

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190477-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Oberrichterinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Samokec

Urteil vom 30. April 2020

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Wicky,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____, alias: **A'._____**,
Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X._____

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

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, Strafsachen, vom 22. Januar 2018 (GB170020); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. September 2018 (SB180205); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 27. September 2019 (6B_1127/2018)

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 31. Mai 2017 (Urk. 6) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 32)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ (alias A'. _____, geboren am tt. Mai 1994) ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je Fr. 10.– (entspricht Fr. 1'200.–), wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– (entspricht Fr. 2'700.–), wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit von 2 Jahren um 1 Jahr verlängert.
5. Die Entschädigung von Rechtsanwalt MLaw X. _____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten wird auf Fr. 2'734.80 festgesetzt, nämlich Fr. 1'100.– für den Aufwand und die Auslagen 2017, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 88.–), und für Fr. 1'436.20 für den Aufwand und die Auslagen 2018, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (Fr. 110.60).
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

| | | |
|-----|-----------------|--------------------------------------|
| Fr. | 1'200.-; | die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 800.- | Gebühr für das Vorverfahren |
| Fr. | <u>2'734.80</u> | Kosten für die amtliche Verteidigung |
| Fr. | <u>4'734.80</u> | Total |

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel auf Fr. 800.-.

7. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge im ersten Berufungsverfahren:

a) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 33 S. 2 und Urk. 45 S. 1; sinngemäss)

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A'._____) sei in Abänderung der Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu bestrafen.
2. Diese Freiheitsstrafe sei in grundsätzlicher Bestätigung von Ziffer 3 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 zu vollziehen.
3. Dem Beschuldigten seien in Bestätigung von Ziffer 7 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 die Kosten des Vorverfahrens und der gerichtlichen Verfahren aufzuerlegen, die Kosten der amtlichen Verteidigung seien jedoch auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

b) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 35 S. 1 und 47 S. 1; sinngemäss)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen.
2. Ziffer 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 sei aufzuheben.
3. Der Vollzug der gegen den Beschuldigten ausgesprochenen Geldstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Beschluss und Urteil des Obergerichtes
des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. September 2018:
(Urk. 51 S. 18 f.)

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A'._____, geb. tt. Mai 1994) wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
3. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird verzichtet. Die darin angesetzte Probezeit wird stattdessen um ein Jahr verlängert.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 3'300.– amtliche Verteidigung.

5. 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.

Urteil des Bundesgerichtes vom 27. September 2019 (6B 1127/2018):

(Urk. 62)

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. September 2018 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kanton Zürich hat Rechtsanwalt X. _____ für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

Berufungsanträge im zweiten Berufungsverfahren:

- a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 67 S. 2)

- "1. Ziffer 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 sei aufzuheben.
2. Der Vollzug der gegen den Beschuldigten ausgesprochenen Geldstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 69 S. 1 f.)

1. Der beschuldigte A. _____ sei mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 10.00, total CHF 1'200.00, zu bestrafen.
 2. Die Geldstrafe sei zu vollziehen, unter Anrechnung eines Tagessatzes zufolge erstandener Haft.
 3. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je CHF 30.00 sei zu verzichten. Stattdessen sei die darin angesetzte Probezeit von zwei Jahren um ein Jahr zu verlängern.
-

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Erstes Berufungsverfahren und Urteil des Bundesgerichtes

1.1. Gegen das eingangs erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 (Urk. 32), welches den Parteien am 25. Januar 2018 schriftlich im Dispositiv eröffnet wurde (vgl. Urk. 26/1-2), meldeten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschuldigte mit Eingaben vom 30. Januar 2018 bzw. 2. Februar 2018 fristgerecht Berufung an (vgl. Urk. 28 und 29).

1.2. Nach der Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Parteien am 9. Mai 2018 (Urk. 31/1-2) reichten diese jeweils fristgerecht ihre Berufungserklärungen ein (Urk. 33 und 35). Mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2018 (Urk. 36) wurden die Berufungserklärungen der jeweils anderen Partei zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder ein begründetes Nichteintretensgesuch zu stellen. Mit Eingabe vom 6. Juni 2018 erklärte die Staatsanwaltschaft, auf die Erhebung einer Anschlussberufung zu verzichten und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils in den vom Beschuldigten

angefochtenen Punkten (Urk. 38). Der Beschuldigte erklärte mit Eingabe vom 25. Juni 2018 den Verzicht auf Anschlussberufung (Urk. 39).

1.3. Mit Vorladung vom 6. Juli 2018 wurde die Berufungsverhandlung auf den 14. September 2018 festgesetzt (Urk. 41), zu welcher Staatsanwalt lic. iur. Andreas Wicky für die Staatsanwaltschaft sowie der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt MLaw X._____ erschienen (Prot. II S. 3).

1.4. Nach der Durchführung der Berufungsverhandlung erging gleichentags das erste Berufungsurteil (Urk. 51), in welchem vorab mit Beschluss festgestellt wurde, dass das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich des Schuldspruchs, der Entschädigung der amtlichen Verteidigung und des Kostendispositivs in Rechtskraft erwachsen sei (Urk. 51 S. 18). Im Erkenntnis bestrafte die erkennende Kammer den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten. Auf einen Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe wurde verzichtet und stattdessen die entsprechende Probezeit um 1 Jahr verlängert. Schliesslich wurden die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten auferlegt, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten hinsichtlich der Verteidigungskosten vorbehalten wurde (Urk. 51 S. 19).

1.5. Am 7. November 2018 liess der Beschuldigte gegen dieses Urteil Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht erheben (Urk. 57/2). Dieses hiess die Beschwerde des Beschuldigten mit Urteil 6B_1127/2018 vom 27. September 2019 gut, hob das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. September 2018 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die erkennende Kammer zurück (Urk. 61 = 62).

2. Zweites Berufungsverfahren

2.1. Nachdem sich die Parteien mit der schriftlichen Durchführung des zweiten Berufungsverfahrens einverstanden erklärten (Urk. 64/1-2), wurde dieses mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2019 angeordnet und dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um schriftlich im Doppel ihre Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 65). Die fristgerecht eingereichten Berufungsbegründungen des Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft wurden je der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 70/1-2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, Strafsachen, vom 22. Januar 2018 betreffend die Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) unangefochten blieb (Urk. 67 und Urk. 69), ist mit Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Gelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte. Die anderen Teile des Urteils haben Bestand und sind in das neue Urteil zu übernehmen. Irrelevant ist, dass das Bundesgericht mit seiner Rückweisungsentscheid formell in der Regel das ganze angefochtene Urteil aufhebt. Entscheidend ist nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichtes 6B_765/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies not-

wendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichtes Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichtes 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 3.2.1).

Die Verteidigung rügte das erste Berufungsurteil mit ihrer Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht hinsichtlich der ausgesprochenen Strafart sowie in Bezug auf die Nichtgewährung des bedingten Vollzugs (Urk. 57/2 S. 2). Im Übrigen wurde das erste Berufungsurteil nicht beanstandet. Die Erwägungen aus jenem Urteil, insbesondere zur Strafhöhe, sind daher in dieses zweite Berufungsurteil zu übernehmen.

III. Sanktion und Vollzug

1. Erstes Berufungsverfahren und Urteil des Bundesgerichtes

1.1. In Würdigung der massgeblichen Strafzumessungsgründe erachtete die erkennende Kammer im ersten Berufungsverfahren die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten als seinem Verschulden angemessen (Urk. 51 S. 10).

1.2. In Bezug auf die Sanktionsart wurden sodann die Voraussetzungen für eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 41 aStGB als gegeben erachtet. So habe sich der Beschuldigte trotz des abschlägigen Asylentscheids des Bundesamtes für Migration vom 7. November 2014 und der gleichzeitigen Wegweisung des Beschuldigten per 5. Januar 2015 weiterhin in der Schweiz aufgehalten habe, ohne seiner Ausreisepflicht in irgendeiner Weise nachzukommen. Weder die Verurteilung des Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 noch diejenige mit Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 zu Fr. 10.–, welche den Anlass für das erste Berufungsverfahren gegeben habe – hätten etwas am renitenten Verhalten des Beschuldigten und dessen Unwillen, die Schweiz zu verlassen, zu ändern vermocht. So habe der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung vom 14. September 2018 eingeräumt, keinerlei Ausreisebemühungen

unternommen zu haben, insbesondere keine Reisepapiere beschafft zu haben, obwohl es ihm gemäss eigenen Angaben gleichzeitig möglich gewesen sei, über Bekannte in Äthiopien eine Geburtsurkunde im Original erhältlich zu machen, um nunmehr in einem zweiten von ihm anhängig gemachten Asylverfahren seine Identität belegen zu können. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen gelangte die erkennende Kammer zum Schluss, dass der Beschuldigte, ungeachtet jedweder behördlicher Anordnung, die Schweiz nicht verlassen und in seine Heimat zurückkehren würde, zumal er auch keinerlei Reue oder Einsicht in sein Fehlverhalten gezeigt habe. Unter weiterer Berücksichtigung der einschlägigen Vorstrafen und der erneuten Delinquenz des Beschuldigten während der Probezeit, ging die erkennende Kammer daher von einer ungünstigen Legalprognose aus (Urk. 51 S. 10 ff.). Sodann wurde die Wahrscheinlichkeit, dass eine Geldstrafe aufgrund des Status des Beschuldigten als Asylsuchender und der damit verbundenen bescheidenen finanziellen Verhältnisse nicht vollstreckt werden könnte, als hoch erachtet. Ungeachtet der Möglichkeit, dass eine Geldstrafe vollstreckbar wäre, sah es die erkennende Kammer als angezeigt, aufgrund der fehlenden präventiven Effizienz einer erneuten Geldstrafe stattdessen eine Freiheitsstrafe auszusprechen (Urk. 51 S. 15 f.).

1.3. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen bestrafte die erkennende Kammer den Beschuldigten wegen rechtswidrigem Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 AuG mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten (Urk. 51 S. 16 f.). Dagegen verzichtete sie in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr.30.– und verlängerte stattdessen die zweijährige Probezeit um ein weiteres Jahr (Urk. 51 S. 17).

1.4. Das Bundesgericht erwog in seinem Urteil 6B_1127/2018 vom 27. September 2019 zusammengefasst, dass sich der Beschuldigte im Zeitpunkt des ersten Berufungsurteils aufgrund des von ihm am 26. Juni 2017 erneut anhängig gemachten Asylverfahrens legal in der Schweiz aufgehalten habe. Daraus, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt des ersten Berufungsurteils nicht bereit gewesen

sei, die Schweiz zu verlassen, ergebe sich daher noch keine Schlechtprognose, zumal der Beschuldigte während dieser Zeit auch nicht im Sinne von Art. 115 Abs. 1 AIG habe rückfällig werden können. Eine Gefahr dafür, dass sich der Beschuldigte erneut nach Art. 115 Abs. 1 AIG wegen rechtswidrigen Aufenthalts strafbar mache, bestünde nur für den Fall, dass das hängige Asylgesuch abgewiesen werde und ein erneuter Wegweisungsentscheid ergehe. Abgesehen von der Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts habe der Beschuldigte keine anderen Vorstrafen, weshalb auch keine Rückfallgefahr für andere Straftaten bestehe (Urk. 62 S. 6 f. E.1.5). Allerdings könne sich der Beschuldigte bloss auf ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für die Zeit des laufenden Asylverfahrens berufen. Selbst wenn aber das zweite Asylgesuch des Beschuldigten vom 26. Juni 2017 ebenfalls abgewiesen werden sollte bzw. zwischenzeitlich abgewiesen worden wäre, rechtfertige es sich nicht, gegenüber dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe zu verhängen, da die EU-Rückführungsrichtlinie für diesen Fall dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen einräume. Dem Berufungsurteil vom 14. September 2018 könne nicht entnommen werden, dass gegenüber dem Beschuldigten in der Zeit nach der Abweisung seines ersten Asylgesuchs bis zu seinem zweiten Asylgesuch vom 26. Juni 2017 irgendwelche Entfernungsmassnahmen ergriffen worden seien, weshalb die vom Berufungsgericht ausgesprochene unbedingte Freiheitsstrafe gegen Bundesrecht verstosse. Hinzu komme, dass sich der Beschuldigte aufgrund seines zweiten Asylgesuchs seit Juni 2017 erneut längere Zeit legal in der Schweiz aufgehalten habe. Im Falle einer Abweisung des zweiten Asylgesuchs müssten daher grundsätzlich auch die neu zu ergreifenden Administrativmassnahmen zwecks Rückführung des Beschuldigten einer Freiheitsstrafe im vorliegenden Strafverfahren vorgehen. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass sich Äthiopien im Jahre 2018 gegenüber der Schweiz neu dazu verpflichtet habe, eigene Staatsangehörige ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz zurückzunehmen. Den Administrativbehörden würden damit seit dem Jahre 2018 neue Möglichkeiten offen stehen, um die Rückkehr nach Äthiopien gegen den Willen des Betroffenen zu erzwingen. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen hiess das Bundesgericht die Beschwerde des Beschuldigten gut, hob das Berufungsurteil vom 14. September 2018 auf und

wies die Sache zur neuen Entscheidung an die erkennende Kammer zurück (Urk. 61 S. 6 ff.). Dementsprechend ist die Strafzumessung im Lichte dieser bundesgerichtlichen Erwägungen erneut vorzunehmen, wobei als Sanktionsart nur noch eine Geldstrafe in Frage kommt, zumal auch die Staatsanwaltschaft im zweiten Berufungsverfahren nicht mehr die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe beantragt hat (Urk. 69 S. 1).

2. Strafe

2.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (Urk. 32 S. 22).

2.1.1. Nachdem die Staatsanwaltschaft im ersten Berufungsverfahren noch die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten verlangte (Urk. 45 S. 1), beantragt sie im zweiten Berufungsverfahren die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, unter Anrechnung eines Tagessatzes zufolge in diesem Umfang erstandener Untersuchungshaft (Urk. 69 S. 1 f.). Zur Begründung ihrer Anträge führt die Staatsanwaltschaft an, dass angesichts der bundesgerichtlichen Erwägungen im Urteil 6B_1127/2019 vom 27. September 2019, wonach das Ausfällen einer kurzen Freiheitsstrafe von 4 Monaten als nicht rechtskonform erklärt worden sei, stattdessen eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen auszusprechen sei, wobei die Tagessatzhöhe auf Fr. 10.– festzusetzen sei. Zuzufolge der Renitenz und der Uneinsichtigkeit des Beschuldigten liege sodann eine ungünstige Legalprognose vor, weshalb die Geldstrafe zu vollziehen sei (Urk. 69 S. 2 f.).

2.1.2. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich, wie bereits im ersten Berufungsverfahren, einzig gegen den unbedingten Vollzug der von der Vorinstanz ausgefallten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (Urk. 67 S. 2).

2.2. Aus den vorgenannten Berufungsanträgen erhellt, dass die Höhe der von der Vorinstanz ausgesprochenen Geldstrafe von 120 Tagessätzen, wie auch die Tagessatzhöhe von Fr. 10.– unbestritten geblieben sind und nur noch die Fra-

ge nach der Vollzug der Geldstrafe Thema des vorliegenden sowie des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet.

3. Vollzug

3.1. Die Vorinstanz ordnete in ihrem Urteil vom 22. Januar 2018 den Vollzug der Geldstrafe an (Urk. 32 S. 22). Zur Begründung erwog sie zusammengefasst, dass sich der Beschuldigte in Kenntnis des in Rechtskraft erwachsenen Wegweisungsentscheids und der damit verbundenen Verpflichtung, die Schweiz bis zum 5. Januar 2015 verlassen zu müssen, bewusst dafür entschieden habe, nicht aus der Schweiz auszureisen. Der Beschuldigte habe sich seit dem 6. Januar 2015 bis zum Erlass des fraglichen Strafbefehls vom 31. Mai 2017, also während fast eineinhalb Jahren, illegal in der Schweiz aufgehalten, ohne irgendwelche Bemühungen angestellt zu haben, um Reisepapiere für seine Ausreise zu beschaffen. Zudem habe der Beschuldigte ausdrücklich angegeben, nicht gewillt zu sein, in sein Heimatland zurückzukehren. An dieser Einstellung des Beschuldigten habe auch eine Verurteilung mit Strafbefehl vom 6. Juni 2016 wegen rechtswidrigen Aufenthalts nichts zu ändern vermocht. Zwar halte sich der Beschuldigte angesichts seines am 26. Juni 2017 gestellten zweiten Asylgesuchs wieder legal in der Schweiz auf, was gewissermassen das Stellen einer negativen Legalbewährungsprognose verhindere. Dies sei nach Ansicht der Vorinstanz jedoch stossend, habe sich der Beschuldigte doch des rechtswidrigen Aufenthalts für einen Zeitraum vor dem Stellen des zweiten Asylgesuchs schuldig gemacht und hätte er die Schweiz bis zu diesem Zeitpunkt doch eigentlich schon längst verlassen müssen. Dem Beschuldigten könne in dieser Hinsicht durchaus vorgeworfen werden, nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt Vorkehrungen getroffen zu haben, um ein zweites Asylgesuch zu stellen. So erscheine es, als ob er erst nach dem Erlass des Strafbefehls vom 31. Mai 2017 einen Grund dafür gefunden habe, um ein zweites Asylverfahren anhängig zu machen. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Uneinsichtigkeit und völlige Indifferenz des Beschuldigten gegenüber der ihm auferlegten behördlichen Verpflichtungen bedenklich anmute und beim Verhalten des Beschuldigten durchaus von einer erheblichen Missachtung des Gesetzes gesprochen werden

könne, weshalb es sich rechtfertige, trotz an sich günstiger Legalprognose, eine unbedingte Geldstrafe gegen den Beschuldigten auszusprechen (Urk. 32 S. 19 f.).

3.2. Die Staatsanwaltschaft beantragt unter Hinweis auf die Erwägungen der Vorinstanz (Erw. IV.5.1 ff.) die Bestätigung des vorinstanzlich angeordneten Vollzugs der Geldstrafe (Urk. 69 S. 3).

3.3. Die Verteidigung macht im Zusammenhang mit der Frage des Vollzugs der Geldstrafe geltend, dass bereits aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen im Urteil vom 22. Januar 2018 zweifellos von einer günstigen Legalprognose auszugehen sei. Zudem komme auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 27. September 2019 zum Schluss, dass die Gefahr, dass sich der Beschuldigte erneut wegen rechtswidrigen Aufenthaltes strafbar mache, nur für den Fall bestehe, dass das hängige Asylgesuch abgewiesen und ein erneuter Wegweisungsentscheid ergehe. Abgesehen von der Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthaltes weise der Beschuldigte keine Vorstrafen auf. Eine Rückfallgefahr für andere Straftaten bestehe folglich nicht. Da das Asylgesuch des Beschuldigten noch nicht rechtskräftig abgewiesen worden sei, halte er sich nach wie vor legal in der Schweiz auf, weshalb ihm bis auf weiteres eine positive Legalprognose gestellt werden müsse. Von einer ungünstigen Prognose, welche das Abweichen vom Strafaufschub voraussetze, könne jedenfalls nicht ausgegangen werden (Urk. 67 S. 3).

3.4. 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 aStGB). Im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 aStGB genügt für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Das Gericht hat eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 135 IV 180 E. 2.1; 134 IV 97 E. 7.3; 134 IV 1 E. 4.2.1.).

3.4.1. Mit Entscheid des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 7. November 2014 wurde das vom Beschuldigten am 18. September 2012 gestellte Asylgesuch abgewiesen und die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz per 5. Januar 2015 verfügt (Urk. 20/1). Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19. Januar 2015 abgewiesen, womit der Entscheid vom 7. November 2014 in Rechtskraft erwuchs (Urk. 20/2). Nichtsdestotrotz hielt sich der Beschuldigte weiterhin in der Schweiz auf, ohne seiner Ausreisepflicht nachzukommen oder Vorkehrungen zur Vorbereitung seiner Ausreise zu treffen. Dies führte schliesslich dazu, dass er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 wegen rechtswidrigen Aufenthaltes zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, verurteilt wurde (Urk. 43). Auch dieser Strafbefehl vermochte indessen nichts am Verhalten des Beschuldigten zu ändern, welcher sich weiterhin in der Schweiz aufhielt. So wurde ein knappes Jahr nach dem Ergehen des ersten Strafbefehls wiederum ein Strafbefehlsverfahren gegen den Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthaltes eröffnet, welches schliesslich zu einer Verurteilung durch das Bezirksgericht Dielsdorf wegen rechtswidrigen Aufenthaltes (Urk. 32) und zum vorliegenden Berufungsverfahren führte. Der Beschuldigte stellte während des gesamten vorliegenden Strafverfahrens denn auch nie in Abrede, sich in Kenntnis seiner Ausreisepflicht und der Illegalität seines Handelns weiterhin in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 2 S. 3; Urk. 22 S. 9 f.; Urk. 50 S. 9). Zudem räumte er auch ein, seit dem Ergehen des Wegweisungsentscheids keinerlei Ausreisebemühungen unternommen und insbesondere auch nicht versucht zu haben, gültige Reisepapiere zu beschaffen (Urk. 2 S. 3 f.; Urk. 3 S. 2; Urk. 50 S. 12). Gleichzeitig war es ihm aber offenkundig ohne Weiteres möglich, über hiesige Freunde sowie Bekannte in Äthiopien seine Geburtsurkunde im Original sowie drei Schulzeugnisse erhältlich zu machen (Urk. 22 S. 2; Urk. 50 S. 11 ff.), um damit im zweiten von ihm anhängig gemachten Asylverfahren seine wahre Identität belegen zu können (Urk. 24/1 S. 3), nachdem er sein erstes Asylgesuch gemäss eigenen Angaben noch unter falscher Identität gestellt hatte (vgl. Urk. 22 S. 1 ff.; Urk. 50 S. 7 f.). Als Grund für seine fehlenden Ausreisebemühungen gab der Beschuldigte an, dass

er nicht in seine Heimat zurückkehren wolle, weil er dort Probleme habe bzw. dort so viel Leid erlebt habe (Urk. 2 S. 3; Urk. 3 S. 2; Urk. 50 S. 12). Er habe zwar gewusst, dass er die Schweiz verlassen müsse, habe aber stets die Hoffnung gehabt, doch noch hier verbleiben zu können und eine Chance zu erhalten. Er hoffe nach wie vor auf einen positiven Asylentscheid. Wenn dieser jedoch negativ ausfallen sollte, wisse er nicht, was er tun werde (Urk. 22 S. 9; Urk. 50 S. 12 f.).

3.4.3. Dass sich der Beschuldigte trotz rechtskräftiger Wegweisungsverfügung vom 7. November 2014 und der damit verbundenen Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz bis zum 5. Januar 2015 auch heute noch in der Schweiz aufhält, lässt auf eine beispiellose Gleichgültigkeit gegenüber behördlichen Anordnungen schliessen. Gleiches erhellt auch aus den Aussagen des Beschuldigten, welche klar zum Ausdruck bringen, dass dieser, ungeachtet jedweder behördlichen Anordnung, unter keinen Umständen dazu gewillt ist, aus der Schweiz auszureisen und in seine Heimat zurückzukehren. Aufgrund des Verhaltens und der Aussagen des Beschuldigten entsteht zudem der Eindruck, dass dieser bewusst auf Zeit spielt und seine Wegweisung so lange auszusetzen versucht, bis sich die Situation durch irgendeinen Zufall zu seinen Gunsten wendet und er doch noch in der Schweiz verbleiben kann, obwohl er diese aufgrund des rechtskräftigen Wegweisungsentscheids vom 7. November 2014 eigentlich schon vor über 5 Jahren hätte verlassen müssen. Weiter ist der Auffassung der Vorinstanz zu folgen, wonach der Zeitpunkt des Anhängigmachens des zweiten Asylverfahrens Fragen aufwerfe (Urk. 32 S. 20). So verweilte der Beschuldigte nach dem Ergehen des Wegweisungsentscheids vom 7. November 2014 in der Schweiz, ohne dass er sich in irgendeiner Weise um die Organisation seiner Ausreise gekümmert oder durch das Stellen eines erneuten Asylgesuchs die Migrationsbehörden zu einer Neubeurteilung seiner Situation bewegt hätte. Erst als am 31. Mai 2017 ein zweiter Strafbefehl wegen rechtswidrigen Aufenthalts erlassen wurde, sah sich der Beschuldigte plötzlich dazu veranlasst, am 26. Juni 2017, mithin einen knappen Monat später, ein zweites Asylverfahren anhängig zu machen, wobei er sein erneutes Asylgesuch unter einer neuen Identität stellte, welche er zudem mit zwischenzeitlich aus Äthiopien besorgten Originalen seiner Geburtsurkunde sowie dreier Schulzeugnisse belegen konnte. Angesichts dieser Umstände sprach die

Vorinstanz zurecht von einem Verhalten des Beschuldigten, welches eine erhebliche Missachtung des Gesetzes zum Ausdruck bringe (Urk. 32 S. 20).

3.4.4. In Nachachtung der Bindungswirkung des Bundesgerichtsentscheids in vorliegender Sache ist indessen davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheid angesichts seines erneuten Asylgesuchs vom 26. Juni 2017 legal in der Schweiz aufhielt und dass sich aus dem Umstand, dass er nicht gewillt war, die Schweiz zu verlassen, noch keine Schlechtprognose ergebe. Ausserdem bestehe ebenfalls keine Rückfallgefahr für andere Straftaten, da der Beschuldigte abgesehen von der Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts keine Vorstrafen aufweise (Urk. 62 S. 6 E. 1.5). Selbst bei einer allfälligen Abweisung des Asylgesuches vom 26. Juni 2017 rechtfertige sich keine Freiheitsstrafe, da die EU-Rückführungsrichtlinie für diesen Fall dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang einräume und selbst dann gingen die neu zu ergreifenden Administrativmassnahmen zwecks Rückführung des Beschuldigten einer Freiheitsstrafe vor (Urk. 65 S. 7). Es bleibt daher festzuhalten, dass zwar erhebliche Bedenken an einer Legalbewährung des Beschuldigten fortbestehen, die sich aber noch nicht zu einer für die Verweigerung des bedingten Vollzugs erforderlichen ungünstigen Prognose verdichtet haben. Die 120 Tagessätze Geldstrafe zu Fr. 10.– sind demnach zur Bewährung auszufällen, unter Gewährung der gesetzlich vorgesehenen Mindestdauer von 2 Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) sowie unter Anrechnung von 1 Tag erstandener Untersuchungshaft.

IV. Widerruf

Die Vorinstanz verzichtete auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– und verlängerte stattdessen die zweijährige Probezeit um ein weiteres Jahr (Urk. 32 S. 23). Diese vorinstanzliche Regelung des Widerrufs wurde von keiner der Parteien beanstandet (vgl. Urk. 67 S. 2; Urk. 69 S. 2), weshalb sie zu bestätigen ist, zumal auch davon ausgegangen wer-

den kann, dass der Vollzug der Geldstrafe den Beschuldigten von weiterer Delinquenz abhalten wird (Art. 46 Abs. 2 aStGB).

V. Kostenfolgen

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

1.1. Die Verfahrenskosten des ersten Berufungsverfahrens (SB180205), welches zum vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil vom 14. September 2018 führte, sind vollumfänglich und definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

1.2. Im zweiten Berufungsverfahren obsiegt der Beschuldigte vollumfänglich. Dementsprechend sind die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Die amtliche Verteidigung ist für ihre Aufwendungen im zweiten Berufungsverfahren gemäss ihrer Honorarnote mit Fr. 1'187.– (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 68).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A'._____, geb. tt. Mai 1994) wird bestraft mit 120 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 10.–, wovon 1 Tages-satz als durch Untersuchungshaft geleistet gilt.
2. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird verzichtet. Die darin angesetzte Probezeit wird stattdessen um ein Jahr verlängert.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'300.– amtliche Verteidigung SB180205 (bereits bezahlt)
Fr. 1'187.– amtliche Verteidigung zweites Berufungsverfahren
5. Die Kosten beider Berufungsverfahren, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Schriftliche Mitteilung in begründeter Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland;
 - das Staatssekretariat 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 und B;
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles;
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat in die Akten Nr. 2016/10018912.

7. 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, 30. April 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Samokec

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.