

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180358-O/U/ad-cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Ruggli,
Ersatzoberrichter lic. iur. Amacker sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Urteil vom 5. Februar 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache rechtswidrige Einreise etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht
Strafsachen, vom 7. August 2018 (GG180049)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. Juli 2018 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie
 - des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist (gerechnet bis 12. Mai 2018).

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 12. Mai 2018 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'000.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	<u>7'670.50</u>	amtliche Verteidigung (inkl. MWST und Auslagen)
Fr.	<u>11'470.50</u>	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

5. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 78 S. 2)

1. Es sei das Strafverfahren einzustellen.
2. Die Verfahrenskosten und die Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Es sei dem Beschuldigten für die zu Unrecht erlittene Haft eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30'000.00 zuzusprechen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 71, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Hinsichtlich des Verfahrensganges bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 50 S. 3 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 7. August 2018 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft, wovon 1 Tag erstandener Untersuchungshaft angerechnet wurde. Der Vollzug der Strafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 50 S. 15 f.).

1.3. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte nach Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides mündlich Berufung erheben (Prot. I S. 21).

1.4. Mit Präsidialverfügung vom 4. September 2018 wurde die Entlassung des Beschuldigten aus dem vorzeitigen Strafvollzug und die Zuführung an das Migrationsamt des Kantons Zürich per 10. September 2018 verfügt (Urk. 63).

1.5. Am 13. September 2018 ging die Berufungserklärung des Beschuldigten ein (Urk. 68).

1.6. Mit Präsidialverfügung vom 24. September 2018 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um schriftlich im Doppel zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein begründetes Nicht-eintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 69).

1.7. Mit Eingabe vom 28. September 2018 liess die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland unter anderem die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragen und verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 71).

1.8. In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 73), welche heute im Beisein des Beschuldigten sowie seines amtlichen Verteidigers stattfand (Prot. II S. 5).

Vorfragen waren anlässlich der Berufungsverhandlung keine zu entscheiden. Die Verteidigung stellte indessen den Antrag, dass die Ehefrau des Beschuldigten einzuvernehmen sei, um die Hintergründe zu erklären, die zum Strafverfahren geführt haben, und wie sie ihrem Mann bei der Papierbeschaffung geholfen habe (Prot. II S. 7). Der Antrag wurde abgelehnt, da dem Gericht bekannt ist, dass die angerufene Zeugin ihren Mann bei der Papierbeschaffung unterstützte und da nicht einzusehen ist, inwiefern ihre Aussagen einen Einfluss auf den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung haben könnten (Prot. S. 8).

Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 23).

2. Umfang der Berufung

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO II, Basel 2014, Art. 402 N 2).

Der Beschuldigte liess die Einstellung des Verfahrens und die Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 30'000.– für unrechtmässig erstandene Haft beantragen. Zudem liess er die Übernahme sämtlicher Verfahrenskosten auf die Staatskasse beantragen (Urk. 78 S. 2).

Somit steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbotess vollumfänglich zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3. Formales

3.1. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne, dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6B_170/2011 vom 10. November 2011 E. 1.2.). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

4. Sachverhalt

4.1. Der Beschuldigte ist geständig, am 3. Dezember 2017 mit seiner abgelaufenen französischen Aufenthaltsbewilligung und mit seinem jamaikanischen Reisepass, jedoch ohne Visum, in die Schweiz eingereist und sich hier bis zum 11. Mai 2018 aufgehalten zu haben, wobei er einmal im April 2018 wieder aus- und eingereist sei. Hingegen bestritt er die ihm in der Anklage zur Last gelegten Aus- und Einreisen vom 17. - 21. Dezember 2017 sowie vom Februar 2018 (Urk. 50 S. 10).

4.2. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dargestellt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 5).

4.3.1. Als einziges Beweismittel liegen die Aussagen des Beschuldigten vor. Unmittelbar nach seiner Verhaftung wurde der Beschuldigte befragt und gab an, Anfang Dezember in die Schweiz eingereist und sich mit Ausnahme einer zweitägigen Rückreise nach Frankreich im April bis zum 11. Mai 2018 in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 2 S. 2). Als Antwort auf eine offen formulierte Frage wirkt diese, zumal sie auch unmittelbar nach der Tat gegeben wurde und die Erinnerung diesbezüglich noch frisch gewesen sein dürfte, nicht unglaubhaft. Auf Vorhalt

bestätigte er diesen Sachverhalt auch in der Tags darauf durchgeführten Haftenvernahme (Urk. 3 S. 5).

4.3.2. Demgegenüber verstrickte er sich in seiner Einvernahme vom 31. Mai 2018 in erhebliche Widersprüche. So gab er auf die Frage, ob es richtig sei, dass er Anfang Dezember in die Schweiz eingereist sei, an, er sei erst Ende Dezember eingereist. Auf den Widerspruch aufmerksam gemacht, gab er sinngemäss an, dass er sich nicht mehr richtig erinnern könne, er aber gegen Ende Dezember angekommen sei, vorab aber schon am 3. Dezember 2018 für zwei Wochen in die Schweiz eingereist sei. Daraufhin, so machte er weiter geltend, sei er aber bis zur Verhaftung ununterbrochen in der Schweiz geblieben. Nur wenige Fragen später gab er in Abweichung dazu an, auch im Februar für ein paar Tage nach Frankreich zurückgereist zu sein, ohne sich genau daran erinnern zu können (Urk. 14 S. 8). Bei der Würdigung dieser Aussagen fällt auf, dass sie, im Gegensatz zur ersten, polizeilichen Einvernahme, wenig konstant und mit Widersprüchen behaftet sind. Zudem gab der Beschuldigte bei seinen Antworten selbst an, sich nicht mehr sicher zu sein. Dass sich der Beschuldigte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr genau an seine Aus- und Einreisen zu erinnern vermochte, ergibt sich auch daraus, dass er sich nicht mehr an seine bei der Polizei gemachten Aussagen zu erinnern vermochte und er seine neuen Antworten teilweise an die damals mutmasslich abgegebenen Antworten anpasste. So begründete er seine Aussage, wonach er im Februar mit dem Reisepass zurückgekehrt sei, damit, dass er sich daran erinnere gesagt zu haben, dass er im Februar mit dem Pass zurückgekehrt sei, er aber nicht mehr wisse, wann er genau zurückgekehrt sei (Urk. 14 S. 7). Schliesslich bestätigte er auch seinen letzten Aufenthalt in Frankreich nicht auf eine offen formulierte Frage, sondern auf entsprechenden Vorhalt beschrieben zu haben (Urk. 14 S. 8). Insgesamt erweisen sich die Aussagen dieser Einvernahme als wenig glaubhaft, da sie, im Gegensatz zur ersten polizeilichen Einvernahme, nicht aus freien Stücken und in einem "Guss" erfolgten, sondern offensichtlich auf lückenhafter Erinnerung und vorgehaltenen Bruchstücken aus der polizeilichen Befragung beruhen.

4.3.3. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wurde der Beschuldigte auf den Widerspruch zwischen den Aussagen hingewiesen, welchen er damit erklärte, dass er bei der Staatsanwältin gestresst und frustriert gewesen sei (Prot. I S. 14). Auch heute gab er an, er sei nur einmal nach Frankreich zurückgereist und erklärt den Widerspruch wiederum damit, dass er zum Zeitpunkt der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme verwirrt gewesen sei (Prot. II S. 21).

4.3.4. In Würdigung der vorliegenden und in Ermangelung weiterer Beweismittel ist zu Gunsten des Beschuldigten auf die ursprünglich bei der Polizei gemachten und an der Hauptverhandlung und Berufungsverhandlung bestätigten Angaben abzustützen, zumal auch kein Interesse am Festhalten an seiner ersten Sachverhaltsdarstellung erkennbar ist, da dies den Entscheid nicht wesentlich zu seinen Gunsten beeinflussen könnte.

4.4. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte als jamaikanischer Staatsangehöriger am 3. Dezember 2017 ohne die für Einreise und Aufenthalt notwendigen Papiere in die Schweiz eingereist ist und sich bis zum 11. Mai 2018 hier aufgehalten hat, wobei er im April für die Dauer von zwei Tagen nach Frankreich zurückgekehrt ist.

5. Rechtliche Würdigung

5.1. Die Anklage verlangt eine Bestrafung nach den Bestimmungen des AuG (Ausländergesetz, AuG) vom 16. Dezember 2005. Dieses wurde per 1. Januar 2019 in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Materiell hat sich, soweit für das vorliegende Verfahren von Belang, nichts geändert, weshalb weiterhin die Bestimmungen des AuG anzuwenden sind (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG).

5.2. Ausländerinnen und Ausländer, welche in die Schweiz einreisen wollen, müssen unter anderem über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und Visum verfügen, soweit letzteres erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG). Bleiben sie länger als 3 Monate, bedürfen sie zudem einer Bewilligung (Art. 3 AuG). Über die für den Grenzübertritt anerkannten Ausweispapiere bestimmt der Bundesrat (Art. 5 Abs. 4 AuG). Gemäss derzeit geltender Übersicht der Ausweis-

und Visumvorschriften nach Staatsangehörigkeit des SEM vom 17. August 2018 (https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/visa/liste1_staatsangehoerigkeit/j.html) benötigen Jamaikaner für die Einreise in die und den Aufenthalt in der Schweiz einen Pass und ein gültiges Visum. Demnach hat der Beschuldigte die Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG mehrfach verletzt.

5.3. Die Verteidigung macht geltend, dass der Bestrafung ein Strafverfolgungshindernis in Form der Schengener Rückführungsrichtlinie gegenüber stehe, welche als Teil des "Acquis communautaire" direkt anwendbar sei. Dazu gehöre auch die direkte Übernahme der entsprechenden Rechtsprechung. Demnach verlange die rückführungskonforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet werde, wenn gegen den Betroffenen mit illegaler Einreise bzw. illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen worden seien (BGE 143 IV 249, E. 1.9). Dies, weil durch ein Strafverfahren die Rückführung nicht verzögert werden solle und deshalb das Rückkehrverfahren der Bestrafung vorgehe. Erst, wenn auch die Rückführung trotz und nach Anwendung von Zwangsmassnahmen nicht ermöglicht werden konnte, sei eine Bestrafung wegen illegalem Aufenthaltes wieder zulässig (Urk. 68 S. 7 f.; Urk. 78 S.7 ff.).

5.4. Damit hat die Verteidigung zwar einen auf den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes C-329/11 vom 6. Dezember 2011 in Sachen Achughbajian und C-61/11 vom 28. April 2011 in Sachen El Dridi (nachfolgend: EugH *Namen Gesuchsteller*) beruhenden Grundsatz betreffend illegalem Aufenthalt an sich korrekt wiedergegeben. Einer Bestrafung des Beschuldigten im vorliegenden Fall stehen diese Entscheide bzw. die darauf fussende Praxis jedoch nicht entgegen.

5.5. Vorab gilt es festzuhalten, dass die Schengener Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung gestützt auf Art. 115 AuG nicht grundsätzlich entgegenstehen und darüber hinaus stark auslegungsbedürftig ist. Dies zeigt sich alleine schon in der Vielzahl und der Unterschiedlichkeit der in dieser Sache ergangenen Entscheide

(Sarah Progin-Theuerkauf/Salome Schmid, Zum Beginn der Geltung eines Einreiseverbots nach der EU-Rückführungsrichtlinie, Urteilsbesprechung C-225/16 S. 20 f. in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis 2017).

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Rückführungsrichtlinie zwar einer Bestrafung wegen rechtswidrigen Aufenthalts, jedoch nicht der rechtswidrigen Einreise entgegenstehen kann. Nur ersterer ist ein Dauerdelikt, bei dem die von der Rückführungsrichtlinie anvisierte Gefahr besteht, dass der Staat den illegal im Land weilenden Ausländer durch Ausübung von strafrechtlichem Druck zum Ausweichen ins umliegende Ausland zu bewegen versucht, statt ihn in den Heimatstaat auszuschieben. Gegenstand der massgebenden Rechtsprechung sowohl des EUGH als auch des Bundesgerichts war denn auch jeweils der illegale Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen und nicht dessen rechtswidrige Einreise (EuGH, El Dridi; EuGH, Achughbabian; Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2012 C-430/11 Sagor; Urteil des Bundesgerichts 6B_713/2012 vom 19. April 2013; Urteil des Bundesgerichts 6B_139/2014 vom 5. August 2014 und Urteil des Bundesgerichts 6B_196/2012 vom 24. Januar 2013). Darüber hinaus hielt das Bundesgericht im Entscheid 6B_196/2012 fest, dass sich die Rückführungsrichtlinie und die Rechtsprechung des EuGH hierzu einzig auf die Frage des illegalen Aufenthalts beziehe.

5.6. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung enthält die Rückführungsrichtlinie keine ausdrückliche Bestimmung, wonach ein Rückführungsverfahren einer Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe entgegensteht. Ganz im Gegenteil hält sie mit Bezug auf die Frage der Konkurrenz von freiheitsentziehenden Sanktionen und Rückführungsverfahren fest, dass sie einer nationalen Regelung, welche den rechtswidrigen Aufenthalt als Straftat einstuft, nicht grundsätzlich entgegensteht (EuGH, Achughbabian, Ziff. 28; Sagor, Ziff. 31). Eine entsprechende strafrechtliche Regelung darf lediglich die Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele nicht gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben, getreu dem Grundsatz "Rückführung vor Strafe" (EuGH, El Dridi, Ziff. 55; Achughbabian, Ziff. 39; Sagor, Ziff. 31). Da eine strafrechtliche Sanktion beispielsweise einer Rückführung nicht entgegensteht, wenn diese während des laufenden Straf-

verfahrens vorangetrieben wird, ist auch bei dieser Konstellation eine Freiheitsstrafe ohne weiteres möglich. Auf die weiteren Ausführungen der Verteidigung und die entsprechende Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts (beispielsweise BGE 143 IV 249) und die Ausführungen der Verteidigung dazu ist jedoch nicht weiter einzugehen, insbesondere nicht auf die Frage, ob derzeit ein Rückführungsverfahren im Gange ist und welche Bemühungen das Migrationsamt unternimmt, da sie ins Leere zielen. Wie sich aus dem 799 Seiten umfassenden Dossier des Migrationsamtes des Kantons Zürich ergibt, scheiterte ein erster Rückführungsversuch des Beschuldigten am 24. März 2010 am Flughafen Zürich, weil er beim Einsteigen in den für ihn gebuchten Rückflug derart laut schrie und um sich schlug, dass ihm die Mitnahme verweigert wurde (act. 15/2 S. 158). Ein zweiter Ausschaffungsversuch am 4. Dezember 2013 scheiterte aus denselben Gründen (Urk. 15/2 S. 672). Am 18. Dezember 2013 konnte der Beschuldigte jedoch erfolgreich nach Jamaika ausgeschafft werden (Urk. 15/2 S. 694). In der Folge hielt er sich, zumindest soweit bekannt, ununterbrochen im Ausland auf, bis er am 29. März 2015 anlässlich seiner illegalen Einreise in die Schweiz erneut verhaftet wurde (Urk. 15/2 S. 705).

5.7. Damit liegt vorliegend eine Konstellation wie in der Rechtssache Celaj vor (EuGH, Rs. C-290/14, Celaj, Urteil vom 1.10.2015, ECLI:EU:C:2015:640). Dort hat der EuGH entschieden, dass bei Personen, welche das Rückkehrverfahren bereits durchlaufen haben und deren erster illegaler Aufenthalt bereits beendet wurde, die aber unter Verstoss gegen ein Einreiseverbot erneut in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats eingereist sind, das Rückforderungsabkommen einer Freiheitsstrafe nicht im Wege steht. Diese Fallkonstellation ist damit nicht mit derjenigen der Fälle Achughabian und El Dridi vergleichbar. Die Mitgliedstaaten sind nicht daran gehindert, strafrechtliche Sanktionen gegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige vorzusehen, bei denen die Anwendung des durch die Richtlinie geschaffenen Verfahrens zu ihrer Rückführung geführt hat und die unter Verstoss gegen ein Einreiseverbot erneut in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eingereist sind (Sarah Progin-Theuerkauf/Constantin Hruschka, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, S. 370).

Aus diesem Grund steht der Bestrafung des Beschuldigten selbst mit einer Freiheitsstrafe das Rückführungsabkommen nicht entgegen und es braucht auch nicht weiter überprüft zu werden, ob derzeit ein Rückführungsverfahren anhängig ist und wie dieses verläuft.

Der Beschuldigte ist somit anklagegemäss der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

6. Strafzumessung

6.1. Die Vorinstanz hat die Regeln der Festlegung des Strafrahmens und der Strafzumessung zutreffend und ausführlich dargelegt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 10 ff.). Ergänzend ist festzuhalten, dass am 1. Januar 2018 das neue Sanktionenrecht in Kraft getreten ist, welches vorliegend jedoch – wie nachfolgend aufgezeigt wird – keinen Einfluss auf die konkrete Strafzumessung hat.

6.2. Tatkomponenten

Bei der Tatschwere ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit der Absicht in die Schweiz eingereist ist, sich hier für unbegrenzte Zeit aufzuhalten und deshalb der Aufenthaltsdauer etwas Zufälliges anhaftet. Er reiste also nicht bloss ein mit der Absicht, nach einer kurzen oder bestimmten Dauer wieder auszureisen, sondern, um hier zu leben. Dass er diesen rund 5-monatigen Aufenthalt für die Dauer von 2 Tagen unterbrochen hat, ändert nichts an der Beurteilung, da die Ausreise nicht definitiver Natur und die erneute Einreise bereits vorgängig geplant war. Es bleibt somit ein vergleichsweise langer Aufenthalt, erheblich länger jedenfalls als die 3 Monate, für welche sich auch ein legal Eingereister hier aufhalten dürfte.

Auch in subjektiver Hinsicht ist das Verschulden nicht zu bagatellisieren. Dass er mit seiner Einreise den Nachzug zu seiner Familie bezweckte, wirkt sich nicht zu seinen Gunsten, sondern lediglich nicht zu seinen Ungunsten aus, wie dies etwa

der Fall gewesen wäre, wenn er aus verwerflichen Gründen eingereist wäre, beispielsweise, um hier zu delinquieren. Gründe, welche sein Handeln in einem milderen Lichte erscheinen lassen, sind keine ersichtlich.

Insgesamt erweist sich somit sein Verschulden als bereits erheblich. Da, wie oben festgehalten wurde, im Gegensatz zur Vorinstanz nur von zwei und nicht von vier illegalen Einreisen auszugehen ist, ist die Einsatzstrafe auf 120 Tage festzusetzen.

6.3. Täterkomponenten

Bezüglich seines Vorlebens gilt es festzuhalten, dass er im Jahre 2008 erstmals in die Schweiz gekommen ist, hier nie gearbeitet hat, aus früheren Beziehungen zwei Töchter und aus der aktuellen Beziehung eine 4-jährige Tochter hat. Während all der Jahre hielt er sich hier illegal auf.

Wohl ist sein Geständnis in tatsächlicher Hinsicht strafmindernd zu berücksichtigen, allerdings nur in geringem Ausmasse. Auf Grund der gesamten und klaren Umstände, insbesondere weil er nicht im Besitze der notwendigen Papiere war, bedurfte die Ablegung dieses Geständnisses keiner besonderen Überwindung innerer Hürden. Oder anders gesagt: jedes Leugnen wäre zwecklos gewesen. Im Gegenzug gilt es aber, seine vier Vorstrafen – davon drei einschlägig – als erheblich straf erhöhend zu berücksichtigen, wobei er in der Vergangenheit zusätzlich auch noch Betäubungsmitteldelikte begangen hat. Sein rund 700-seitiges Dossier des Migrationsamtes legt schliesslich beredtes Zeugnis davon ab, dass der Beschuldigte schon seit etlichen Jahren weiss, dass er sich nicht in der Schweiz aufhalten darf und sich stets über entsprechende behördliche Anordnungen hinweggesetzt hat. Er hat damit eine sehr hohe Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung an den Tag gelegt und will offenbar noch immer nicht einsehen, dass er gehen muss. Auch der Umstand, dass er jetzt Frau und Kinder hier hat, ist für den Beschuldigten nicht neu. Bereits im Zeitpunkt seiner früheren Rückführung hatte er Familie hier und wusste, dass dies kein Grund für ihn darstellt, um hier bleiben zu dürfen und er trotzdem die Schweiz verlassen muss. Zwar soll sich gemäss Lehre und Rechtsprechung blosser Uneinsichtigkeit wie

auch fehlende Reue nicht zu Lasten eines Beschuldigten auswirken, soweit sie bloss Ausfluss des Bestreitens des Tatvorwurfs sind (Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 233). Das Verhalten des Beschuldigten ist jedoch nicht mehr bloss Ausfluss dieser "einfachen" Uneinsichtigkeit, sondern langjähriges, renitentes Verhalten im Lichte einer klaren Sach- und Rechtslage, welche als besondere Form der Uneinsichtigkeit sehr wohl strafe erhöhend berücksichtigt werden muss (Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 234).

6.4. Unter Berücksichtigung dieser weiteren Strafzumessungsgründe ist die Einsatzstrafe somit auf 5 Monate zu erhöhen. Davon abzuziehen sind der eine Tag Untersuchungshaft sowie die 122 Tage erstandener Haft im Rahmen des vorzeitigen Strafvollzuges.

7. Sanktionsart und Strafvollzug

Die Vorinstanz hat die Kriterien der Wahl der Sanktionsart und den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges zutreffend wiedergegeben, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 13). Als ebenso zutreffend erweisen sich ihre Erwägungen und die getroffenen Schlussfolgerungen. Wie oben ausgeführt, ist der Beschuldigte ausgesprochen uneinsichtig. Die bisher ausgesprochenen Geldstrafen erzielten beim Beschuldigten keinerlei Wirkung. Da er gemäss eigenen Angaben hier in der Schweiz verbleiben will und keinerlei Aussicht besteht, dass sich seine Lebensumstände mittelfristig stabilisieren, kann ihm keine günstige Prognose gestellt werden, es muss ihm vielmehr eine eigentliche Schlechtprognose gestellt werden. Unter diesen Umständen erweist sich eine Freiheitsstrafe als die angemessene Sanktionsart und ist ihm der Strafaufschub nicht zu gewähren.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5) zu bestätigen (Art. 428 Abs. 3 StPO).

8.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens zu verlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt

mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen sind. Davon auszunehmen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO), wobei eine spätere Rückforderung vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO).

8.3. Auf Grund der vollumfänglichen Verurteilung besteht keine Grundlage für die Zusprechung der beantragten Genugtuung (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie
 - des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten, wovon 123 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'100.00 amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

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

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

8. 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, 5. Februar 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Aardoom