

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190188-O/U/ad

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Wenker, Präsident, Ersatzoberrichterin
lic. iur. Knüsel und Ersatzoberrichter Dr. Bezgovsek sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 24. September 2019

in Sachen

A._____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

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

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vergehen gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom
31. Januar 2019 (GB180011)**

Strafbefehl = Anklage:

(Urk. 8)

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 23. August 2018 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 31)

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 5. Juli 2018.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. In Bezug auf die am 8. Juni 2016 von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 10.– wird die Beschuldigte verwarnt.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'800. –; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.– Gebühr Vorverfahren
Fr. 2'851.15 Kosten amtliche Verteidigung
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung, des gerichtlichen Verfahrens und diejenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen.
7. Der amtliche Verteidiger wird für seine Bemühungen und Auslagen mit Fr. 2'851.15 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Staatskasse entschädigt.

8. (Mitteilungen.)
9. (Rechtsmittel.)

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 42 S. 1 f.)

" Anträge

1. Es sei festzustellen, dass die Ziffern 4, 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Es sei die Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.
3. Es sei der Beschuldigten eine Umtriebsentschädigung im Betrage von Fr. 400.– sowie eine Genugtuung im Betrage von Fr. 200.– zu bezahlen.
4. Die Berufungskosten inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Eventualanträge:

5. Ev. sei die Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG mit gemeinnütziger Arbeit von 20 Tagen und subeventualiter mit einer Geldstrafe von 20 TS à Fr. 10.– abz. 1 Tag Haft zu bestrafen.
6. Der Vollzug der Strafe sei aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre anzusetzen.
7. Ev. seien die Berufungskosten zur Hälfte der Beschuldigten aufzuerlegen aber wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung sofort definitiv abzuschreiben."

b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis:

(Urk. 36, schriftlich und sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Der Verlauf des Verfahrens bis zum vorinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem Urteil vom 31. Januar 2019 (Urk. 31).

2. Mit dem genannten Urteil wurde die Beschuldigte schuldig gesprochen des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 5. Juli 2018 bestraft, wobei ihr 1 Tag als durch Haft erstanden angerechnet wurde. In Bezug auf die am 8. Juni 2016 von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 10.– wurde die Beschuldigte verwarnt. Schliesslich regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 31 S. 21 ff.).

3. Gegen dieses am 31. Januar 2019 mündlich eröffnete Urteil meldete die Verteidigung mit Eingabe vom 11. Februar 2019 rechtzeitig Berufung an (Urk. 27).

4. Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 29. März 2019 (Urk. 30/1) und von der Verteidigung am 1. April 2019 (Urk. 30/2) in Empfang genommen. Die vorinstanzlichen Akten gingen am 8. April 2019 am Obergericht ein (Urk. 31). Am 10. April 2019 wurde über die Beschuldigte ein neuer Strafregisterauszug eingeholt (Urk. 32). Mit Eingabe vom 18. April 2019 (Poststempel; hier eingegangen am 23. April 2019) reichte die Verteidigung fristgerecht ihre Berufungserklärung ein (Urk. 33).

5. Mit Präsidialverfügung vom 24. April 2019 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 34). Der Beschuldigten wurde dieselbe Frist angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und mehrere spezifisch bezeichnete Ur-

kunden zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 34). Mit Eingabe vom 30. April 2019 stellte die Staatsanwaltschaft ihre Anträge im Berufungsverfahren (Urk. 36). Am 22. Mai 2019 reichte die Verteidigung das Datenerfassungsblatt ein (Urk. 38/1-2).

6. Am 24. Mai 2019 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 39).

7. Die Berufungsverhandlung konnte ordnungsgemäss durchgeführt werden. Zu dieser erschienen die Beschuldigte und ihr amtlicher Verteidiger (Prot. II S. 3). Nachdem sich die Parteien im Rahmen dieser Verhandlung zu den von der Berufungskammer aufgeworfenen und nachfolgend darzulegenden (vgl. unten E. II.1) Vorfragen äussern konnten (Prot. II S. 4 f. und 13-15; Art. 339 Abs. 2 und 3 StPO), erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Anklageprinzip, Grundsatz "ne bis in idem" (und Immutabilitätsprinzip)

1.1. Gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung. Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Durch eine detaillierte Angabe des Anklagevorwurfs werden insbesondere die durch das Anklageprinzip angestrebte Umgrenzungs- und Informationsfunktion erfüllt. Zum einen soll die beschuldigte Person Kenntnis erlangen, welcher konkreter Handlungen sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, so dass sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann, und garantiert damit auch den Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 133 IV 235 E. 6.2 f.; Urteil des Bundesgerichtes 6B_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 141 IV 437). Zum anderen soll auch das Gericht durch die Anklageschrift in die Lage versetzt werden, sich eine präzise Vorstellung des Anklagevorhalts zu machen.

1.2. Der Anklagevorwurf ist vorliegend insofern unpräzise und widersprüchlich, als der rechtswidrige Aufenthalt der Beschuldigten im Ingress unter dem Titel "Datum und Zeit" mit dem Zeitraum vom "22. März 2018 bis zum 23. August 2018" angegeben wird. Im eigentlichen Text wird der Anfangszeitpunkt aber mit "ihrer letzten diesbezüglichen Verurteilung" verknüpft (Urk. 8 S. 3). "Letzte Verurteilung" und "21. März 2018" stimmen zeitlich effektiv aber nicht überein: Die letzte Verurteilung erfolgte mit Strafbefehl vom 5. Juli 2018 (Urk. 32 S. 2; Urk. 5/4 = Urk. 18/15).

Aus den Akten ergibt sich, dass am 21. März 2018 ein erster diesbezüglicher Strafbefehl erlassen wurde (Urk. 18/10), welcher nach (partieller) Einsprache (Urk. 18/13-14) in der Folge durch jenen vom 5. Juli 2018 ersetzt wurde (vgl. Urk. 5/4 = Urk. 18/15). Sanktioniert wurde der rechtswidrige Aufenthalt damals für die Zeit vom 9. Juni 2016 bis am 21. März 2018 (Urk. 5/4 S. 3 = Urk. 18/15 S. 3).

Diese Ungenauigkeit bzw. der Widerspruch tangiert das Anklageprinzip, welches – mit einer Auslegung des Sachverhalts zugunsten der Beschuldigten – gerade noch nicht verletzt ist. Die Beschuldigte wusste, dass der illegale Aufenthalt jedenfalls ab 6. Juli 2018 zur Debatte steht und sie sich dagegen verteidigen kann. Eine gänzliche Einstellung des Verfahrens würde sich da nicht rechtfertigen. Allerdings ist im Rahmen der noch zu erfolgenden Beweis- und rechtlichen Würdigung allein zu prüfen, ob sich die Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthalts vom 6. Juli 2018 bis zum 23. August 2018 strafbar gemacht hat.

1.3.1. Lediglich im Sinne einer Eventualbegründung ist im Übrigen Folgendes festzuhalten: Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Beschuldigten in der Anklageschrift unmissverständlich eine Strafbarkeit ab dem 22. März 2018 vorgeworfen werde, würde sich aufgrund der Ausgestaltung der zur Diskussion stehenden Straftat als Dauerdelikt die Frage der (teilweise) abgeurteilten Sache bezüglich des Tatzeitraumes zwischen dem 22. März 2018 und dem 5. Juli 2018 stellen.

1.3.2. Denn die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts bewirkt nach der Rechtsprechung dessen Zäsur. Da die Verurteilung nur die Herbeiführung und die

Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bis zum Urteilszeitpunkt erfasst, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil als selbständige Tat zu werten. Die Tateinheit wird durch die Verurteilung aufgehoben, und für neue Delikte gilt der Grundsatz "ne bis in idem" nicht (BGE 104 IV 230 E. 3 [zur aufgegebenen Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts]). In diesen Fällen ist daher eine neue Verurteilung für die vom ersten Urteil nicht erfassten Tathandlungen (vgl. BGE 118 IV 269 E. 4) möglich (vgl. BGE 135 IV 6, 10, mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung).

1.3.3. Die Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" setzt unter anderem voraus, dass dem Richter im ersten Verfahren die Möglichkeit zugestanden haben muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen (BGE 119 Ib 311 E. 3c, mit Hinweisen). Dies wäre (bei der den Strafbefehl erlassenden Staatsanwaltschaft im Rahmen der letzten Verurteilung) grundsätzlich möglich gewesen: Die Beschuldigte wurde am 21. März 2018 (Datum des später aufgehobenen Strafbefehls [Urk. 18/10]) polizeilich einvernommen (Urk. 18/4), wobei sie explizit bestätigte, sie wisse, dass sie illegal hier sei (a.a.O., F/A 3), dass sie keine Reisepapiere habe (a.a.O. F/A 7), dass sie nichts unternommen habe, um an Reisedokumente zu kommen (a.a.O., F/A 9), dass sie nicht gewillt sei, in ihr Heimatland zurückzukehren (a.a.O. F/A 15) und dass sie nicht freiwillig aus der Schweiz reisen werde (a.a.O., F/A 16). Der Strafbefehl vom 5. Juli 2018, welcher jenen vom 21. März 2018 ersetzte, erging ohne weitere Untersuchungshandlungen (vgl. Urk. 5/4 = Urk. 18/15).

1.3.4. Damit kann gesagt werden, dass bei den klaren Aussagen der Beschuldigten, die Schweiz definitiv nicht verlassen zu wollen, der (rechtswidrige) Aufenthalt in der Schweiz weiterhin aktuell und damit auch Gegenstand des Strafbefehls vom 5. Juli 2018 hätte bilden können und müssen. Mit anderen Worten hätte der illegale Aufenthalt nicht nur bis zum 21. März 2018 (gemäss aufgehobenem Strafbefehl), sondern von der damals zuständigen Staatsanwaltschaft bis zum 5. Juli 2018 geahndet werden sollen. Die Beschuldigte hatte einen fortwirkenden Tatentschluss, hier illegal zu verbleiben, weshalb die Tatbestandsver-

wirklichung – so gesehen hier zugunsten der Beschuldigten – als mit zum Strafbefehl vom 5. Juli 2018 abgegolten zu betrachten gewesen wäre.

1.3.5. Dies würde beim angeklagten Dauerdelikt der vorliegenden Art zu einer entsprechenden Sperrwirkung führen und hätte zur Folge, dass dieses für die Zeit vom 22. März 2018 bis 5. Juli 2018 einzustellen wäre. Ab diesem Zeitpunkt könnte das Verbleiben im Land als selbständiges Delikt im Falle eines tatbestandsmässigen Verhaltens erneut bestraft werden (vgl. Urteil 6B_114/2008 vom 4. November 2008).

1.4.1. Aufgrund der soeben in Ziffer 1.3. dargelegten Erwägungen und angesichts des Umstandes, dass die Beschuldigte sich weiterhin illegal in der Schweiz aufhält, drängt sich schliesslich konsequenterweise die Frage auf, ob der eingeklagte Deliktszeitraum auf die Periode vom 24. August 2018 bis 24. September 2019 ausgedehnt werden kann. Dies ist nachfolgend der Vollständigkeit halber zu prüfen:

1.4.2. Im Strafverfahren gilt der Anklagegrundsatz (Art. 9 Abs. 1 StPO). Aus diesem wird das Immutabilitätsprinzip (Grundsatz der Unabänderbarkeit der Anklage) abgeleitet, welches besagt, dass die Anklage das Prozess- und Urteilsthema für alle urteilenden Instanzen fixiert. Aus prozessökonomischen Gründen ist dieser Grundsatz indes gemildert. Es ist zulässig, ja notwendig, mangelhafte, fehlerhafte oder unvollständige Anklagen zu berichtigen oder gar um neue Delikte zu erweitern. Art. 329 Abs. 2 StPO und Art. 333 StPO sehen für das Hauptverfahren diesbezügliche Ausnahmen vor. Diese Bestimmungen sind gestützt auf Art. 379 StPO grundsätzlich auch im Berufungsverfahren anwendbar, so die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, in ihrem Urteil vom 7. Mai 2018 (SB150349, mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung). Sie differenziert aber insofern, als sie festhält, dass die Anklage auch die Basis des Berufungsverfahrens bildet; es sei jedoch im Berufungsverfahren nur noch eine Änderung oder Ergänzung der Anklage nach Art. 333 Abs. 1 StPO, nicht aber eine Erweiterung nach Art. 333 Abs. 2 StPO möglich (a.a.O., S. 5).

1.4.3. Schmid/Jositsch überlassen die Anwendung dieser Bestimmung dem Ermessen des Gerichts und sagen hierzu: "Sie dürfte weitgehend auf das erstinstanzliche Hauptverfahren beschränkt sein. Da die beschuldigte Person ein Interesse daran haben kann, dass alle gegen sie bekannt gewordenen Straftaten 'in einem Aufwisch' abgeurteilt werden, ist allerdings nicht auszuschliessen, dass die neu entdeckten Straftaten auch erst im Berufungsverfahren in die Anklage einbezogen werden, jedoch nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Beschuldigten (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. 333 N 6).

1.4.4. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 6B_904/2019 vom 8. Februar 2019 in einer Ergänzung der Anklageschrift im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 329 Abs. 2 StPO bzw. im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StPO kein Problem mit dem Anklageprinzip gesehen und hierzu gesagt: "Der als Anklageschrift geltende Strafbefehl (Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO) kann in Anwendung von Art. 379 StPO auch noch an der Berufungsverhandlung geändert werden (Urteile 6B_1394/2017 vom 2. August 2018 E. 1.2; 6B_904/2015 vom 27. Mai 2016 E. 1.4.1; 6B_428/2013 vom 15. April 2014 E. 3.3; je mit Hinweisen). Mit ihrem Vorgehen hat die Vorinstanz weder Bundes- noch Verfassungs- oder Konventionsrecht verletzt. Sie führt zu Recht aus, der Beschwerdeführer sei sich bereits im Verfahren vor der ersten Instanz im Klaren gewesen, welcher konkrete Sachverhalt ihm vorgeworfen werde. Weiter konnte er sich im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend zur ergänzten Anklageschrift äussern, was der Beschwerdeführer denn auch nicht in Abrede stellt. Eine Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte war vorliegend offensichtlich nicht unumgänglich. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er hätte den Strafbefehl in Kenntnis des vorgehaltenen Sachverhalts annehmen können, steht im Widerspruch zu seinem bisherigen Prozessverhalten; er beantragt jeweils einen vollumfänglichen Freispruch. Schliesslich geht sein Hinweis auf Art. 350 Abs. 1 StPO an der Sache vorbei. Aus dieser Bestimmung lässt sich nicht ableiten, dass das Gericht an die frühere, später abgeänderte Anklageschrift gebunden ist (vgl. Urteil 6B_688/2017 vom 1. Februar 2018 E. 2.5.1) [E. 2.4]." Zur (gerügten) Frage, dass der Beschwerdeführer eine Instanz verliert, äussert sich das Bundesgericht wie bereits die Vorinstanz: "Sie führt zu Recht aus, der Beschwerdeführer sei sich bereits im Verfahren vor der ersten Instanz im Klaren ge-

wesen, welcher konkrete Sachverhalt ihm vorgeworfen werde. Weiter konnte er sich im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend zur ergänzten Anklageschrift äussern, was der Beschwerdeführer denn auch nicht in Abrede stellt (E. 2.4)."

1.4.5. Aus dem Gesagten folgt, dass vor dem Berufungsgericht zwar eine Anklageänderung möglich wäre, aber primär gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StPO. In casu würde sich hingegen die Frage einer Anklageerweiterung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 StPO stellen. Eine Ergänzung des Anklagesachverhalts dergestalt, dass (bei andauerndem illegalem Aufenthalt) der Deliktszeitraum auf die Periode vom 24. August 2018 bis 24. September 2019 ausgedehnt wird, wäre nur nach der Variante "Schmid/Jositsch" im Sinne eines von der Beschuldigten ausdrücklich gewünschten gesamten "Aufwisches" möglich. Zwar würde sich die Beschuldigte, die die Höchststrafe gemäss Art. 115 Abs. 1 AuG demnächst erwirkt haben wird, bei einer Anklageerweiterung im vorliegenden Verfahren ein weiteres Strafverfahren ersparen. Nachdem sie sich im Rahmen der heutigen Berufungsverhandlung aber klar dagegen ausgesprochen hat und auch die Staatsanwaltschaft mit einem entsprechenden Vorgehen nicht einverstanden ist, verbietet sich eine Anklageerweiterung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 StPO.

2. Umfang der Berufung

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. Basler Kommentar StPO, 2. A., N 1 f. zu Art. 402).

2.2. Die Beschuldigte liess das vorinstanzliche Urteil zunächst zwar vollumfänglich anfechten (Urk. 33). Anlässlich der Berufungsverhandlung schränkte sie ihre Berufung allerdings auf dessen Dispositivziffern 1 bis 3 und 5 ein (Urk. 42 S. 1). Demzufolge ist das Urteil der Vorinstanz vom 31. Januar 2019 (Urk. 31) bezüglich der Dispositivziffern 4 (Verwarnung), 6 (Kostenaufgabe) und 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

III. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

Die Staatsanwaltschaft wirft der äthiopischen Beschuldigten vor, sie sei seit ihrer letzten diesbezüglichen Verurteilung – also ab dem 6. Juli 2018 – bis zu ihrer Verhaftung am 23. August 2018 in der Schweiz verweilt, obwohl sie gewusst habe, dass sie aufgrund ihres rechtskräftig abgewiesenen Asylgesuchs seit dem 23. April 2014 zum Verlassen der Schweiz verpflichtet gewesen wäre, und sie auch gewusst habe, dass sie sich aus diesem Grund illegal in der Schweiz aufhalte. Sie habe sich während dieser Zeit mehrheitlich in der Notunterkunft B. _____ an der ... [Adresse] aufgehalten, wo sie am 23. August 2018 auch verhaftet worden sei (Urk. 8 S. 3).

2. Standpunkt der Beschuldigten

Wie bereits in der Untersuchung und vor Vorinstanz (Urk. 2/1 S. 2 ff.; Urk. 2/4 S. 2 ff., Prot. I S. 9 ff.), anerkannte die Beschuldigte an der heutigen Berufungsverhandlung, sich in der relevanten Zeit rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten zu haben (Prot. II S. 5 f. und 11 f.). Davon geht auch der amtliche Verteidiger aus (Urk. 23 S. 1; Urk. 42 S. 2). Das Geständnis deckt sich mit dem übrigen Untersuchungsergebnis, weshalb der oben wiedergegebene Anklagesachverhalt genügend erstellt ist (vgl. Urk. 8 S. 4). Auf die sich aus dem Strafbefehl ergebenden Widersprüche in zeitlicher Hinsicht wurde unter Prozessualem eingegangen.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Ausgangslage

1.1. Die Beschuldigte wurde ursprünglich von der Staatsanwaltschaft mit Strafbefehl vom 23. August 2018 schuldig gesprochen des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (Urk. 8 S. 1). Nachdem die Beschuldigte hiergegen Einsprache erhoben hatte (Urk. 6/1), überwies die Staatsanwalt-

schaft den Strafbefehl nach ergänzter Untersuchung (Urk. 10; Urk. 2/4) an die Vorinstanz (Urk. 11). Die Vorinstanz sprach die Beschuldigte mit Urteil vom 31. Januar 2019 schuldig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (Urk. 31 S. 21), mit einem kurzen Hinweis auf die Gesetzesänderung vom AuG zum AIG (Urk. 31 S. 5).

1.2. Richtig ist, dass das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) per 1. Januar 2019 geändert wurde. Neu heisst es Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG). Gemäss den Übergangsbestimmungen des AIG sind auf Widerhandlungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen wurden, dessen Strafbestimmungen anzuwenden, sofern sie für den Täter milder sind (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG, so auch Art. 2 Abs. 2 StGB). Dies ist vorliegend mit Bezug auf die zur Diskussion stehende Bestimmung nicht der Fall, weshalb weiterhin das AuG zur Anwendung gelangt.

2. Konkrete gesetzliche Grundlage

2.1. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bestraft, wer (u.a.) sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AuG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist. Wer ein Asylgesuch gestellt hat, darf sich bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss in der Schweiz aufhalten (Art. 42 AsylG). Mit dem definitiven Wegweisungsentscheid und dem Ablauf der Ausreisefrist besteht keine Aufenthaltsberechtigung mehr (Urteil des Bundesgerichtes 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010, Erw. 3.2.1.).

2.2. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Von einer solchen objektiven Unmöglichkeit im Sinne des Schuldprinzips ist gemäss der

Rechtsprechung auszugehen, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung triftige Gründe sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Ausreise trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine längerdauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bzw. an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen bzw. ihnen Ausweispapiere auszustellen (zum Ganzen z.B. BGer 6B_1081/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 2.2. und BGer 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017, E. 5.3.1., je mit Hinweisen).

2.3. Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist hingegen gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist (BGE 130 II 56). Das ist der Fall, wenn eine legale Ausreise nicht an äusseren Umständen scheitert, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten, rechtskräftig weggewiesenen Person und der zuständigen Behörden liegen, sondern eine solche nur deshalb nicht zustande kommt, weil die betroffene ausländische Person die Schweiz nicht verlassen will und die rechtmässige Rückkehr in das Heimatland bzw. eine legale Ausreise aus der Schweiz vereitelt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sie untertaucht und keine Papiere beschafft bzw. den Behörden die insoweit mögliche und zumutbare Mithilfe versagt. Unter diesen Umständen, wenn also kein Fall objektiver Unmöglichkeit vorliegt und deswegen auch eine vorläufige Aufnahme im Sinne von Art. 83 ff. AuG ausser Betracht fällt, kann die Ausländerin oder der Ausländer das Verbleiben in der Schweiz nicht damit rechtfertigen, dass das Gesetz die illegale Ausreise in Art. 115 Abs. 2 AuG unter Strafe stellt. Diese Strafnorm bietet insoweit keine Rechtsgrundlage, um rechtmässig in der Schweiz bleiben zu können. Die betroffene Person kann daraus mit Bezug auf die Frage der Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts folglich nichts für sich ableiten, sofern sie eine legale Ausreise durch ihr eigenes Verhalten "verunmöglicht". Der Aufenthalt in der Schweiz ist bzw. bleibt in einem solchen Fall rechtswidrig (zum Ganzen: BGer 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010, E. 3.2.3.).

2.4. Aufgrund der Rückführungsrichtlinie ist der im Sinne des Opportunitätsprinzips vorgesehene Verzicht auf Bestrafung bei rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt nunmehr allerdings als Strafverfolgungshindernis zu qualifizieren. Zwar hindert die Rückführungsrichtlinie nicht daran, den illegalen Aufenthalt unter Strafe zu stellen, doch darf dadurch nicht das Ziel tangiert werden, auf wirksame Weise und mit verhältnismässigen Mitteln die Rückkehr des Betroffenen zu bewerkstelligen. Bei illegalem Aufenthalt geht das Rückkehrverfahren der Bestrafung vor; erst wenn auch die Anwendung der Zwangsmassnahmen es nicht ermöglicht hat, die Ausschaffung zu bewirken, ist eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts wieder möglich (vgl. BGE 143 IV 249; EuGH, 06.12.2011, Rs. C-329/11, Achughabian; s. auch EuGH, 28.04.2011, Rs. C-61/11 PPU, El Dridi).

2.5. Der andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Aufenthalt ist – wie gesagt – ein Dauerdelikt. Die Verurteilung schafft eine Zäsur; für das Aufrechterhalten des Dauerzustandes nach dem Urteil kann eine weitere Verurteilung erfolgen (BGE 135 IV 6 E. 3; BGer 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017, E. 5.3.2.; BGE 135 IV 6 E. 4.2; BGer Urteil 6B_715/2015 vom 21. März 2016 E. 2.6.1; BGer Urteil 6B_819/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 2.3.; Zünd, OFK-Migrationsrecht, AuG 115 N 7 mit Verweis auf Rechtsprechung).

3. Argumentation der Verteidigung und der Vorinstanz

3.1. Der amtliche Verteidiger führte vor Vorinstanz – und auch an der heutigen Berufungsverhandlung – aus, die Beschuldigte anerkenne den Vorwurf, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten. Rechtfertigend machte er geltend, die Beschuldigte könne als politisch verfolgte Frau nicht nach Äthiopien zurückkehren. Weiter seien keine Zwangsmassnahmen, namentlich sei keine Ausschaffungshaft angeordnet worden. Die Behörden hätten damit betreffend die Beschuldigte nicht sämtliche zumutbaren verwaltungsrechtlichen Massnahmen ergriffen, um die Wegweisung zu vollziehen. Die EU-Rückführungsrichtlinie sei seit dem 1. Januar 2011 als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes auch für die Rückführung von in der Schweiz illegal Anwesenden verbindlich anwendbar. Das Bundesgericht habe sich verschiedentlich mit der Anwendung der EU-

Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Strafbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts befasst und dabei festgehalten, dass nach der EU-Rückführungsrichtlinie nationale Strafbestimmungen dort ausgeschlossen seien, wo im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht alles Zumutbare für den Vollzug der Rückführung vorgekehrt worden sei. Wie dargelegt, sei die Eingrenzung gegen die Beschuldigte aufgehoben worden, ohne dass das Migrationsamt den ZMG-Entscheid angefochten hätte. Zudem habe lediglich ein Ausreisegespräch stattgefunden. Weitere verwaltungsrechtliche Massnahmen bzw. Zwangsmassnahmen seien keine getroffen worden bzw. ergäben sich nicht aus den Akten. Namentlich sei keine Haft angeordnet worden. Es sei deshalb zu Gunsten der Beschuldigten davon auszugehen, dass bis anhin nicht alle verwaltungsrechtlich möglichen und zumutbaren Massnahmen in die Wege geleitet worden seien, um die Rückführung der Beschuldigten zu vollziehen. Die Beschuldigte könnte deshalb zur Strafvollstreckung nicht inhaftiert werden. Sie sei folglich vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen (Urk. 23 S. 3 ff.; Urk. 42 S. 2 ff.).

3.2. Die Argumentation der Verteidigung wurde von der Vorinstanz verworfen. Sie kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, dass die Beschuldigte den genannten Tatbestand mit ihrem Verhalten in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt habe (Urk. 31 S. 5 ff.). Sämtliche zumutbaren Möglichkeiten der Verwaltungsbehörden zum Vollzug der Rückkehrentscheidung seien gescheitert – was das Migrationsamt des Kantons Zürich auch schriftlich festgehalten habe (Urk. 7/2). Die Rückkehr der Beschuldigten nach Äthiopien sei alleine aufgrund ihres Verhaltens gescheitert. Damit stehe die EU-Rückführungsrichtlinie im vorliegenden Fall einer Bestrafung der Beschuldigten nicht entgegen, weshalb sie des rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen sei (Urk. 31 S. 8 ff.). Sie belegte die Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe, welche teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 5. Juli 2018 ausgesprochen wurde (Urk. 31 S. 21).

4. Würdigung

4.1. Dass ein rechtswidriger Aufenthalt in der Schweiz unter den gegebenen Umständen grundsätzlich eine Widerhandlung gegen das AuG im Sinne von des-

sen Art. 115 Abs. 1 lit. b darstellt, wird von der amtlichen Verteidigung nicht explizit bestritten (vgl. Urk. 23; Urk. 42). Die entsprechende rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft erweist sich als zutreffend. Nachfolgend ist auf die von der Beschuldigten geltend gemachten Strafverfolgungshindernisse einzugehen.

4.2.1. Zur Begründung des beantragten Freispruchs verweist die amtliche Verteidigung zunächst unter dem Titel "Rechtfertigung" auf die "aktenkundigen Aussagen der Beschuldigten". Diese habe mehrfach ausgesagt, dass sie in Äthiopien verfolgt werde und dort als geflohene, alleinstehende Frau gefährdet sei, weshalb sie nicht in ihr Heimatland zurückkehren könne (Urk. 23 S. 1; Urk. 42 S. 2).

4.2.2. Abgesehen davon, dass dieses Argument – wohl gedacht als rechtfertigender Notstand im Sinne von Art. 17 StGB – (auch heute) doch sehr pauschal vorgetragen wurde, ist diesem entgegen zu halten, dass die entsprechenden Umstände primär Thema des Asylverfahrens waren. Dort wurden die Vorbringen der Beschuldigten als nicht glaubhaft erachtet, was zur Abweisung des Asylgesuchs und zur Wegweisung führte (Urk. 3/2). Betreffend Wegweisung hielt das (damalige) Bundesamt für Migration explizit fest, dass weder die im Heimatland der Beschuldigten herrschende politische Situation noch andere Gründe gegen die Zumutbarkeit der Rückführung in den Heimatstaat sprächen, zumal der Vollzug der Wegweisung auch technisch möglich und praktisch durchführbar sei (Urk. 3/2 S. 2 ff.).

Entsprechende Umstände wären heute nur noch im oben dargelegten Sinne, d.h. in Form einer insofern nachträglichen und unverschuldeten Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung von Bedeutung. Diese Frage kann hier aber letztlich offen bleiben, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

4.3.1. Soweit die amtliche Verteidigung argumentiert, die Verwaltungsbehörden hätten nach der Wegweisung der Beschuldigten die verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten nicht ausgeschöpft (Urk. 42 S. 3 ff.), kann ihr unter Hinweis auf die entsprechenden und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht gefolgt werden (vgl. hierzu Urk. 31 S. 6 ff.).

Unter Verweis auf diese vorinstanzlichen Erwägungen kann daher vorab zusammengefasst festgehalten werden, dass eine freiwillige Rückkehr nach Äthiopien möglich gewesen wäre (Urk. 3/1 und Urk. 3/4), die Beschuldigte diesbezüglich aber ihre Mitwirkung – bereits bei der Papierbeschaffung – wissentlich und willentlich verweigerte (vgl. entsprechende Aktenstelle im angefochtenen Urteil, Urk. 31 S. 7 f.). Unter den gegebenen Umständen kehrten die Verwaltungsbehörden schliesslich auch alles für den Vollzug der Wegweisungsentscheidung Zumutbare vor (Urk. 31 S. 8 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Nachfolgend ist somit im Sinne einer Hervorhebung bzw. Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen nur auf einige wenige, von der Verteidigung erneut vorgebrachte Einwände einzugehen.

4.3.2. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass im relevanten Tatzeitraum eine zwangsweise Rückführung nach Äthiopien gestützt auf eine rechtliche Grundlage nicht möglich war, weshalb auch eine Ausschaffungshaft nicht verhältnismässig gewesen wäre. Aus dem gleichen Grund wurde die verfügte Eingrenzung aufgehoben (so auch der amtliche Verteidiger, vgl. Urk. 23 S. 2; Urk. 42 S. 5 und 6 f.).

Die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Äthiopien wurde, wie von der Vorinstanz ausführlich dargelegt (Urk. 31 S. 10) und ebenso von der Verteidigung hervorgehoben wurde (Urk. 42 S. 6 f.), gemäss Medienmitteilung des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom 16. Januar 2019 erst dieses Jahr im Bereich der Rückkehr von Personen, die sich irregulär in der Schweiz aufhalten, rechtlich geregelt. Im Rahmen dieser Vereinbarung verpflichtet sich Äthiopien gemäss dieser Mitteilung, die Schweiz bei der Feststellung der äthiopischen Staatsangehörigkeit zu unterstützen und ihre Staatsangehörigen, die sich ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufhalten, zurückzunehmen (vgl. hierzu <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2019/2019-01-16.html>). Folglich war Äthiopien vor Januar 2019 – und damit während der Dauer des vorliegend zu beurteilenden illegalen Aufenthaltes der Beschuldigten – nicht verpflichtet, die Schweiz bei der Feststellung der Identität der Beschuldigten zu unterstützen und sie zurückzunehmen. Die Beschuldigte konnte bis zu diesem Zeitpunkt somit nicht zwangsweise zurückgeführt werden.

Dass dies heute anders ist bzw. zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils anders war, spielt dabei entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 42 S. 8 f.) keine Rolle. Vorliegend ist allein die Frage zu beurteilen, ob auf die Bestrafung der Beschuldigten wegen des an sich rechtswidrigen Aufenthaltes im Zeitraum zwischen dem 6. Juli 2018 bis zum 23. August 2018 verzichtet werden kann. Ein solcher Verzicht ist nur dann angebracht, wenn die Verwaltungsbehörden *damals* nicht alles Erforderliche und Zumutbare zum Vollzug der Wegweisung unternommen haben. Nur ein behördliches Untätigbleiben *im deliktsrelevanten Zeitraum* vermag das Unrecht des rechtswidrigen Aufenthaltes allenfalls aufzuwiegen und lässt es als geringfügig erscheinen. Ebenfalls irrelevant ist, ob bereits ab der zweiten Jahreshälfte 2018 einzelne zwangsweise Rückführungen vorgenommen werden konnten, wie die Verteidigung unter Hinweis auf die oberwähnte Medienmitteilung des SEM geltend macht (Urk. 42 S. 8). So ist mit der Formulierung "ab der zweiten Jahreshälfte" weder gesagt, dass diese Rückführungen bereits vor dem 23. August 2018 erfolgten, noch geht aus der Mitteilung hervor, welche konkreten Umstände jeweils vorlagen bzw. welche speziellen Vereinbarungen im Einzelnen getroffen wurden. Vor diesem Hintergrund ist in der vorliegenden Konstellation allein entscheidend, ab wann eine rechtliche Grundlage für die zwangsweise Rückführung von äthiopischen Staatsangehörigen geschaffen wurde und das war erst im Januar 2019 der Fall.

4.4.1. Mit Bezug auf die von der amtlichen Verteidigung im Zusammenhang mit dem Vorrang verwaltungsrechtlicher Massnahmen angerufene EU-Rückführungsrichtlinie (Urk. 42 S. 2 ff.) trifft es sodann zwar zu, dass eine Rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verlangt, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden. Dies war vorliegend aber einerseits nicht der Fall, wie eben dargelegt. Andererseits gilt dies – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – nicht für die Verhängung einer Geldstrafe.

4.4.2. Das Bundesgericht hat sich in BGE 143 IV 249 ausführlich und grundlegend mit der Vereinbarkeit der Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit der EU-Rückführungsrichtlinie befasst. Dabei hat es insbesondere auch festgehalten, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar ist, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Rückführung nicht.

4.4.3. Im Gegensatz zu einer Freiheitsstrafe kann eine Geldstrafe damit unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249, Regeste und E. 1.6.2 bis 1.9 S. 257 ff. mit zahlreichen Hinweisen; Urteil 6B_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 2.6.1). Diese Praxis wurde im erst am 24. April 2019 ergangenen BGE 145 IV 197 (E. 1.4.3) bestätigt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist (unten E. V.3), ist vorliegend eine Geldstrafe auszufällen. Damit steht auch die EU-Rückführungsrichtlinie vorliegend einer Bestrafung nicht entgegen.

5. Obige Erwägungen führen zum Schluss, dass in casu keine Strafbefreiungsgründe bzw. Strafverfolgungshindernisse vorliegen. Die Beschuldigte ist daher des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

V. Sanktion

1. Allgemeines

1.1. Auf das Ausländerstrafrecht sind die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches anwendbar (Art. 333 StGB). Das gilt namentlich auch für das Sanktionensystem, nach welchem Geldstrafen im Tagessatzsystem (Art. 34 StGB) ausgesprochen werden, die bedingte Bestrafung auch für Geldstrafen möglich ist (Art. 42 StGB), Freiheitsstrafen unter sechs Monaten nur ausnahmsweise zulässig sind (Art. 40 StGB), jedenfalls nicht, wenn eine bedingte Verurteilung möglich ist (OF-StGB-Kommentar, Art. 41) und eine bedingte Verurteilung zu Freiheitsstrafe oder Geldstrafe mit unbedingter Geldstrafe oder Busse verbunden werden kann (Art. 42 Abs. 4 StGB).

1.2. Die Vorinstanz hat den Strafraumen und die Strafzumessungskriterien grundsätzlich korrekt aufgezeichnet, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO). Festzuhalten ist, dass die Vorinstanz von einer relevanten Delinquenz in der Zeit vom 22. März 2018 bis 23. August 2018 ausgegangen ist und mit dem am 5. Juli 2018 ergangenen Strafbefehl (vor jenem Hintergrund zu Recht) eine Konstellation einer retrospektive Konkurrenz erkannt hatte. Allerdings hat sie die aktuelle Sanktion als Freiheitsstrafe ausgestaltet und als teilweise Zusatzstrafe zur Geldstrafe gemäss Strafbefehl vom 5. Juli 2018 ausgesprochen. Diese Verknüpfung ist mangels Gleichartigkeit der Sanktionen nicht zulässig (vgl. BGE 142 IV 265). Weiter hat sie die Freiheitsstrafe zwar asperiert, aber keine (hypothetische) Einsatzstrafe festgelegt, so dass unklar bleibt, wie das Verschulden vor und nach dem Strafbefehl gewichtet wurde (vgl. Urk. 31 S. 12 ff.). Die Strafe ist heute aber ohnehin als eigenständige Sanktion auszufallen für die Zeit ab 6. Juli 2018, mithin entfällt die Thematik einer Zusatzstrafe.

1.3. Wie bereits gesagt, handelt es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein Dauerdelikt, bei dem eine frühere Verurteilung eine Zäsur bewirkt (BGE 135 IV 6 E. 3.2 S. 9). Fehlt es an einem vom früheren losgelösten, neuen Tatentschluss und beruht die nach dem vorangegangenen Schuldspruch andauernde Verwirklichung des Dauertatbestandes mithin auf einem fortwirkenden, schon vor der ersten Verurteilung gefassten einheitlichen Tatentschluss, muss das Gericht im neuen Urteil bei der Zumessung der Strafe für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (vgl. OGer ZH SB140074 vom 14. Juli 2017).

1.4. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sieht für den rechtswidrigen Aufenthalt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

1.5. Die Beschuldigte wurde bereits mit Strafbefehlen vom 8. Juni 2016 und 5. Juli 2018 wegen rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gesprochen und mit insgesamt 300 Tagessätzen Geldstrafe sanktioniert (Urk. 32). Da sie effektiv seit ih-

rer Einreise am 10. August 2012 (Urk. 3/2 S. 1) die Schweiz nicht mehr verlassen wollte, fasste sie nach ihrer ersten und auch zweiten Verurteilung keinen neuen Tatentschluss. Gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung könnte die Beschuldigte daher heute mit maximal mit 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 60 Tagen Freiheitsstrafe bestraft werden (wie im Übrigen von der Staatsanwaltschaft beantragt [Urk. 8 S. 1 i.V.m. Urk. 11]). Allerdings wurde die Beschuldigte von der Vorinstanz mit 30 Tagen Freiheitsstrafe als – wie gesagt unzulässige – teilweise Zusatzstrafe belegt. Im Sinne des Verbots der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO kann diese Strafe heute nicht erhöht werden.

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Zur Tatkomponente in objektiver Hinsicht ist zu bemerken, dass sich die Beschuldigte in der Zeit vom 6. Juli 2018 bis 23. August 2018 und damit während lediglich rund sieben Wochen illegal hier aufhielt, was sich verschuldensmindernd auswirkt. Mit Blick auf das durch das Ausländerstrafrecht vordergründig geschützte Rechtsgut der staatlichen Hoheitsgewalt (vgl. hierzu OGer ZH SB150162 vom 29. Oktober 2015) ist zu bemerken, dass die objektive Tatschwere leicht wiegt.

In subjektiver Hinsicht fällt ins Gewicht, dass die Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Sie zeigt in der Sache eine eigentliche Verweigerungshaltung, indem sie letztlich sämtliche Aufforderungen, dem Wegweisungsentscheid nachzukommen, keine Folge leistete.

Insgesamt kann das Verschulden aber als leicht eingestuft werden. Es erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 40 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 40 Tagen Freiheitsstrafe als angemessen.

2.2. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten kann auf deren Ausführungen zu ihrer Person in der Untersuchung (Urk. 2/2 S. 1, Urk. 2/4 S. 6 f.) sowie vor der Vorinstanz (Prot. I S. 5 ff.) und die heutige Befragung (Prot. II S. 6 ff.) verwiesen werden. Die Beschuldigte ist in Äthiopien geboren und aufgewachsen. Am 10. August 2012 reiste sie in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, welches am 26. Februar 2014 abgewiesen wurde. Gleich-

zeitig wurde sie aus der Schweiz weggewiesen (Urk. 3/2). Die Beschuldigte hält sich seither illegal in der Schweiz auf. Sie erhält Nothilfe im Betrag von ca. Fr. 390.– pro Monat bei freier Logis und bezahlter Krankenkasse (Prot. II S. 8; Urk. 38/2). Aus den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten lässt sich damit nichts Relevantes für die Strafzumessung ableiten.

2.3. Die Beschuldigte weist zwei einschlägige Vorstrafen in der Schweiz auf. So wurde sie am 8. Juni 2016 und am 5. Juli 2018 wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt (Urk. 32). Diese Vorstrafen sind – mit der nachfolgenden Relativierung aufgrund der Dauerdelinquenz ohne neuen Tatentschluss – strafferhöhend zu berücksichtigen.

2.4. Die Beschuldigte hat den Anklagevorwurf in sachverhaltsmässiger Hinsicht zwar anerkannt, sie wurde aber überführt und zeigte sich weder einsichtig noch reuig.

2.5. Bei den Täterkomponenten überwiegen damit die strafferhöhenden Aspekte. Allerdings liegt für die heute zu beurteilende Delinquenz kein neuer Tatentschluss vor, weshalb mit Blick auf das Gesamtverschulden keine Erhöhung der Strafe angezeigt, sondern diese bei 40 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 40 Tagen Freiheitsstrafe zu belassen wäre.

Damit wäre auch die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen (340 Tagessätze Geldstrafe bzw. 340 Tage Freiheitsstrafe) und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschritten (vgl. BGE 135 IV 6).

Allerdings steht einer solchen Sanktion das Verschlechterungsverbot entgegen, so dass es bei 30 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 30 Tagen Freiheitsstrafe sein Bewenden hat.

2.6. Ein Tag erstandene Untersuchungshaft ist der Beschuldigten anzurechnen (Art. 51 StGB).

3. Art der Strafe

3.1. Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 40 und 41 Abs. 1 StGB). Diese Geldstrafe ist im Bereich leichter Kriminalität die Regelsanktion und geht bei Strafen bis zu sechs Monaten freiheitsentziehenden Sanktionen vor. Daran hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung festgehalten (Urteil 6B_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.6 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen). Die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivste Sanktion ist nach der gesetzlichen Konzeption ultima ratio und kann nur verhängt werden, wenn keine andere, mildere Strafe in Betracht kommt (BBI 1999 2043 f.; BGE 138 IV 120 E. 5.2; Urteil 6B_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.3.3 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

3.2. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 mit Hinweis). Das Gericht hat im Urteil die Wahl der Sanktionsart zu begründen (Art. 50 StGB; Urteile 6B_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1 und 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.2 mit Hinweis).

3.3. Eine Sanktion von 30 Tagessätzen wäre nach der dargelegten Praxis als Geldstrafe zu verhängen. Die Vorinstanz erachtete vorliegend mit Verweis auf die zwei einschlägigen Vorstrafen eine solche als nicht zweckmässig, da diese nicht geeignet gewesen seien, die Beschuldigte davon abzuhalten, weiterhin der Schweiz zu verbleiben (Urk. 31 S. 16). Die Argumentation der Vorinstanz kann nicht ganz von der Hand gewiesen werden. Allerdings spielt gemäss genannter Rechtsprechung auch hier eine Rolle, dass beim gegebenen Dauerdelikt kein neuer Tatentschluss gefällt wurde, was sich bereits bei der schuldadäquaten Hö-

he im Sinne einer Gesamtbetrachtung auswirkte. Vor diesem Hintergrund – d.h. in Ermangelung eines neuen Tatentschlusses – erscheint eine Geldstrafe in casu nicht von vorneherein ausgeschlossen. Für die Frage, ob sie ihre Wirkung gebührend zeitigen kann, ist nachfolgend noch eine Vollstreckungsprognose zu stellen.

3.4. Nach Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB können im Bereich von Geldstrafen auch Freiheitsstrafen ausgefällt werden, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass eine Geldstrafe vollzogen werden kann. Die Vollstreckungsprognose ist nicht nur für die Strafart von Bedeutung, sondern auch für die Frage der Vereinbarkeit einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie, da sie – wie gesagt – das Verfahren der Entfernung nicht erschweren darf (BGE 145 IV 197, E. 1.4.3.).

Die Beschuldigte ist Nothilfe-Bezügerin (vgl. oben). Die amtliche Verteidigung wies bereits vor Vorinstanz darauf hin, dass die Beschuldigte ihre bestehende Geldstrafe korrekt mit monatlichen Raten von Fr. 80.– abbezahle (Urk. 23 S. 6). Dies wurde mit einem Schreiben der Zentralen Inkassostelle der Gerichte (wenn auch nur mit der 1. Seite) belegt (Urk. 24). Dass die Beschuldigte sich nach wie vor um die Abzahlung der Geldstrafe bemüht, bestätigte sie auch heute vor der Berufungskammer (Prot. II S. 9 f.). Demnach ist zu konstatieren, dass die Beschuldigte ihre Strafe im Rahmen des Möglichen leistet, was auch für das vorliegende Verfahren auf eine günstige Vollstreckungsprognose schliessen lässt, sofern man den finanziellen Verhältnissen der Beschuldigten auch angemessen Rechnung trägt (vgl. nachfolgend). In der Gesamtbetrachtung erweist sich die Verhängung einer Geldstrafe damit gerade noch als legitim.

3.5.1. Der Tagessatz beträgt in der Regel mindestens 30 und höchstens Fr. 3'000.–. Ausnahmsweise, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten, kann der Tagessatz bis auf Fr. 10.– gesenkt werden (Art. 34 Abs. 2 StGB).

3.5.2. Die Situation einer einkommens- und vermögenslosen Nothilfebezügerin, wie es die Beschuldigte ist, stellt eine entsprechende Ausnahme dar. Der Tagessatz ist demnach auf Fr. 10.– festzulegen.

3.5.3. Bei dieser Ausgangslage liegen somit auch keine Gründe vor, welche die Annahme einer unzulässigen Verzögerung des Verfahrens der Wegweisung im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie durch die ausgesprochene Geldstrafe rechtfertigen würden (BGE 145 IV 197, E. 1.4.3.).

3.6. Was den heute von der Verteidigung vorgebrachten Antrag anbelangt, die Beschuldigte mit gemeinnütziger Arbeit zu bestrafen (Urk. 42 S. 1 und 10), so ist darauf hinzuweisen, dass diese seit dem 1. Januar 2018 keine Sanktionsart, sondern eine Vollzugsform (vgl. Art. 79a StGB) darstellt, weshalb sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.

3.7. Die Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu belegen.

4. Vollzug

4.1. Art. 42 StGB ("bedingte Strafen") regelt die Gewährung des bedingten Strafvollzuges: Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von 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).

4.2. Die Beschuldigte hat mit ihrem bisherigen Gebaren und ihren Aussagen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie ungeachtet von notwendigen Bewilligungen nicht gewillt ist, die Schweiz zu verlassen. Das lässt – trotz gegebener Vollstreckungsprognose – keine günstige Legalprognose vermuten. Die Geldstrafe ist daher zu vollziehen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Nachdem die Verteidigung die erstinstanzliche Kostenfestsetzung nicht substantiiert beanstandet und sie sich ohnehin als gerechtfertigt erweist, ist diese zu bestätigen.

2.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2.2. Die Beschuldigte scheitert im Schuld- und im Strafpunkt mit ihrem Hauptantrag, kommt aber mit ihrem Eventualantrag mehrheitlich durch (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft hatte nur die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 36). Bei diesem Verfahrensausgang wären die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, im Ergebnis zu drei Vierteln der Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten sowie unter Berücksichtigung der zusätzlichen Belastung durch die bevorstehende Abzahlung der heute auszufällenden unbedingten Geldstrafe erweist es sich als gerechtfertigt, die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich und definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 31. Januar 2019 bezüglich Dispositivziffern 4 (Verwarnung), 6 (Kostenaufgabe) und 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.00, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.

3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.00. Die weiteren Kosten betragen Fr. 3'400.00 (inkl. MwSt) für die amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (vorab per E-Mail)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
 - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bernund 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 KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.
8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 24. September 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Wenker

lic. iur. Karabayir