichter schliesslich eine Freiheitsstrafe von 60 Tagen.

6.2. Aufgrund der dargelegten, geänderten aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (vgl. vorstehend, Erw. III.5.2.) kann indessen nicht (mehr) davon ausgegangen werden, der Beschuldigte könne eine Geldstrafe nicht bezahlen und diese sei auf dem Betreuungsweg uneinbringlich. Der seitens der

Verteidigung eingereichten Lohnabrechnung für den Monat September 2012 kann entnommen werden, dass der Beschuldigte ein Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 3'874.10 hat (Urk. 62/2). Selbst unter Einbezug des Umstandes, dass der Beschuldigte für ein Kind zu sorgen hat, erlauben es ihm seine aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse, einen Tagessatz von Fr. 60.-- zu entrichten. Nachdem der Beschuldigte nunmehr über eine feste Vollzeitanstellung verfügt, ist der Geldstrafe der Vorzug zu geben, damit er seine Anstellung nicht durch einen 60-tägigen Unterbruch für einen allfälligen Vollzug von gemeinnütziger Arbeit in Gefahr bringen muss.

Aus den dargelegten Gründen ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 60.-- zu bestrafen.

IV. Vollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes können Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten gemäss dieser Bestimmung nicht aufgeschoben werden. Im angefochtenen Urteil wurde dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug dennoch im Wesentlichen mit der Begründung gewährt, dass angesichts der grösstenteils einschlägigen Vorstrafen und deren teilweisen Vollzugs nicht vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden könne. Da der Beschuldigte inzwischen aber über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge und sich daher nicht mehr des rechtswidrigen Aufenthaltes schuldig machen könne, sei daher nunmehr vom Fehlen einer ungünstigen Prognose auszugehen, weshalb der Vollzug der Strafe aufzuschieben sei (Urk. 45 S. 13.). Dem kann nicht gefolgt werden.

2. Aus der langen Auflistung der 8 Vorstrafen ist zu entnehmen (vgl. vorstehend, Erw. III.5.4.), dass der Beschuldigte seit dem Jahre 2005 in regelmässigen

Abständen immer wieder straffällig geworden ist. Darunter befinden sich auch drei Vorstrafen wegen Delikten gegen das Vermögen. Die letzte dieser Vorstrafen datiert vom 3. Oktober 2008 (vgl. Beizugsakten 2009/4951 der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 26. August 2009, Urk. 7/4). Auch das Erstehen von 6 Tagen Untersuchungshaft und die späteren Strafverbüßungen haben den Beschuldigten nicht davon abgehalten, weiter gegen Gesetze zu verstossen. Wie die Staatsanwaltschaft zurecht geltend macht, liegt daher eine ungünstige Prognose vor. Zwar ist zutreffend, dass der Beschuldigte sich aufgrund der ihm nun erteilten Aufenthaltsbewilligung nicht mehr des illegalen Aufenthalts schuldig machen kann, jedenfalls nicht bis zum Ablauf der bewilligten Zeitdauer. Die günstige Prognose darf sich indessen nicht bloss auf Verbrechen oder Vergehen von der Art des verübten Deliktes beziehen (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Aufl., Zürich 2010, N 14 zu Art. 42 StGB; BGE 102 IV 64). Auch der Umstand, dass der Beschuldigte seit kürzerer Zeit sich in einem gefestigteren sozialen Umfeld bewegt und seit nunmehr rund drei Monaten über eine feste Arbeitsstelle verfügt, reichen angesichts des langandauernden, deliktischen Vorlebens des Beschuldigten nicht zur Annahme des Fehlens einer ungünstigen Prognose.

Die Geldstrafe ist daher zu vollziehen.

V. Kostenfolgen

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Hauptantrag und obsiegt nur teilweise mit seinem Eventualantrag in Bezug auf die Anzahl Tagessätze. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrem Antrag auf Freiheitsstrafe. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, dem Beschuldigten zwei Drittel der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Der restliche Drittel ist auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten sodann eine reduzierte Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen. Diese ist auf Fr. 800.– festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 60.--
3. Diese Geldstrafe ist zu bezahlen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (noch ausstehend)
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
7. Dem Beschuldigten wird für die Kosten des Berufungsverfahrens eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- zugesprochen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - Bundesamt für Migration

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

9. Rechtsmittel:

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
II. Strafkammer

Zürich, 16. Oktober 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Collorafi