

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200194-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, Oberrichterin lic. iur. I. Erb
und Oberrichter lic. iur. C. Maira sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
H. Kistler

Urteil vom 13. Oktober 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. P. Brunner,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidriger Aufenthalt und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

10. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. Dezember 2019 (GB190037)

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 16. November 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 37 S. 23 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 2 Tagessätze durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Von einem Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2016 (2016/40864) bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 10.–, entsprechend Fr. 300.–, wird abgesehen, hingegen wird die Probezeit um ein Jahr verlängert.
5. Von einem Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 28. März 2017 (GG160033) bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 2'700.–, wird abgesehen, hingegen wird die Probezeit um ein Jahr verlängert.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 495.– Dolmetscher
Fr. 3'500.– amtliche Verteidigung
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung sowie, mit Ausnahme der Dolmetscherkosten, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben. Die Dolmetscherkosten werden auf die Gerichtskasse genommen.

8. Die amtliche Verteidigung wird mit Fr. 3'500.– (pauschal; inkl. MwSt. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
9. (Mitteilung)
10. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

Des Beschuldigten (Urk. 48 S. 2):

1. Das Strafverfahren sei einzustellen;
2. Eventualiter: Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen;
3. Es sei dem Beschuldigten für die unschuldig erlittene Haft eine angemessene Genugtuung im Ermessen des Gerichts aus der Staatskasse zu entrichten;
4. Eventualiter: Die Geldstrafe sei auf 20 Tagessätze zu je Fr. 10.– herabzusetzen und der Vollzug der Geldstrafe mit einer Probezeit von einem Jahr aufzuschieben;
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens und der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Prozessgeschichte

1.1. Der Beschuldigte wurde mit Urteil der Vorinstanz vom 11. Dezember 2019 im Sinne des eingangs dargestellten Dispositivs schuldig gesprochen. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte noch anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2019 Berufung anmelden (Prot. I S. 13). Zur Prozessgeschichte bis

zum angefochtenen Urteil kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 4).

1.2. Nach Ausfertigung und Zustellung des begründeten Urteils, ging am 10. April 2020 fristgerecht die Berufungserklärung des Beschuldigten ein (Urk. 38). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf die Erhebung einer Anschlussberufung und – nach Eingang der Berufungsbegründung des Beschuldigten – auf das Einreichen einer Berufungsantwort (Urk. 43, 48 und 54). Auch die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 53).

1.3. Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 48 und 54). Das schriftlich geführte (Urk. 46) Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte lässt Ziffer 1 (Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts), Ziffer 2 (Bestrafung mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen) und Ziffer 3 (Vollzug der Geldstrafe) des vorinstanzlichen Dispositivs anfechten (Urk. 38 S. 2). Mitangefochten gilt für den Fall des Freispruchs auch die Kostenaufgabe gemäss Ziffer 7 des vorinstanzlichen Dispositivs. Das vorinstanzliche Urteil steht entsprechend in diesem Umfang unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbot zur Disposition. Ausdrücklich nicht angefochten sind hingegen die Ziffern 4 und 5 (Verzicht auf Widerruf der Geldstrafen gemäss dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2016 und dem Urteil des Bezirksgericht Uster vom 28. März 2017), Ziffer 6 (Kostenfestsetzung) sowie die Ziffern 7 (bei Schuldspruch die definitive Abschreibung der dem Beschuldigten auferlegten Kosten) und Ziffer 8 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung). Von der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab mit Beschluss Vormerk zu nehmen.

3. Formelles

Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich

die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

II. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, sich seit dem 26. Juli 2018 ohne Aufenthaltsbewilligung (weiterhin) in der Schweiz aufgehalten zu haben, im Wissen darum, dass er mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration (fortan SEM) vom 10. Juli 2018 unter Androhung von Ausschaffungshaft aufgefordert wurde, die Schweiz bis zum 25. Juli 2018 zu verlassen (Urk. 12. S. 3; zutreffend auch die Vorinstanz: Urk. 37 S. 6).

2. Standpunkt des Beschuldigten / Fazit

Die Vorinstanz hat festgehalten, dass sich der objektive und subjektive Anklagesachverhalt mit dem Geständnis des Beschuldigten erstellen lasse (Urk. 37 S. 6 f.). Diese Erwägungen erweisen sich auch im Berufungsverfahren nach wie vor als zutreffend, weshalb hierauf verwiesen werden kann (Urk. 37 S. 6 f.; vgl. die Berufungsbegründung vom 13. Juli 2020, Urk. 48).

Der angeklagte Sachverhalt ist damit erstellt und kann dem Urteil zu Grunde gelegt werden (Urk. 12).

III. Rechtliches

1. Standpunkte

1.1. Die Vorinstanz erachtete den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowohl in objektiver wie auch subjektiver Hinsicht erfüllt (Urk. 37 S. 8 ff.; gegen welchen Schluss die Verteidigung nicht opponiert, Urk. 48 e contrario).

Zu den Vorbringen der Verteidigung betreffend die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (fortan Rückführungsrichtlinie), erklärte die Vorinstanz grob zusammengefasst, dass a) das administrative Rückführungsverfahren abgeschlossen sei bzw. die Migrationsbehörden alle zumutbaren Schritte unternommen hätten, um den Beschuldigten nach Äthiopien zurückzuführen und b) die Bestrafung mit einer Geldstrafe der Rückführungsrichtlinie nicht entgegenstehe (Urk. 37 S. 12).

Im Einzelnen führte die Vorinstanz aus, dass das Migrationsamt den Beschuldigten mit Verfügung vom 14. September 2016 in den Bezirk Uster eingegrenzt, mit ihm mehrere Ausreisegespräche geführt, um Vollzugsunterstützung ersucht und eine zentrale Befragung durch die äthiopische Delegation in Aussicht gestellt habe. Darüber hinaus habe sich weder eine Zuführung an die äthiopischen Behörden noch die Anordnung von Ausschaffungshaft als zielführend erwiesen, zumal die äthiopischen Behörden lediglich freiwilligen Rückkehrern Ersatzreisepapiere ausstellen würden und eine Zwangsrückführung nach Äthiopien im relevanten Zeitraum nicht möglich gewesen sei. Durchsetzungshaft sei schliesslich nur im Einzelfall und vorliegend nicht geeignet, zur freiwilligen Rückkehr zu motivieren (Urk. 37 S. 14 f.). Gemäss Ansicht der Vorinstanz hatten die Migrationsbehörden demnach alle notwendigen Schritte zur Ausschaffung des Beschuldigten unternommen, weshalb keine Unvereinbarkeit mit der Rückführungsrichtlinie bzw. mit der Rechtsprechung des EuGH und damit auch kein Strafhindernis vorgelegen hätten (Urk. 37 S. 15).

Ferner habe das Bundesgericht in BGE 143 IV 249 festgehalten, dass die Anordnung einer Geldstrafe – selbst wenn die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen worden seien – mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar sei, sofern sie das Weg- oder Ausweisverfahren nicht erschwere (Urk. 37 S. 15, mit Hinweis auf BGE 134 IV 249 E. 1.9 S. 260 f. und BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 S. 204 f.).

Im Fazit stehe die Rückführungsrichtlinie der Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe nicht entgegen (Urk. 37 S. 16).

1.2. Der Beschuldigte lässt auch im Berufungsverfahren die Einstellung des Strafverfahrens beantragen (Urk. 48 S. 2). Er opponiert nicht gegen die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach er den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt habe, lässt allerdings zusammengefasst vorbringen, dass seiner Bestrafung wegen rechtswidrigem Aufenthalts die Rückführungsrichtlinie entgegenstehe, zumal

- nicht alles für die Rückführung in sein Heimatland Äthiopien vorgekehrt worden sei bzw. kein administratives Rückführungsverfahren stattgefunden habe (Urk. 48 S. 3) und
- die ausgesprochene Geldstrafe, aufgrund der Möglichkeit, diese in eine Ersatzfreiheitsstrafe umzuwandeln, in einem Konflikt zu der Rückführungsrichtlinie stehe, woran trotz zurzeit gegenteiliger, aber gemäss B._____-Entscheid des europäischen Gerichtshofes unbegründeter Auffassung des Bundesgerichtes festzuhalten sei (Urk. 48 S. 5 f.).

Im Einzelnen lässt er vorbringen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unzureichend und willkürlich abgeklärt habe, zumal Zwangsrückführungen nach Äthiopien entgegen den Feststellungen der Vorinstanz spätestens seit Januar 2019 möglich seien. Nachdem die Migrationsbehörden hierzu keine Schritte unternommen hätten, verbiete sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtes aufgrund der Rückführungsrichtlinie eine Bestrafung des Beschuldigten (Urk. 48 S. 2 f.).

Ferner habe die Vorinstanz die Vorbringen der Verteidigung, wonach die Ausfällung einer Geldstrafe aufgrund der Möglichkeit der Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe zu einem Konflikt mit der Rückführungsrichtlinie führe, nicht gewürdigt und pauschal auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, ohne sich mit dem Argument auseinanderzusetzen, dass das Bundesgericht den B._____-Entscheid des EuGH nicht richtig ausgelegt habe (Urk. 48 S. 4).

1.3. Uneinigkeit besteht damit vorliegend im Wesentlichen darüber, ob die Rückführungsrichtlinie die Bestrafung des Beschuldigten wegen rechtswidrigem Aufenthalt verbietet bzw. im Einzelnen darüber, ob das administrative Rückführungsverfahren (vollständig) abgeschlossen und die Ausfällung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar ist.

2. Rechtliches

2.1. Die Vorinstanz hat zutreffende Ausführungen zum Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gemacht (Urk. 37 S. 7). Gleiches gilt für die Ausführungen zur Aufenthaltsberechtigung und der objektiven Möglichkeit und Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges (Urk. 37. S. 8 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die objektiven wie auch subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt seien. Auf diese korrekten Erwägungen der Vorinstanz – welche im Übrigen wie erwähnt auch seitens der Verteidigung unwidersprochen blieben – kann ohne Weiterungen verwiesen werden.

2.2. Weiter hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass im vorliegenden Fall die Rückführungsrichtlinie Anwendung findet (Urk. 37 S. 12 oben; so auch die Verteidigung, Urk. 48 S. 4 ff.).

3. Würdigung

3.1. Vorab ist auf die Erwägung der Vorinstanz einzugehen, wonach die Ausfällung einer Geldstrafe (von im konkreten Fall 60 Tagessätzen) der Rückführungsrichtlinie nicht entgegenstehe. Erweist sich diese Erwägung als zutreffend, kann die Frage nach dem Stand des administrativen Rückführungsverfahrens offen bleiben.

3.2. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 6B_515/2018 vom 24. April 2019 unter Verweis auf den (Leit-)Entscheid 143 IV 249 festgehalten, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar sei, vorausgesetzt, sie erschwere das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion könne unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden. Das Bundesgericht hielt im zitierten Entscheid

weiter fest, dass angesichts der vom Beschuldigten dargelegten Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung der Ausweispapiere und der stark beschränkten Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe von 33.3 Tagen (zwei Drittel der ausgefallten Geldstrafe von 50 Tagessätzen) nicht ersichtlich sei, inwiefern der Vollzug der Ersatzfreiheitstrafe die Rückführung des Beschuldigten hätte massgebend erschweren können. Die Staatsanwaltschaft habe somit im Hinblick auf die ausgesprochene Geldstrafe davon absehen können, den Stand des Rückführungsverfahrens abschliessend abzuklären und zu den Akten zu nehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B_517/2018 vom 24. April 2019 E. 1.4.3 f.). Dieser aktuelle Entscheid erfolgte in Bestätigung der bereits vor und von der Vorinstanz zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere dem Leitentscheid BGE 143 IV 249 (angerufen sowohl von der Vorinstanz, Urk. 37 S. 12 ff., als auch von der Verteidigung, Urk. 48 S. 5).

3.3. Die Verteidigung bringt hiergegen vor, dass das Bundesgericht im besagten Leitentscheid 143 IV 249 das Urteil des EuGH i.S. B._____ (Rs. C-430/11 "B._____") vom 6. Dezember 2012 falsch auslegt und damit der Rechtsprechung des EuGH vorgegriffen habe. Der EuGH habe sich i.S. B._____ zur Frage der Vereinbarkeit der Rückführungsrichtlinie mit der italienischen Vorschrift befasst, dass ein Strafrichter eine Geldstrafe mit einer Ausweisungsstrafe mit sofortiger vollstreckbarer Rückkehrverpflichtung ersetze, was mit der im schweizerischen Recht vorgesehene Ersatzfreiheitsstrafe nicht vergleichbar sei. Die Vereinbarkeit derselben mit der Rückführungsrichtlinie habe der EuGH nicht beurteilt. Nachdem allerdings gemäss Rechtsprechung des EuGH bereits ein Hausarrest nur ganz ausnahmsweise mit der Rückführung vereinbar sei (nämlich sofern angeordnet werde, dass dieser zu beenden ist, sobald die Rückschaffung des Betroffenen aus dem Mitgliedstaat möglich ist), sei sinngemäss davon auszugehen, dass die Verhängung einer Geldstrafe, welche in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden könne, der Rückführungsrichtlinie entgegenstehe und entsprechend nicht angeordnet werden könne, bevor das administrative Rückführungsverfahren abgeschlossen sei (Urk. 48 S. 5 ff.).

3.4. Im seitens der Verteidigung angerufenen Entscheid des EuGH i.S. B. _____ befasste sich der Gerichtshof mit einer italienischen Regelung, welche die Bestrafung des illegalen Aufenthalts mit einer Geldstrafe vorsieht, die unter bestimmten Voraussetzungen durch Ausweisung oder Hausarrest ersetzt werden kann. Der Gerichtshof kam zusammengefasst zu folgendem Ergebnis (Zusammenfassung des EuGH, abrufbar z.B. unter <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120160de.pdf>; zuletzt am 12. Oktober 2020):

"Der Gerichtshof bestätigt zunächst die Rechtsprechung, wonach die Rückkehrrichtlinie verletzt würde, wenn der betreffende Mitgliedstaat, nachdem er den illegalen Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen festgestellt hat, vor der Vollstreckung der Rückkehrentscheidung oder gar vor deren Erlass ein Strafverfahren durchführte, das zu einer Freiheitsstrafe während des Rückkehrverfahrens führen könnte, da dies die Abschiebung zu verzögern droht. Der Gerichtshof stellt sodann fest, dass die Rückführungsmaßnahmen durch ein Strafverfahren, wie es gegen Herrn B. _____ eingeleitet wurde, nicht verzögert oder behindert werden, da die fragliche nationale Regelung es erlaubt, die Rückkehr unabhängig von diesem Strafverfahren und 1 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ohne dass dieses abgeschlossen worden sein müsste zu verwirklichen. Auch die Auferlegung einer Geldstrafe ist nicht geeignet, die Durchführung des Rückkehrverfahrens zu behindern. Außerdem verstößt auch die dem Strafrichter gebotene Möglichkeit, die Geldstrafe durch eine mit einem Einreiseverbot in das italienische Hoheitsgebiet von mindestens fünf Jahren verbundene Ausweisung zu ersetzen, nicht gegen die Richtlinie, sofern es möglich ist, sofort die Rückkehr des Betroffenen zu bewirken. Die Richtlinie erlaubt es den Mitgliedstaaten nämlich, auf der Grundlage einer individuellen Prüfung der Situation des Betroffenen die Ausweisung zu verfügen, ohne eine Frist für die freiwillige Ausreise zu gewähren, wenn die Gefahr besteht, dass der Betroffene flieht, um sich dem Rückkehrverfahren zu entziehen. Der Gerichtshof weist schließlich darauf hin, dass die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und aus den Erfordernissen der Wirksamkeit der Richtlinie die Abschiebung innerhalb kürzester

Frist vorzunehmen haben. Für den Fall aber, dass eine Geldstrafe durch Hausarrest ersetzt wird, stellt der Gerichtshof fest, dass ein während des Rückkehrverfahrens verhängter Hausarrest nicht zur Bewirkung der tatsächlichen Verbringung des illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen aus dem betroffenen Mitgliedstaat beiträgt. Der Hausarrest kann vielmehr die Maßnahmen der Begleitung an die Grenze oder der Zwangsrückkehr auf dem Luftweg verzögern und behindern. Der Gerichtshof ist somit der Auffassung, dass die Rückführungsrichtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass der illegale Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen mit Hausarrest bestraft werden kann, ohne sicherzustellen, dass der Vollzug dieser Strafe zu beenden ist, sobald die tatsächliche Verbringung des Betroffenen aus diesem Mitgliedstaat möglich ist."

3.5. In der Tat erklärte das Bundesgericht in seinem Urteil 6B_1172/2014 vom 23. November 2015 noch, dass die Verhängung einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen der Rückführungsrichtlinie entgegenstehe, sofern das administrative Rückschaffungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei (Urteil des Bundesgerichts 6B_1172/2014 vom 23. November 2015 E. 1.3). Im (Leit-)Entscheid BGE 143 IV 249 hielt das Bundesgericht dann indessen ausdrücklich fest, dass von dieser Rechtsprechung abzuweichen sei und die Ausfällung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar sei, solange das Rückschaffungsverfahren nicht behindert werde (BGE 143 IV 249 E. 1.9). Im ebenfalls bereits dargestellten, kürzlich ergangenen Entscheid 6B_515/2018 vom 24. April 2019 setzte sich das Bundesgericht schliesslich konkret mit der Frage auseinander, ob die Verhängung einer Geldstrafe der Rückschaffung entgegenstehe. Es kam – wie erwähnt – zum Schluss, dass angesichts der vom Beschuldigten dargelegten Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung der Ausweispapiere und der stark beschränkten Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe von 33.3 Tagen (zwei Drittel der ausgefallten Geldstrafe von 50 Tagessätzen) nicht ersichtlich sei, inwiefern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe die Rückführung des Beschwerdeführers hätte massgebend erschweren können.

Dem Bundesgericht kann damit nicht – wie es die Verteidigung macht – pauschal vorgeworfen werden, dass es den Vorgaben des EuGH i.S. B. _____ nicht nach-

komme. Tatsächlich ist nicht einzusehen, inwiefern die Rückführung eines Ausländers, welcher sich hiergegen von Beginn weg unter Versagung jeglicher Mitwirkung zur Wehr setzte, durch die Festsetzung einer kurzen Ersatzfreiheitsstrafe konkret erschwert werden soll.

3.6. Dieser Auffassung kann auch vorliegend gefolgt werden. Der Beschuldigte wurde rechtskräftig weggewiesen und hätte die Schweiz bis zum 25. Juli 2018 verlassen müssen. Zur migrationsrechtlichen Vollzugsgeschichte kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 8). Der Beschuldigte ersuchte am 24. August 2014 zum ersten Mal um Asyl, welches Gesuch mit Entscheid des SEM vom 21. Juli 2015 abgelehnt wurde (rechtskräftig abgewiesen mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. September 2015; MA-Urk. 6). Mit Nichteintretensentscheid vom 14. Juni 2018 (Urk. 3) wurde schliesslich die Verfügung des SEM vom 17. April 2018 betreffend das zweite vom Beschuldigten gestellte Asylgesuch und damit die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz rechtskräftig (vgl. MA-Urk. 74). Die vorliegend ausgefallte Geldstrafe von 60 Tagessätzen (wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten) bzw. die abstrakte – wenngleich konkret aufgrund des tiefen Tagessatzes entfernte – Möglichkeit der Umwandlung in eine (allenfalls kürzere) Ersatzfreiheitsstrafe bewegt sich betreffend die Strafhöhe im Bereich der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (die Ausfällung einer höheren Geldstrafe ist aufgrund des Verschlechterungsverbot es sodann nicht möglich). Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bestrafung des Beschuldigten mit einer solchen Geldstrafe angesichts der dargelegten langandauernden migrationsrechtlichen Verfahrensgeschichte konkret der Rückschaffung des Beschuldigten entgegen stehen sollte.

Die vorliegend zur Debatte stehende Geldstrafe erweist sich somit in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als mit der Rückführungsrichtlinie kompatibel, und zwar auch vor Abschluss des administrativen Rückführungsverfahrens (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6B_517/2018 vom 24. April 2019 E. 1.4.4). Auf die weitere von der Verteidigung aufgeworfene Frage nach dem

Stand des administrativen Rückführungsverfahrens braucht damit nicht eingegangen zu werden.

3.7. Der Schuldspruch der Vorinstanz ist damit zu bestätigen und der Beschuldigte ist des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion

1. Standpunkte

1.1. Zur Strafe brachte die Verteidigung im Berufungsverfahren vor, dass diese dem Verschulden des Beschuldigten nicht angemessen und entsprechend auf 20 Tagessätze zu Fr. 10.– herabzusetzen sei (Urk. 48 S.9). Auch vor Vorinstanz sprach die Verteidigung von einem leichten Verschulden und erachtete die Ausfällung einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 10.– als angemessen (Urk. 25 S. 11).

1.2. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.– (Urk. 37 S. 23). Sie qualifizierte das Tatverschulden in Anbetracht der Aufenthaltsdauer in der Schweiz und der geringen kriminellen Energie des Beschuldigten insgesamt als leicht, berücksichtigte das Geständnis des Beschuldigten strafmildernd und kam schliesslich in Berücksichtigung der Vorstrafen zu der ausgefällten Geldstrafe von 60 Tagessätzen (Urk. 37 S. 19 f.).

2. Würdigung

2.1. Die Vorinstanz hat zutreffende Ausführungen zum Strafraumen sowie den Strafzumessungsregeln gemacht (Urk. 37 S. 17 f.). Auf diese kann verwiesen werden.

2.2. Ebenfalls erscheint richtig, dass die Vorinstanz in Anbetracht der rund dreieinhalb Monate, in welchen sich der Beschuldigte rechtswidrig in der Schweiz aufhielt, sowie des Umstandes, dass er sich in dieser Zeit den Behörden zur Verfügung gehalten hat, das objektive Tatverschulden als leicht bezeichnete

(Urk. 37 S. 18). In der Tat hat der Beschuldigte keine Anstalten unternommen, abzutauchen bzw. sich dem Zugriff der Behörden zu entziehen.

Subjektiv ist mit der Vorinstanz zutreffend, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte. Auch würdigte die Vorinstanz die Motive des Beschuldigten, wobei sie allerdings zutreffend darauf hinwies, dass seine Asylgesuche abgewiesen wurden und keine Wegweisungshindernisse vorliegen (Urk. 37 S. 18). Die kriminelle Energie des Beschuldigte kann dennoch mit Fug – wie dies die Vorinstanz tat – als "nicht besonders gross" bezeichnet werden. Der Vorinstanz ist entsprechend zu folgen, wenn sie das Tatverschulden auch insgesamt als leicht bezeichnete. Angemessen erweist sich eine Einsatzstrafe im mittleren Bereich des unteren Strafrahmendrittels und somit im Bereich von rund 60 Tagessätzen Geldstrafe (bzw. 2 Monaten Freiheitsstrafe).

Zum Vorleben des Beschuldigten kann auf die Akten sowie die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 18 f.). Angesichts der geltend gemachten bewegten Asylgeschichte, erscheint es indes nicht als nachvollziehbar, das Vorleben – wie das die Vorinstanz tat – als strafzumessungsneutral zu betrachten. Angezeigt ist zumindest eine leichte Strafminderung. Dies gilt auch für den Umstand, dass sich der Beschuldigte im Wesentlichen geständig zeigt, auch wenn – worauf die Vorinstanz zutreffend hinwies – er nicht als einsichtig bezeichnet werden kann (Urk. 37 S. 19). Auch hier ist eine moderate Strafminderung angemessen. Die Vorinstanz hielt sodann zutreffend fest, dass der Beschuldigte zwei einschlägige Vorstrafen aufweist, welche deutlich straf erhöhend zu würdigen sind (Urk. 37 S. 19 f.; vgl. auch Urk. 61). Zusammengefasst überwiegen die straf erhöhenden Faktoren die strafmindernden leicht und es wäre die Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen zu erhöhen, was sich aufgrund des Verschlechterungsverbots allerdings verbietet. Damit erscheint die vorinstanzlich ausgesprochene Geldstrafe jedenfalls nicht als zu hoch und ist zu bestätigen.

2.3. Der Beschuldigte ist entsprechend mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu (antragsgemäss) Fr. 10.– zu bestrafen.

V. Vollzug

1. Standpunkte

1.1. Der Beschuldigte lässt den Aufschub des Vollzugs der Geldstrafe beantragen, da er in seiner Heimat an Leib und Leben gefährdet sei (Urk. 48 S. 9). Bereits vor Vorinstanz stellte er den entsprechend Antrag mit Hinweis auf die Umstände, den Bezug von Nothilfe und die offensichtliche Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe (Urk. 25 S. 11).

1.2. Die Vorinstanz ordnete in Anbetracht der Tatsache, dass der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilende Tat während laufender Probezeiten der beiden einschlägigen Vorstrafen beging, den Vollzug der Geldstrafe an (Urk. 37 S. 21).

2. Würdigung

Den Ausführungen der Vorinstanz kann ohne Einschränkungen zugestimmt werden (Urk. 37 S. 20 f.). Der Beschuldigte beging die vorliegende Tat in den Probezeiten des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2016 und des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 28. März 2017 (siehe Beizugsakten STA Zürich-Sihl 2016/10040864, Urk. 30/6 und Beizugsakten GG160033, Urk. 31/28). Es ist geradezu offensichtlich, dass sich der Beschuldigte – wie dies auch die Vorinstanz feststellte – von den beiden Vorstrafen nicht beeindruckt liess. Die Anordnung des Vollzugs der Geldstrafe ist demnach zu bestätigen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Vorinstanzliches Verfahren

Bei diesem Verfahrensausgang hat es bei der vorinstanzlichen Kostenverteilung sein Bewenden. Dispositivziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils ist entsprechend zu bestätigen (Urk. 37 S. 24).

2. Berufungsverfahren

2.1. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist praxisgemäss auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

2.2. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, sind somit dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

2.3. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ist für seine Aufwände im zweitinstanzlichen Verfahren antragsgemäss mit Fr. 1'913.80 (inkl. MWST und Auslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 58).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 11. Dezember 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. Von einem Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. Dezember 2016 (2016/40864) bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 10.–, entsprechend Fr. 300.–, wird abgesehen, hingegen wird die Probezeit um ein Jahr verlängert.
5. Von einem Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 28. März 2017 (GG160033) bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 2'700.–, wird abgesehen, hingegen wird die Probezeit um ein Jahr verlängert.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.- Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 495.- Dolmetscher
Fr. 3'500.- amtliche Verteidigung
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 7. (...)
 8. Die amtliche Verteidigung wird mit Fr. 3'500.- (pauschal; inkl. MwSt. und Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
 9. (Mitteilung)
 10. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.-, wovon 2 Tagessätze durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 7) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'913.80 amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse

genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- in die Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Nr. F-6/2016/40864,
- das Bezirksgericht Uster, betr. G.Nr. GG160030-I.
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

8. 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
I. Strafkammer

Zürich, 13. Oktober 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Prinz

lic. iur. H. Kistler