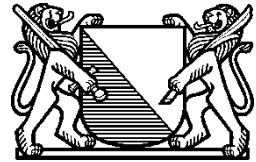


Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190586-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Wenker,
Ersatzoberrichter lic. iur. Castrovilli sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw Baechler

Urteil vom 5. März 2021

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
vertreten durch Staatsanwalt Dr. Fischbacher,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____,
substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____,

betreffend **Vergehen gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 4. Dezember 2019 (GB190013)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 13. März 2019 (Urk. 9) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AIG und des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht schuldig und wird von diesen Vorwürfen freigesprochen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:

Fr.	800.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	7'325.60	Honorar der amtlichen Verteidigung (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen)
Fr.	8'125.60	Total
3. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Antrag des Beschuldigten auf Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 300.–, zuzüglich Zins seit 12. März 2019, aus der Staatskasse wird abgewiesen.

Berufungsanträge:

- a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 92 S. 1)
 1. Der Beschuldigte sei des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen.
 2. Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je CHF 10.00 (insgesamt CHF 600.00) zu bestrafen (eventualiter einer

Freiheitsstrafe von 60 Tagen), unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft.

3. Die Geldstrafe (eventualiter Freiheitsstrafe) sei zu vollziehen, eventualiter sei eine Probezeit von 5 Jahren auszufallen.
 4. Die Kosten des Vorverfahrens und des vorinstanzlichen Verfahrens seien der beschuldigten Person (zumindest anteilmässig) aufzuerlegen.
 5. In den übrigen Punkten sei festzustellen, dass das Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen Winterthur vom 4. Dezember 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
 6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der beschuldigten Person.
- b) Der amtlichen Verteidigung:
(Urk. 93 S. 2)
1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, vom 4. Dezember 2019 (GB190013-K/Ubegr/Is), sei zu bestätigen.
 2. Eventualiter sei das Strafverfahren gegen Herrn A. _____ betreffend rechtswidrigen Aufenthalt einzustellen.
 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Verfahrensengang

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 4. Dezember 2019 meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 13. Dezember 2019 (Eingang Vorinstanz: 16. Dezember 2019) rechtzeitig Berufung an (Urk. 53; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 6. Dezember 2019 reichte die Staatsanwaltschaft am 17. Dezember 2019 (Datum des Poststempels) fristgerecht die Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 52; Urk. 57). Die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt sich auf den Freispruch betreffend vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts und damit zusammenhängend die fehlende Ausfällung einer Sanktion sowie die Kostenfolgen. In der Berufungserklärung beantragte sie einen Schuldspruch wegen vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit b AIG, die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.—, unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft, eventualiter die Gewährung des bedingten Vollzugs unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren, sowie eine anteilmässige Auflage der Kosten des Vorverfahrens sowie des vorinstanzlichen Verfahrens (Urk. 57). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte sie zudem eventualiter die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen (Urk. 92 S. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 7. Januar 2020 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt und Frist für Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt. Dieselbe Frist wurde dem Beschuldigten angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und Unterlagen zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (Urk. 60). Mit Eingabe vom 29. Januar 2020 teilte die amtliche Verteidigung mit, der Beschuldigte sei am 14. August 2019 nach B._____ [Ortschaft]/Libanon ausgeschafft worden, wo er sich seither befinde. Er sei arbeitslos und seine wirtschaftliche Situation desolat, sodass es ihm nicht möglich sei, Unterlagen zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (Urk. 63).

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Von der Staatsanwaltschaft wurden die Dispositivziffern 1, teilweise (Freispruch vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts), 2 und 3 (Kostenfolgen) des vorinstanzlichen Urteils angefochten. Nicht angefochten ist das vorinstanzliche Urteil somit hinsichtlich des Freispruchs vom Vorwurf der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise und der Abweisung der Genugtuung. Es ist daher vorab festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositivziffern 1, teilweise (Freispruch vom Vorwurf der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise) und 4 (Abweisung Genugtuung) in Rechtskraft erwachsen ist.

Am 15. April 2020 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 9. Juni 2020 vorgeladen (Urk. 64). Mit Eingabe vom 27. April 2020 ersuchte die amtliche Verteidigung um Einholung der Bewilligung der Einreise des Beschuldigten beim Staatssekretariat für Migration (nachfolgend: SEM), da der Beschuldigte gemäss Art. 336 Abs. 1 StPO persönlich an der Berufungsverhandlung zu erscheinen habe, sowie um Zusicherung des freien Geleits im Sinne von Art. 204 StPO (Urk. 66). Am 11. Mai 2020 wurde den Parteien die Ladung für die Berufungsverhandlung vom 9. Juni 2020 abgenommen (Urk. 68) und der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 13. Mai 2020 Frist angesetzt, um zum Gesuch des Beschuldigten um Gewährung des freien Geleits Stellung zu nehmen (Urk. 69). Innert Frist teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass keine Einwände gegen die Gewährung des freien Geleits erhoben würden (Urk. 71). Mit Schreiben vom 26. Mai 2020 wurde der amtlichen Verteidigung mitgeteilt, dass die Zusicherung des freien Geleits keinen Einfluss auf eine allfällige Strafbarkeit infolge Missachtung des bestehenden Einreiseverbotes habe, um an der noch anzuberaumenden Berufungsverhandlung teilnehmen zu können. Weiter wurde ihr mitgeteilt, dass über die Suspension der Einreisesperre das SEM zu entscheiden habe (Urk. 72). Mit Schreiben vom 5. Juni und 17. Juli 2020 reichte die amtliche Verteidigung die Korrespondenz mit dem SEM ein (Urk. 73; Urk. 74).

Mit Schreiben vom 6. August 2020 ersuchte Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ unter Einreichung einer Substitutionsvollmacht um Bewilligung der Substitution der

amtlichen Verteidigung durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____, was bewilligt wurde (Urk. 75-77).

Am 1. September 2020 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 5. März 2021 vorgeladen (Urk. 78). Mit Eingabe vom 8. Februar 2021 teilte die Verteidigung mit, dass die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich dem Beschuldigten bewilligt habe, die Einreisequarantäne für den Besuch der Berufungsverhandlung vom 5. März 2021 zu unterbrechen, und ersuchte um zusätzliche Bewilligung durch das hiesige Gericht, welche ohne zusätzliche Auflagen erteilt wurde (Urk. 82).

Mit Eingabe vom 16. Februar 2021 ersuchte die Verteidigung erneut um freies Geleit für den Beschuldigten für die Teilnahme an der Berufungsverhandlung und reichte die Suspensionsverfügung des SEM vom 8. Februar 2021 ein, mit welcher dem Beschuldigten die Einreise in die Schweiz für den Zeitraum vom 3. bis 6. März 2021 bewilligt wird (Urk. 86; Urk. 87). Seitens der Staatsanwaltschaft wurden keine Einwände gegen die Gewährung des freien Geleits für den Beschuldigten erhoben (Urk. 85). Mit Präsidialverfügung vom 17. Februar 2021 wurde dem Beschuldigten gestützt auf Art. 204 StPO freies Geleit für die Berufungsverhandlung vom 5. März 2021 zugesichert (Urk. 88).

Zur Berufungsverhandlung erschienen sind der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ als Substitutin von Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ sowie der Staatsanwalt Dr. iur. Fischbacher (Prot. II S. 5).

II. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

Infolge rechtskräftiger Erledigung des übrigen Anklagevorwurfes (vorstehend, Erw. I.) verbleibt einzig der nachfolgende Vorwurf Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 13. März 2019 vorgeworfen, vom ca. 1. Februar 2019 bis zu seiner Verhaftung am 12. März 2019 wissentlich und willentlich ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz verblieben zu sein, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass sein Asylgesuch im Jahr 2009 rechtskräftig abgewiesen worden sei (Urk. 9 S. 3).

2. Sachverhaltserstellung

Der Beschuldigte hat diesen Sachverhalt im Vorverfahren stets anerkannt (Urk. 2 S. 2 ff., insbes. S. 5, Antw. auf Frage 55; Urk. 29 S. 3 und S. 7). Obwohl der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung zu Protokoll gab, sich nicht mehr an das genaue Datum seiner Ausschaffung sowie den Ort seiner Verhaftung – Winterthur oder Kemptthal – erinnern zu können, führte er aus, dass er von Italien in die Schweiz eingereist sei, einige Zeit im Gefängnis verbracht habe, bevor er in den Libanon ausgeschafft worden sei, wo er sich anschliessend ein Jahr und sieben Monate aufgehalten habe (Prot. II S. 18 ff.). Mit dem Beschuldigten stellt auch die Verteidigung den eingeklagten Sachverhalt als solchen nicht in Abrede. Sie macht einzig geltend, dass einer Verurteilung des Beschuldigten die EU-Rückführungsrichtlinie und damit ein Strafverfolgungshindernis entgegenstehe (Urk. 49 S. 3 ff.; Urk. 93 S. 3 ff.; vgl. nachfolgend, Erw. III.2.). Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich sodann mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb der Sachverhalt erstellt ist.

III. Rechtliche Würdigung

1. Vorbemerkung

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten vom Vorwurf des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG freigesprochen (Urk. 56 S. 5 ff.).

2. Parteivorbringen

Die Staatsanwaltschaft beantragt einen Schuldspruch wegen vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG. Zur Begrün-

dung bringt sie vor, die Vorinstanz habe ausgeführt, dass eine Bestrafung nicht möglich sei, da die EU-Rückführungsrichtlinie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einer Bestrafung entgegenstehen würde. Obwohl die Vorinstanz ausgeführt habe, dass gemäss Erwägungen des Bundesgerichtes die Verhängung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar sei, habe sie die Frage der Ausfällung einer Geldstrafe nicht geprüft. Vorliegend sei aber zu prüfen, ob die Ausfällung einer Geldstrafe nicht doch möglich wäre und der zwischenzeitlich erfolgten Ausschaffung nicht im Wege gestanden hätte, wovon auszugehen sei. Es leuchte nicht ein, wie eine Geldstrafe die effektiv erfolgte Ausschaffung hätte erschweren oder vereiteln sollen, da eine spätere Umwandlung der Geldstrafe in einem neuen Verfahren hätte erfolgen müssen und nicht automatisch hätte vollzogen werden können, sodass aufgrund der vorliegenden zeitlichen Verhältnisse die Ausschaffung nicht tangiert gewesen wäre. Die Ausfällung einer Geldstrafe sei selbst dann zulässig, wenn noch nicht alle im verwaltungsrechtlichen Verfahren für den Vollzug der Rückführung zumutbaren Anstrengungen unternommen worden seien. Sie könne somit unabhängig vom Stand und der Umsetzung der für die Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden. Da vorliegend somit die Aussprechung einer Geldstrafe möglich sei, habe in diesem Punkt ein Schuldspruch zu ergehen. Die Anwendung von Art. 115 Abs. 4 und 5 AIG falle vorliegend ausser Betracht, da effektiv ein Einreiseverbot vorgelegen habe (Art. 115 Abs. 6 AIG), weshalb darauf und auf die Frage des anwendbaren Rechts nicht näher einzugehen sei (Urk. 57 S. 2; Urk. 92 S. 2 f.).

Die Verteidigung macht geltend, einer Verurteilung des Beschuldigten stehe ein Strafverfolgungshindernis, nämlich die EU-Rückführungsrichtlinie, entgegen. Das Bundesgericht habe sich bereits mehrmals mit der Rückführungsrichtlinie und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH befasst. Aus diesen Ausführungen ergebe sich, dass strafrechtliche Sanktionen wegen rechtswidrigen Aufenthalts ausgeschlossen seien, solange ein Staat nicht im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug einer Rückführung unternommen habe. Eine Strafe dürfe nicht allein deshalb verhängt werden, weil ein Drittstaatsangehöriger nach Ablauf der Ausreisefrist weiterhin im Lande verweile oder rechtswidrig einreise. Erst wenn auch die Ausschöpfung von Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht

ermöglicht habe, sei eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts wieder zulässig (Urk. 49 S. 3 ff.; Urk. 93 S. 3 ff.). Weiter führt die Verteidigung aus, dem Argument der Staatsanwaltschaft, wonach die EU-Rückführungsrichtlinie bzw. Art. 115 Abs. 4 und 5 AIG nicht anwendbar seien, weil ein Einreiseverbot vorgelegen habe, könne nicht gefolgt werden. Die Wegweisung des Beschuldigten sei erst am 14. August 2019 vollzogen worden, weshalb die Schweiz bis dahin aufgrund der Dublin-III-Verordnung verpflichtet gewesen sei, den Beschuldigten für den Vollzug der Wegweisung wiederaufzunehmen. Entsprechend sei auch der Beschuldigte verpflichtet gewesen, sich in der Schweiz aufzuhalten, solange die Wegweisung nicht vollzogen worden sei. Aus diesem Grund greife auch das Argument nicht, ein Einreiseverbot liege vor, denn eine vorangegangene Rückführung in das Heimatland im Sinne der Celaj-Rechtsprechung des EuGH sei nicht erfolgt. Die EU-Rückführungsrichtlinie sei daher anwendbar (Urk. 93 S. 6).

3. Rechtliches

Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen und die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 2008 über die gemeinsamen Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung sich illegal aufhaltender Drittstaatenangehöriger (EU-Rückführungsrichtlinie) zutreffend dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann (Urk. 56 S. 5 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Diese Richtlinie will in ihrem Anwendungsbereich auf wirksame Weise und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger sicherstellen. Sie hindert zwar nicht, den illegalen Aufenthalt unter Strafe zu stellen, da allerdings die dort vorgesehenen Verfahrensschritte nicht vereitelt werden dürfen und die Rückführung durch das Strafverfahren nicht verzögert werden soll, geht das Rückkehrverfahren der Bestrafung vor (ZÜND, in: SPESCHA/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA/DE WECK, Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, AIG 115 N 12). Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und

dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach befasst. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein, jedoch sind nationale Strafbestimmungen nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 6B_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2, 6B_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5, 6B_617/2012 und 6B_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5) und die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil des Bundesgerichtes 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3).

Nicht zwingend anwendbar ist die Rückführungsrichtlinie auf Drittstaatenangehörige, die einem Einreiseverbot unterliegen. Zudem hielt der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil RS. C-290/14, Celaj, vom 1. Oktober 2015 fest, dass die Richtlinie 2008/115 (EU-Rückführungsrichtlinie) strafrechtlichen Sanktionen nicht entgegenstehe, die nach den nationalen strafverfahrensrechtlichen Vorschriften gegen Drittstaatsangehörige verhängt würden, auf welche das mit dieser Richtlinie geschaffene Rückkehrverfahren angewandt worden sei und die sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für ihre Nichtrückkehr illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten würden (so bereits entschieden im Urteil RS. C-329/11, Achughabian, vom 6. Dezember 2011). Daher seien die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie 2008/115 erst recht nicht daran gehindert, strafrechtliche Sanktionen gegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige vorzusehen, bei denen die Anwendung des durch die Richtlinie geschaffenen Verfahrens zu einer Rückführung geführt habe und die unter Verstoss gegen ein Einreiseverbot erneut in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einreisen würden. Die Richtlinie 2008/115 sei dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaates, welche die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen vorsehe, welcher nach einer im Rahmen eines früheren Rückkehrverfahrens erfolgten Rückkehr in sein Herkunftsland unter Verstoss gegen ein Einreiseverbot erneut illegal in das Hoheitsgebiet dieses Staates einreise, grund-

sätzlich nicht entgegenstehe (Urteil EuGH, RS. C-290/14, Celaj, vom 1. Oktober 2015, Rn. 29 ff.).

4. Würdigung

Mit Verfügung des Bundesamtes für Migration (nachfolgend: BFM) vom 22. Oktober 2009 wurde auf das Asylgesuch des Beschuldigten nicht eingetreten und dieser aus der Schweiz weggewiesen (Urk. 6/16). Diese Verfügung wurde dem Beschuldigten persönlich ausgehändigt (vgl. Urk. 6/16 S. 1). Mit Verfügungen des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2019, 22. Februar 2010, 15. August 2011 und 5. April 2012 wurde der Beschuldigte aus der Haft entlassen und aufgefordert, den Schengenraum in Nachachtung des Entscheides der Asylbehörden unverzüglich selbständig zu verlassen, unter Androhung der Anordnung von Ausschaffungshaft und der zwangsweisen Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges sollte der Ausreiseaufforderung keine Folge geleistet oder gegebenenfalls innert der angegebenen Frist keine Vorkehrungen im Rahmen der Beschaffung von Reisedokumenten etc. in die Wege geleitet werden (Urk. 6/13; Urk. 6/11; Urk. 6/10; Urk. 6/9). Die Verfügungen vom 16. Dezember 2019 und 22. Februar 2010 wurden dem Beschuldigten mit entsprechendem Übersetzungsblatt auf Arabisch mitgeteilt (Urk. 6/14; Urk. 6/12). Am 21. Juli und 24. September 2016 wurde der Beschuldigte mit Verfügungen des Migrationsamtes des Kantons Zürich aus der Haft entlassen und festgehalten, dass er die Schweiz innert der ihm angesetzten Ausreisefrist nicht verlassen habe. Weiter wurde der Beschuldigte, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen und bei einem Verbleib seinen Aufenthaltsort zu kontrollieren sowie die Verfügbarkeit für die Vorbereitung und die Durchführung der Ausschaffungshaft sicherzustellen, eingegrenzt. Zudem wurde er aufgefordert, sich nach der Haftentlassung selbständig und auf dem schnellstmöglichen Weg ins Eingrenzungsgebiet zu begeben, und es wurde erneut festgehalten, dass er in Nachachtung des Entscheids der Asylbehörden nach wie vor verpflichtet sei, die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen (Urk. 6/6, Urk. 6/7). Nach diesen Verfügungen des Migrationsamtes des Kantons Zürich verliess der Beschuldigte die Schweiz selbständig – und damit aufforderungsgemäss – in einen Drittstaat und lebte gemäss eigenen Angaben für ca.

2 Jahre in Italien (Urk. 2 S. 2, Antw. auf Fragen 16 und 17, und S. 4, Antw. auf Frage 34; Urk. 4 S. 1; Urk. 29 S. 4), welches gleichzeitig ein Transitland darstellt, da der Beschuldigte vom Libanon via Syrien, Türkei, Griechenland und Italien am 12. September 2009 in die Schweiz eingereist war (vgl. Urk. 6/16 S. 2). Art. 3 der EU-Rückführungsrichtlinie definiert Rückkehr als Rückreise von Drittstaatsangehörigen – in freiwilliger Erfüllung einer Rückkehrverpflichtung oder erzwungener Rückführung – in deren Herkunftsland, ein Transitland gemäss gemeinschaftlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder ein anderes Drittland, in das der betreffende Drittstaatsangehörige freiwillig zurückkehren will und in dem er aufgenommen wird. Da der Beschuldigte die Schweiz in freiwilliger Erfüllung seiner Rückkehrverpflichtung in einen Drittstaat respektive in ein Transitland verlassen hatte, konnten auch keine weiteren Entfernungsmassnahmen ergriffen werden respektive war eine erzwungene Rückführung nicht erforderlich, um den Wegweisungsentscheid des BFM vom 22. Oktober 2009 durchzusetzen. Aufgrund seiner längeren Aufenthaltsdauer von ca. zwei Jahren in Italien sind auch seine Aussagen, wonach er unwissentlich in Italien gelandet sei und wieder habe zurückkehren wollen (vgl. Urk. 29 S. 6), unglaublich. Wäre dies so gewesen, hätte sich der Beschuldigte unverzüglich zurück in die Schweiz begeben und nicht ca. zwei Jahre in Italien gelebt.

Der Beschuldigte wusste, dass auf sein Asylgesuch nicht eingetreten und er aus der Schweiz weggewiesen worden war. Zudem wurde er mehrfach in Haft genommen, eingegrenzt und aufgefordert, den Schengenraum in Nachachtung des Entscheids der Asylbehörden unverzüglich zu verlassen. Der Beschuldigte wusste ebenso, dass er mehrfach zur Ausreise aus der Schweiz aufgefordert worden war, was er so auch bestätigte (vgl. Urk. 2 S. 4; Urk. 29 S. 5). Ein Verfahren sowie entsprechende Massnahmen, um den Wegweisungsentscheid umzusetzen, wurden durchgeführt, woraufhin der Beschuldigte der Verpflichtung, die Schweiz selbständig zu verlassen, schliesslich Folge leistete respektive in freiwilliger Erfüllung seiner Rückkehrverpflichtung die Schweiz verliess und sich selbständig in einen Drittstaat – gestützt auf seine Aussagen Italien und somit gleichzeitig ein Transitland – begab, wo er für eine längere Dauer von ca. zwei Jahren lebte. Trotz zweijähriger Aufenthaltsdauer im Drittstaat und Transitland Italien kehrte der

Beschuldigte am ca. 1. Februar 2019 im Wissen um das Nichteintreten auf sein Asylgesuch, die Wegweisung aus der Schweiz sowie das damit verbundene und bereits durchlaufene Verfahren in die Schweiz zurück. Der Beschuldigte hielt sich folglich wissentlich und willentlich ohne gültigen Aufenthaltstitel (vgl. Urk. 2 S. 1, Antw. auf Fragen 4 und 5) und damit rechtswidrig bis zu seiner Verhaftung am 12. März 2019 in der Schweiz auf.

Zudem liegt gegen den Beschuldigten ein Einreiseverbot vom 22. Oktober 2017 vor, welches für die Zeit bis zum 25. Oktober 2020 galt. Das Einreiseverbot wurde dem Beschuldigten am 2. April 2018 eröffnet und von diesem unterzeichnet (Urk. 6/18; Urk. 6/17), wobei ihm am 22. September 2017 das rechtliche Gehör zur Einreiseverweigerung und Wegweisung sowie zur Verhängung eines allfälligen Einreiseverbotes (vgl. Urk. 50/4a S. 2; Urk. 38/9) gewährt wurde. Anhaltspunkte, dass die Unterschrift nicht vom Beschuldigten stammen könnte, liegen keine vor. Dies wurde vom Beschuldigten auch nicht geltend gemacht. Auf Vorhalt des entsprechenden Dokuments machte dieser nicht geltend, es handle sich nicht um seine Unterschrift, sondern er gab einzig ausweichend zu Protokoll, nicht zu wissen, ob es seine sei (Urk. 29 S. 5), was wenig glaubhaft ist und eine reine Schutzbehauptung darstellt. Auch anlässlich der Berufungsverhandlung machte er nicht geltend, dass es sich nicht um seine Unterschrift handle (Prot. II S. 18).

Der objektive und subjektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist somit erfüllt. Gestützt auf die Urteile des EuGH RS. C-329/11, Achughabian, vom 6. Dezember 2011 und RS. C-290/14, Celaj, vom 1. Oktober 2015 (vgl. vorstehend, Erw. III.3.) steht die EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung nicht entgegen, wenn das mit dieser Richtlinie geschaffene Rückkehrverfahren gegen einen Drittstaatsangehörigen angewandt wurde und sich dieser ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal im entsprechenden Land aufhält. Dies trifft auf den Beschuldigten zu, welcher der Verpflichtung zur Ausreise Folge leistete respektive in freiwilliger Erfüllung einer Rückkehrverpflichtung die Schweiz verliess und sich nach Italien, folglich in einen Drittstaat bzw. ein Transitland begab, wo er für die Dauer von ca. zwei Jahren lebte, bevor er erneut in die Schweiz einreiste und sich dort bis zu seiner Verhaftung am 12. März 2019 rechtswidrig

aufhielt. Ein Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr liegt nicht vor, zumal sich aufgrund eines durch einen Experten durchgeführten wissenschaftlichen Sprach- und Ländertests vom 28. September 2009 eindeutig ergeben hat, dass der Beschuldigte in einem libanesischen Milieu im Libanon sozialisiert wurde (vgl. Urk. 6/16 S. 2), und er zur Begründung, weshalb er nicht in sein Herkunftsland Libanon zurückkehren könne, vorwiegend geltend machte, es sei ein schwieriges Leben im Libanon, und er habe dort finanzielle Probleme respektive viele Schulden (Urk. 2 S. 4; Urk. 4 S. 2; Urk. 29 S. 3). Zwar gab der Beschuldigte gegenüber der Staatsanwaltschaft zu Protokoll, dass sie ihn umbringen würden, wenn er ohne Geld zurückkehre und nicht zahle (Urk. 29 S. 3). Auffallend ist, dass der Beschuldigte bei seinen Ausführungen im Zusammenhang mit seinen angeblichen Schulden eher oberflächlich geblieben ist, ohne gewichtige Details aufzuzeigen. So spezifizierte er nicht, wo, auf welche Art oder von welchen Leuten ihm gedroht worden sein soll. Er führte auch nicht aus, woher seine Schulden in der von ihm geltend gemachten Höhe stammen sollen. Weitere Anhaltspunkte für seine angeblich hohen Schulden im Libanon liegen keine vor, zumal aus den Unterlagen des Migrationsamtes des Kantons Zürich (Urk. 6/1-19) – insbesondere der Verfügung des BFM vom 22. Oktober 2009 (vgl. Urk. 6/16) – nicht ersichtlich ist, dass der Beschuldigte dies bereits zu einem früheren Zeitpunkt geltend machte. Auch anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte lediglich ausweichend zu Protokoll, er habe sehr viele Schulden. Er müsse nachschauen, er wisse nicht mehr wie viel. Er habe viele Schulden im Libanon, und sie hätten erfahren, dass er dort sei. Man könne deswegen auch umgebracht werden. Erst auf mehrfachen Vorhalt, dass er einmal gesagt habe, seine Schulden würden sich auf 100'000 Dollar belaufen, bestätigte er dies. Auf entsprechende Frage, weshalb er so hohe Schulden habe, führte er aus, er habe mehrere Male versucht, nach Europa zu reisen. Oft sei er von Schleppern bestohlen und betrogen worden. Deshalb habe er viele Schulden machen müssen (Prot. II S. 22). Erneut machte der Beschuldigte geltend, die Lage im Libanon sei sehr schwierig. Erstmals führte er aber aus, dass es schwierig sei und man nie erfolgreich sein werde, wenn man nicht zu einer politischen Partei – beispielsweise ... [Name der Partei] – gehören würde (Prot. II S. 23). Aufgrund seiner oberflächlichen, teilweise ausweichenden

und widersprüchlichen Aussagen verbleiben gewisse Zweifel an der Darstellung des Beschuldigten.

5. Fazit

Mangels Vorliegens von Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründen machte sich der Beschuldigte demnach des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig.

IV. Strafzumessung

1. Vorbemerkung

Die Staatsanwaltschaft beantragt im Berufungsverfahren die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, eventualiter mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen (Urk. 57 S. 3; Urk. 92 S. 1).

2. Allgemeine Grundsätze

Der massgebliche Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG). Gründe, die ein Verlassen des massgeblichen Strafraums rechtfertigen würden, liegen keine vor. Innerhalb des Strafraums bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB; vgl. zu den Einzelheiten BGE 123 IV 49 E. 2 und BGE 136 IV 55). Das Verschulden des Täters wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB; BGE 134 IV 17, E. 2.1). Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden (WIPRÄCHTIGER/KELLER; in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2018, N 85 zu Art. 47 StGB). Bei der Tatkomponente ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere der Delikte festzulegen und zu bewerten. Da-

bei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie aufgrund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wurde. Ebenfalls von Bedeutung ist die kriminelle Energie. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere Reue und Einsicht oder ein Geständnis (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht I, a.a.O., N 92 ff. zu Art. 47 StGB; BGE 123 IV 49, E. 2).

Der Beschuldigte hat eine Strafe verwirkt, für welche im konkreten Fall die Ausfällung einer Geldstrafe (bis zu 180 Tagessätzen, Art. 34 Abs. 1 StGB) in Frage kommt. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall grundsätzlich diejenige gewählt werden, welche weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft. Im Einzelfall sind für die Wahl der Sanktionsart indes als wichtigste Kriterien die Zweckmässigkeit der Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 84 f.). Es ist in dieser Hinsicht eine Prognose zu stellen, welche Sanktion für einen bestimmten Täter aus spezialpräventiven Gesichtspunkten wirksamer erscheint. Die Lehre erachtet in diesem Zusammenhang auch das Mass der kriminellen Energie als valables Kriterium im Rahmen der Bestimmung der angemessenen Sanktionsart. Ist bei Verhängung einer Geldstrafe in Berücksichtigung des Vorlebens und der aktuellen Delinquenz keinerlei positive Entwicklung des Täters zu erwarten, so ist es erlaubt und auch geboten, von zwei für identisches Tatverhalten zur Verfügung stehenden Sanktionen diejenige zu wählen, welche zur Verhinderung weiterer Straftaten in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips als geeignet erscheint, auch wenn sie den Beschuldigten im Endeffekt härter tangiert. Im Übrigen kann eine Freiheitsstrafe stets dann ausgefällt werden, wenn zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 StGB).

Der Beschuldigte weist drei zu berücksichtigende, teils einschlägige, Vorstrafen auf, wobei zwei vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfielen. Diesbezüglich wurde der Beschuldigte zu einer unbedingten Freiheitsstrafe, einer bedingten Geldstrafe sowie einer Busse verurteilt (Urk. 90; vgl. nachfolgend, Erw. IV.4.2.). Trotz dieser Strafen liess sich der Beschuldigte nicht von weiterer Delinquenz abhalten. Umso weniger ist zu erwarten, dass eine aktuell ausgefallte Geldstrafe beim Beschuldigten einen genügenden Präventionseffekt zeitigen würde. Der Beschuldigte erweist sich auch als nicht einsichtig (vgl. nachfolgend, Erw. IV.4.3.). Demzufolge kommt unter den Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit und der präventiven Effizienz der Sanktion lediglich eine Freiheitsstrafe in Betracht. Zudem erscheint aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, dieser lebt seit dem 14. August 2019 im Libanon, ist arbeitslos und seine wirtschaftliche Situation desolat (Urk. 63; nachfolgend, Erw. IV.4.1.), fraglich, inwiefern eine ausgefallte Geldstrafe überhaupt vollziehbar wäre.

3. Tatkomponenten

Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte sich von ca. 1. Februar 2019 bis 12. März 2019 ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhielt. Die Deliktsdauer ist mit annähernd eineinhalb Monaten allerdings eher kurz. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Es war ihm bewusst, dass er nicht in die Schweiz zurückkehren durfte und er sich illegal in der Schweiz aufhielt. Sein Verhalten lässt auf eine Geringschätzung der schweizerischen Rechtsordnung und mangelnde Akzeptanz des negativen Asylentscheids schliessen.

Insgesamt ist das Verschulden des Beschuldigten als leicht zu bezeichnen und die Sanktion auf 40 Tage Freiheitsstrafe festzusetzen.

4. Täterkomponenten

4.1. Persönliche Verhältnisse

Der Beschuldigte führte im Vorverfahren zu seinen persönlichen Verhältnissen aus, dass er im Libanon aufgewachsen sei. Er habe sechs Schwestern und vier

Brüder. Seine Familie sei überall im Libanon verstreut. Er sei bis zur 9. Klasse in die Schule gegangen. Später habe er in Restaurants gearbeitet und so das Kochen gelernt. Eine Lehre oder eine Ausbildung habe er nicht gemacht. Im Jahr 2009 sei er dann in die Schweiz gekommen und habe Asyl beantragt (Urk. 29 S. 2 f. und insbes. S. 8). Am 22. Oktober 2009 wurde auf das Asylgesuch des Beschuldigten nicht eingetreten und es erging ein Wegweisungsentscheid (Urk. 6/16). Bevor der Beschuldigte ca. am 1. Februar 2019 wieder zurück in die Schweiz kam, lebte er für ca. 2 Jahre in Italien. Er sei auch schon in Deutschland, Schweden und Dänemark gewesen. Er habe kein Vermögen, aber Schulden im Libanon in der Höhe von 100'000 Dollar (Urk. 2 S. 2 ff.; Urk. 29 S. 3 f. und S. 8).

Der Beschuldigte wurde am 14. August 2019 nach B.____/Libanon ausgeschafft (Urk. 46/1). Die Verteidigung teilte diesbezüglich mit, dass der Beschuldigte sich seither im Libanon aufhalte. Er sei arbeitslos und seine wirtschaftliche Situation sei desolat (Urk. 63).

Ergänzend fügte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung an, er sei auch schon in Moskau, Russland, gewesen, dies von 1996 bis ca. 2005 oder 2004, wo er Hotelier-Kurse besucht und eine feste Arbeitsstelle gehabt habe. Seit seiner Ausschaffung von der Schweiz in den Libanon halte er sich dort seit einem Jahr und sieben Monaten auf. Unterdessen habe er einen libanesischen Pass ausgestellt vom Innenministerium lautend auf den Namen C.____, welcher sein richtiger Name sei. Im Libanon habe er viele Probleme, deshalb habe er immer an einem anderen Ort sein müssen. Einen festen Wohnsitz habe er im Libanon nicht. Um für die Berufungsverhandlung in die Schweiz fliegen zu können, habe er Schulden bei Kollegen gemacht, welche hier in der Schweiz leben würden. Er müsse eine Aufenthaltsbewilligung bekommen, dann könne er eine Arbeitsstelle finden, und so gehe es dann vorwärts (Prot. II S. 9 ff.).

Den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen.

4.2. Vorleben

Der Beschuldigte weist drei, teils einschlägige, Vorstrafen auf, deren zwei vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfielen (Urk. 59). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. Dezember 2011 wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts sowie geringfügigen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen sowie einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. September 2016 wurde er wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Am 28. März 2019 kam eine weitere Freiheitsstrafe von 30 Tagen wegen rechtswidrigen Aufenthalts sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung dazu. Die ersten zwei, teils einschlägigen, Vorstrafen sind bei der Beurteilung des Vorlebens des Beschuldigten merklich strafe erhöhend zu berücksichtigen.

4.3. Nachtatverhalten

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken sich strafmindernd aus. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Geständnis kann bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung somit zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es Ausdruck von Einsicht und Reue ist.

Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils gestand (Urteile des Bundesgerichtes 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.5.2 und 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5, jeweils mit Hinweisen).

Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise oder gar erst nach Ergehen eines erstinstanzlichen Schuldspruches. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wenn beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht I, a.a.O., N 169 ff. zu Art. 47 StGB).

Der Beschuldigte war zwar von Beginn an geständig, sich in der Zeit vom ca. 1. Februar 2019 bis 12. März 2019 ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz aufgehalten zu haben, ein allfälliges Bestreiten hätte angesichts der erdrückenden Beweislage aber auch kaum Sinn ergeben. Einsicht und Reue hinsichtlich seines Fehlverhaltens brachte er dagegen nicht zum Ausdruck, was sich auch anlässlich der Berufungsverhandlung zeigte (vgl. Prot. II S. 12 ff.). Sein Geständnis ist nur marginal strafmindernd zu berücksichtigen.

5. Fazit

Wird im Rahmen der Würdigung der Täterkomponenten die merkliche Erhöhung aufgrund der Vorstrafen der marginalen Reduktion aufgrund des Geständnisses gegenübergestellt, so ergibt sich, dass die erhöhenden Aspekte der Täterkomponenten deutlich überwiegen. Die Freiheitsstrafe in der Höhe von 40 Tagen (vgl. vorstehend, Erw. IV.3.) ist aufgrund der Täterkomponenten um 10 Tage auf 50 Tage Freiheitsstrafe zu erhöhen. Der Beschuldigte ist mit einer Freiheitsstrafe von 50 Tagen zu bestrafen. Einer Anrechnung der bislang erstandenen Haft von 1 Tag steht nichts entgegen (Urk. 7/1; Urk. 7/4; Art. 51 StGB).

V. Vollzug

Das Gericht schiebt den Vollzug 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). Materiell ist demnach für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird. Die günstige Prognose wird demnach vermutet (vgl. BGE 134 IV 1, E. 4.2.2). Die Frage, ob eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten, muss vom Gericht aufgrund einer Gesamtwürdigung beantwortet werden (TRECHSEL/PIEHT, in TRECHSEL/PIEHT, Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 42 N 9 m.w.H.). In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, welche gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (SCHNEIDER/GARRÉ, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht I, a.a.O., Art. 42 N 46 m.w.H.).

Auch wenn die günstige Prognose vermutet wird, bestehen beim Beschuldigten vor dem Hintergrund des bereits Ausgeführten (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.) in verschiedenster Hinsicht erhebliche Bedenken hinsichtlich seiner Legalprognose: Der Beschuldigte kehrte nach seinem rund zweijährigen Aufenthalt in Italien in die Schweiz zurück und hielt sich in der Zeit vom ca. 1. Februar 2019 bis 12. März 2019 erneut rechtswidrig in der Schweiz auf, nachdem auf sein Asylgesuch am 22. Oktober 2009 nicht eingetreten und er aus der Schweiz weggewiesen worden war (Urk. 6/16, vorstehend, Erw. III.4.). Der Beschuldigte weist vier – teils einschlägige – Vorstrafen auf, deren drei vor der heute zu beurteilenden Delinquenz anfielen (Urk. 59; vorstehend, Erw. IV.4.2.). Angesichts dessen, dass sich der Beschuldigte von einer Busse, einer bedingten Geldstrafe, sowie mehreren Freiheitsstrafen nicht hat abschrecken lassen und sich zudem nicht einsichtig zeigt (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.2. f.), ist die Wiederholungsgefahr des Beschuldigten als erheblich einzustufen, zumal er im Libanon arbeitslos ist und sich seine wirt-

schaftliche Situation als prekär darstellt (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.1.). Das Verhalten des Beschuldigten zeugt in seiner Gesamtheit davon, dass es ihn nicht interessierte, dass er sich rechtswidrig in der Schweiz aufhielt. Vor diesem Hintergrund ist beim Beschuldigten ohne weiteres von einer ungünstigen Prognose auszugehen. Dementsprechend ist die Freiheitsstrafe unbedingt auszusprechen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Untersuchung und erstinstanzliches Gerichtsverfahren

Der Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts ist erfüllt und der Beschuldigte diesbezüglich schuldig zu sprechen. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung; vorbehalten bleibt Artikel 135 Abs. 4 StPO. Für die Festsetzung der Gerichtskosten sind gemäss § 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) die Bedeutung des Falls, der Zeitaufwand des Gerichts sowie die Schwierigkeit des Falls zu berücksichtigen. Der Kostenrahmen reicht bei Prozessen, die in die Zuständigkeit des Einzelgerichts fallen, von Fr. 150.– bis Fr. 12'000.– (§ 14 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend erscheint eine Entscheidegebühr von Fr. 1'500.– als gerechtfertigt; im Übrigen ist die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Dispositivziffer 2) zu bestätigen, zumal diese nicht spezifisch gerügt wurde. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts der Situation des Beschuldigten – dieser lebt seit dem 14. August 2019 im Libanon ohne festen Wohnsitz, ist arbeitslos und seine wirtschaftliche Situation ist desolat (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.1.) – erscheint es vorliegend gerechtfertigt, seinen Kostenanteil sofort definitiv abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Berufungsverfahren

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Zwar wurde die Strafe nicht in der von ihr beantragten Höhe ausgesprochen, allerdings wurde eine Freiheitsstrafe und damit eine für den Beschuldigten schwerwiegendere Sanktion ausgefällt. Bei diesem Prozessausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen, angesichts seiner prekären finanziellen Situation jedoch sofort definitiv abzuschreiben (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.1. und VI.1.). Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren in der Höhe von insgesamt Fr. 6'700.– (inklusive Mehrwertsteuer, vgl. Urk. 91 und Urk. 95) sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 4. Dezember 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1, teilweise (Freispruch vom Vorwurf der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise) und 4 (Abweisung Genugtuung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist schuldig des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 50 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–; im Übrigen wird die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 2) bestätigt.
5. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Beschuldigten wird jedoch sofort definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'700.– amtliche Verteidigung.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber sofort definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)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 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Mitteilung an die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben [§ 54a Abs. 1 PolG])
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

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

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, 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, 5. März 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Baechler