

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB240458-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Wenker, Präsident, Oberrichter lic. iur. Castrovilli  
und Ersatzoberrichterin lic. iur. Brenn sowie Gerichtsschreiberin  
MLaw Zogg

## Urteil vom 8. Juli 2025

in Sachen

**Staatsanwaltschaft See/Oberland,**  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

**A. \_\_\_\_\_,**

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

ab 9. Juni 2025 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_

betreffend **mehrfache Widerhandlung gegen das Ausländer- und  
Integrationsgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht in Zivil-  
und Strafsachen, vom 5. Juni 2024 (GG240005)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 4. Januar 2024 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 20).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten betreffend mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG wird eingestellt.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 1'500.– die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren.
3. Die Kosten der Untersuchung sowie des gerichtlichen Verfahrens werden vollumfänglich auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird für drei Tage erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 600.– zzgl. Zins zu 5% seit 28. Oktober 2023 aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Dem Beschuldigten wird für die Ausübung seiner Verfahrensrechte eine Entschädigung von Fr. 12'773.40 sowie für seine wirtschaftlichen Einbussen eine Entschädigung von Fr. 50.– zugesprochen.

**Berufungsanträge:**

- a) Der Staatsanwaltschaft See/Oberland:  
(Urk. 79 S. 1)

- "1. Schuldigsprechung des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Bestrafung mit 30 Tagen Geldstrafe zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 900.–, unter Anrechnung der erstandenen 2 Tage Haft.

3. Gewährung des bedingten Strafvollzugs unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren.
4. Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 29. September 2023 gewährten bedingten Vollzugs der Geldstrafe und Vollzug der Strafe.
5. Kostenaufgabe an den Beschuldigten."

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 80 S. 4)

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 5. Juni 2024 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der Beschuldigte des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG nicht schuldig zu erkennen und freizusprechen.
3. Es seien die Verfahrenskosten, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, sowie die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Es sei dem Beschuldigten eine Entschädigung für die Ausübung seiner Verfahrensrechte in der Höhe von Fr. 12'773.40 sowie eine Entschädigung für die wirtschaftlichen Einbussen in der Höhe von Fr. 100.– zuzulasten der Staatskasse zuzusprechen.
5. Es sei dem Beschuldigten eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 600.– zzgl. Zins zu 5 % seit 28. Oktober 2023 (mittleres Verfalldatum) zuzulasten der Staatskasse zuzusprechen."

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte / Prozessuales**

#### 1. Verfahrensgang

Zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 46 S. 3). Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht, vom 5. Juni 2024 meldete die Staatsanwaltschaft am 11. Juni 2024 rechtzeitig Berufung an (Urk. 40 und 41). Nach Zustellung des begründeten Entscheids am 5. September 2024 (Urk. 44) ging die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft vom 19. September 2024 fristgerecht am Obergericht ein (Urk. 47); die Akten wurden am 30. September 2024 zugestellt (Urk. 48). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2024 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 50). Gleichzeitig wurde er aufgefordert, dem Gericht Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen. Dem kam er mit Eingabe vom 20. Januar 2025 nach (Urk. 66 und 67/1-2). Am 9. Juni 2025 liess er unter Hinweis auf seine finanziellen Verhältnisse ein Gesuch um Einsetzung seines bisher erbetenen Verteidigers, Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_, als amtlicher Verteidiger stellen (Urk. 68). Nachdem aufgrund der Berufung der Staatsanwaltschaft ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt (Art. 130 lit. d StPO) und jene keine Einwendungen gegen Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ erhob (Urk. 71), wurde dieser per 9. Juni 2025 als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 72). Ein neuer Strafregisterauszug des Beschuldigten wurde am 23. Juni 2025 eingeholt und ergab keine Neuerungen (Urk. 74). Am 14. Januar 2025 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 65), an welcher der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers sowie der Vertreter der Staatsanwaltschaft teilnahmen (Prot. II S. 9).

#### 2. Antrag auf Nichteintreten

Mit Eingabe vom 5. November 2024 beantragte die Verteidigung, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, weil ein Prozesshindernis resp. unüberwindbares Strafverfolgungshindernis nach Art. 115 Abs. 4 Satz 1 AIG vorliege. Gegen den

Beschuldigten sei im Zeitpunkt seiner Verhaftung ein Wegweisungsverfahren hängig gewesen und es sei noch nicht alles Zumutbare zwecks Rückführung des Beschuldigten nach Tunesien unternommen worden (Ausschaffungshaft, Zuführung Botschaft etc.). Bei illegalem Aufenthalt gehe das "Rückkehrverfahren" der Bestrafung vor (Urk. 52). Nach Einsicht in die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft (Urk. 56) sowie der Replik der Verteidigung (Urk. 59) wies das hiesige Gericht den Antrag der Verteidigung mit Beschluss vom 19. Dezember 2024 ab (Urk. 63). Es wurde davon ausgegangen, dass die vom Beschuldigten aufgeworfene Thematik letztlich eine Frage der Strafbarkeit des Beschuldigten sei, nicht aber die Zulässigkeit der Berufung als Rechtsmittel respektive die Zulässigkeit der Durchführung eines Strafverfahrens an und für sich betreffe.

Die Verteidigung stellt sich auch heute vorfrageweise wieder auf den gleichen Standpunkt und macht geltend, es sei festzustellen, dass ein Prozesshindernis vorliege (Urk. 75). Hierzu wird unten beim Rechtlichen das Notwendige ausgeführt. Wie zu zeigen sein wird, liegt entgegen der Ansicht der Verteidigung kein Prozesshindernis vor.

### 3. Antrag auf Aussonderung von Migrationsakten

Überdies beantragte die Verteidigung ebenfalls im Rahmen der Vorfragen, es seien die Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich auszusondern, soweit diese Informationen enthielten, welche nur durch oder mit dem Willen des Beschuldigten beschafft worden seien (Urk. 75 S. 2, 11 ff.), worauf nachfolgend beim Sachverhalt eingegangen wird.

### 4. Rückweisung

a) Sodann forderte die Verteidigung für den Fall, dass nicht vom Vorliegen eines Verfahrenshindernisses ausgegangen und das Berufungsverfahren durchgeführt werde, dass das vorinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werde (Urk. 80 S. 5 ff.). So macht sie geltend, dass vor Vorinstanz keine ordentliche Hauptverhandlung und damit auch kein Beweisverfahren und keine materielle Behandlung sämtlicher Anklage-

und Zivilpunkte stattgefunden hätten, weshalb sich der Beschuldigte vor Vorinstanz gar nicht zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen habe äussern und sachgerecht verteidigen können. Darin sei ein derartiger Mangel zu erblicken, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könne und daher auch unter dem Blickwinkel des Instanzenverlustes eine Rückweisung an die Vorinstanz erfordere (Urk. 80 S. 6; Prot. II S. 27 f.).

b) Die Berufung nach Art. 398 ff. StPO ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel. Tritt das Berufungsgericht auf die Berufung ein, fällt es ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). Nach Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht bei wesentlichen, im Berufungsverfahren nicht heilbaren Mängeln das angefochtene Urteil ausnahmsweise auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurück. Dabei bestimmt das Berufungsgericht, welche Verfahrenshandlungen zu wiederholen oder nachzuholen sind (Abs. 2). Das erstinstanzliche Gericht ist an die vom Berufungsgericht im Rückweisungsbeschluss vertretenen Rechtsauffassungen und an die Weisungen gemäss Art. 409 Abs. 2 StPO gebunden (Abs. 3). Die kassatorische Erledigung durch Rückweisung ist aufgrund des reformatorischen Charakters des Berufungsverfahrens die Ausnahme und kommt nur bei derart schwerwiegenden, nicht heilbaren Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens in Betracht, in denen die Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte, in erster Linie zur Vermeidung eines Instanzenverlusts, unumgänglich ist (BGE 149 IV 284 E. 2.2; mit Hinweisen). Damit sind grundsätzlich solche Fälle von einer Rückweisung betroffen, in denen keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung stattfand bzw. kein ordnungsgemässes oder kein vollständiges Urteil ergangen ist, der Mangel also in der Regel derart schwer wiegt, dass die Wesentlichkeit in diesem selbst gründet und er auch nicht heilbar ist. Damit einhergehend ist nicht zwingend erforderlich, dass sich der Mangel auf den Entscheid ausgewirkt hat (BGE 148 IV 155 E. 1.4.1 mit Hinweisen). Dies ist etwa der Fall bei Verweigerung von Teilnahmerechten oder nicht gehöriger Verteidigung, bei nicht richtiger Besetzung des Gerichts oder bei unvollständiger Behandlung sämtlicher Anklage- oder Zivilpunkte (BGE 149 IV 284 E. 2.2; 148 IV 155 E. 1.4.1; 143 IV 408 E. 6.1; je mit Hinweisen).

Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer "Heilung" des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 147 IV 340 E. 4.11.3; 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; 133 I 201 E. 2.2). Nach der Rechtsprechung dient die Berufung gerade dazu, allfällige Fehler des erstinstanzlichen Gerichts zu beheben, und bringt es mit sich, dass sich die Berufungsinstanz unter Umständen mit neuen Behauptungen und Beweisen zu Tat- und Rechtsfragen auseinandersetzen muss, für deren Beurteilung alsdann nur eine Instanz zur Verfügung steht (Urteile des Bundesgerichts 6B\_105/2021 vom 29. November 2021 E. 2.2.4; 6B\_542/2016 vom 5. Mai 2017 E. 3.4.1; 6B\_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1; je mit Hinweis).

c) Mit der Verteidigung ist zwar festzuhalten, dass vor Vorinstanz kein Beweisverfahren stattfand. Nicht gehört werden kann sie jedoch, wenn sie geltend macht, dass daher keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung durchgeführt worden sei. Eine solche fand durchaus statt, wenn auch in modifiziertem Rahmen, ohne dass ein Beweisverfahren erforderlich gewesen wäre. Dies ist auf die Rechtsauffassung der Vorinstanz zurückzuführen, wonach ein Verfahrenshindernis bestehe, das eine materielle Beurteilung der Anklagevorwürfe obsolet mache. Jedoch bedeutet dies nicht, dass die Hauptverhandlung an sich nicht ordnungsgemäss durchgeführt worden wäre. So ist die vorliegende Konstellation vergleichbar mit einer erstinstanzlichen Verfahrenseinstellung infolge Verjährung, bei welcher es ebenfalls keines Beweisverfahrens bedarf. Im Übrigen war es der Beschuldigte selbst, der durch seine Verteidigung vor Vorinstanz die Einstellung des Verfahrens beantragen liess (Urk. 35), was auch zur entsprechenden Ausgestaltung der

Hauptverhandlung geführt hat. Sich nun darauf zu berufen, dass keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung durchgeführt wurde, resp. ein erstinstanzliches Beweisverfahren zu verlangen, geht nicht an. Entsprechend lässt sich kein Verfahrensmangel, der eine Rückweisung erfordern würde, feststellen. Zumal das "fehlende" Beweisverfahren mit dem heutigen, anlässlich der Berufungsverhandlung durchgeführten Beweisverfahren sowie der eingehenden Befragung des Beschuldigten nachgeholt wurde. Daran vermag auch der Einwand der Verteidigung nichts zu ändern, wonach sich der Beschuldigte bei seiner Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung weitgehend auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen habe, weil er davon ausgegangen sei, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werde. So bestand kein Anlass, dass er im Falle der Verneinung eines Verfahrenshindernisses und der heutigen Durchführung des Berufungs- bzw. Beweisverfahrens hätte damit rechnen und darauf vertrauen dürfen, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen würde. Das rechtliche Gehör wurde hinreichend gewahrt.

#### 5. Umfang der Berufung

Die Anklagebehörde ficht das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich an (Urk. 79). Sie wendet sich gegen die Verfahrenseinstellung der Vorinstanz und verlangt eine Bestrafung des Beschuldigten. Damit sind heute auch alle damit zusammenhängenden Punkte zu überprüfen, weshalb keine Ziffern des vorinstanzlichen Urteils gemäss Art. 404 Abs. 1 StPO bereits in Rechtskraft erwachsen sind.

#### 6. Formelles

Nachdem die Staatsanwaltschaft Berufung erhoben hat, gilt das Verbot der "reformatio in peius" vorliegend nicht, d.h. das erstinstanzliche Urteil kann zum Nachteil des Beschuldigten abgeändert werden (Art. 391 Abs. 2 StPO).

Sodann ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Das Berufungsgericht kann sich auf die für seinen Entscheid massgebenden Gesichtspunkte beschränken (u.a.

BGE 147 IV 409 Erw. 5.3.4; BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1, jeweils mit Hinweisen). Wo im Folgenden auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO. Wird davon abgewichen, wird dies explizit erwähnt.

## 7. Beweisantrag

Anlässlich der Berufungsverhandlung reichte die Verteidigung eine Kopie des am 5. Juli 2024 ausgestellten Tunesischen Reisepasses des Beschuldigten mit dem Ersuchen ein, diese sei als Beweismittel abzunehmen (Urk. 77), welchem Ersuchen stattgegeben und die Urkunde zu den Akten genommen wird (Urk. 78), zumal auch die Staatsanwaltschaft nicht dagegen opponiert (Prot. II S. 26).

## II. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, sich vom 8. bis 17. Oktober 2023 sowie vom 24. Oktober bis 6. November 2023 rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten und die ihm angesetzten Ausreisefristen wissentlich und willentlich missachtet zu haben. Dabei habe er insbesondere auch seine tunesischen Papiere erst zwecks Einleitung eines Eheverfahrens im August 2023 dem tunesischen Konsulat eingereicht, obwohl er bereits seit 10. November 2022 über diese verfügt habe, um so möglichst lange die Unmöglichkeit einer Ausreise geltend zu machen (Urk. 20).

2.a) Zunächst ist festzuhalten, dass die Verteidigung vor Vorinstanz wie auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung den Antrag stellte, die Akten des Migrationsamts seien aus den Akten zu entfernen resp. "auszusondern", wobei sie auf entsprechende Nachfrage hin präzisierete, dass es sich dabei konkret um das Einreisegesuch, die Geburtsurkunde sowie die Kopie des Tunesischen Reisepasses des Beschuldigten handle, welche dieser im November 2022 anlässlich seines Gesuchs um Einreisebewilligung eingereicht habe (Urk. 35 S. 9 ff.; Urk. 75 S. 2, 11 ff.; Prot. II S. 11). Die Migrationsakten seien wohl eher zur Stimmungsmache beigezogen worden. Nachdem der Beschuldigte in der Untersuchung selbst behauptet hatte, er habe alle seine Dokumente beim Migrationsamt hinterlegt,

weil er hier habe heiraten wollen, erinnere sich aber nicht mehr wann (Urk. D1/13 S. 5; vgl. auch Urk. 80 S. 15), erwies sich der Beizug der Migrationsakten (Urk. D1/16) als notwendig und zulässig. Kommt hinzu, dass die konkret bezeichneten Dokumente (Einreisegesuch, Geburtsurkunde sowie Passkopie) im November 2022 von der damaligen Partnerin und heutigen Ehefrau des Beschuldigten, B.\_\_\_\_\_, zu einem Zeitpunkt eingereicht wurden, in welchem sich der Beschuldigte noch gar nicht in der Schweiz befand, weshalb für ihn entsprechend (noch) gar keine Mitwirkungspflicht bestand, wie es von der Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 35 S. 8 ff.; Urk. 75 S. 11 ff.; Prot. II S. 11). Was die Passkopie angeht, so hat der Beschuldigte diese zudem ohnehin selbst in das Strafverfahren eingebracht, indem er sie bei seiner zweiten Verhaftung auf sich getragen hatte (Urk. D2/1 S. 2; Urk. D2/2/5). Es besteht somit kein Anlass, diese Akten, welche Teil der Untersuchungsakten bilden und jederzeit von der Verteidigung einsehbar waren (vgl. Urk. D1/16/83 und 85), auszusondern. Inwiefern die darin befindlichen Dokumente nicht verwertbar sein sollen, sofern es sich dabei nicht um Eingeständnisse illegalen Handelns des Beschuldigten selbst ausserhalb eines Strafverfahrens handelt, ist ebenfalls nicht einzusehen und wurde auch nicht substantiiert dargelegt (Urk. 35 S. 10 f.).

b) Aus den Migrationsakten geht – wie zuvor erwähnt – hervor, dass die damalige Partnerin und heutige Ehefrau des Beschuldigten (B.\_\_\_\_\_) bereits am 10. November 2022 ein Gesuch um Einreisebewilligung – mutmasslich der Eltern des Beschuldigten – zwecks Heirat gestellt hatte. Dabei gelangte die Behörde offenbar am 11. November 2022 in den Besitz einer (abgelaufenen) Passkopie des Beschuldigten (Urk. D1/16/1-2). Gleichzeitig wurde auch eine kurz davor am 8. Oktober 2022 erstellte Geburtsurkunde eingereicht (Urk. D1/16/7). Dies korrespondiert datumsässig nicht nur mit dem Gesuch auf Einreisebewilligung, sondern auch mit den Angaben des Beschuldigten, er habe dem Migrationsamt all seine Dokumente im Hinblick auf eine Hochzeit eingereicht. Auch wenn dies durch seine Lebensgefährtin erfolgte (Urk. D1/16/1; Urk. D1/16/11), ändert dies nichts daran, dass der Beschuldigte offenkundig bereits im November 2022 über diese Kopien verfügte (vgl. Urk. D1/15). Dies ist als erstellt zu erachten. Dass der Beschuldigte zu dieser Zeit bereits in der Schweiz weilte, ist nicht zu vermuten.

Vielmehr will er nach eigenen Angaben erst im April 2023 eingereist sein. Für das Migrationsamt bestand also bis zu seiner ersten Verhaftung am 28. September 2023 keinerlei Anlass, irgendetwas zu unternehmen, zumal das Gesuchsverfahren mangels Mitwirkung bereits im März 2023 als gegenstandslos abgeschrieben worden war (Urk. D1/16/21). Ebenso ist heute erstellt, dass der Beschuldigte erstmals am 30. August 2023 bei der tunesischen Botschaft um Ausstellung eines (neuen) Passes ersuchte (Urk. D1/13 S. 2 N 9; Urk. D2/2/4; Urk. 34).

3. Sodann ist erstellt und nicht substantiiert bestritten worden, dass der Beschuldigte mit den in der Anklageschrift genannten Verfügungen des Migrationsamts aus der Schweiz weggewiesen und jeweils mit einer Ausreisefrist belegt wurde, denen der Beschuldigte wissentlich nicht nachkam (Urk. D1/5/6; Urk. D2/2/1). Bezüglich Dossier 1 wurde dies vom Beschuldigten explizit anerkannt: Er führte aus, es sei ihm klar und deutlich gewesen, dass er die Schweiz bis zum 7. Oktober 2023 hätte verlassen müssen. Er sei mit der Wegweisung einverstanden. Ein Anwalt habe ihm ausdrücklich gesagt, er müsse seine Eheschliessung im Ausland vollziehen und dann in Tunesien ein Einreisevisum für die Schweiz beantragen (Urk. D1/2 S. 2). Dennoch verblieb er weiterhin in der Schweiz. Dasselbe gilt auch für Dossier 2, auch wenn der Beschuldigte hier keine umfassenden Aussagen mehr machen wollte (Urk. D2/3 S. 3 f.). Er machte neu geltend, er warte nur auf seinen Reisepass, um ausreisen zu können. Wenn man ihn hier nicht wolle und er einen Reisepass habe, sei er gewillt auszureisen (a.a.O. S. 2; Urk. D1/13). In der Schlusseinvernahme wurde der Beschuldigte gefragt, weshalb er erstmals im August 2023 versucht habe, beim Konsulat einen neuen Pass zu erhalten, worauf der Beschuldigte geltend machte, er habe zunächst die notwendigen Unterlagen dafür beschaffen müssen, was lange gedauert habe. Die Passkopie habe er erst Ende August 2023 überhaupt von seinem Bruder zugesandt erhalten. Den Pass selbst habe er im Sommer 2023 in C. \_\_\_\_\_ [Stadt in Frankreich] verloren. Er habe nichts unternehmen können, solange er keine Kopie des verlorenen Passes gehabt habe (Urk. D1/13 S. 2 ff.). Diese Aussagen des Beschuldigten überzeugen nicht. So hatte er im letzten Verfahren am 28. September 2023 noch ausgesagt, er wohne mit seinem Vater in C. \_\_\_\_\_ und sei ca. April 2023 in die Schweiz eingereist; seinen Pass habe er vor ca. 8 Mona-

ten in Frankreich – mithin ca. im Januar 2023 – verloren. Seit seiner Einreise habe er die Schweiz ohne Dokumente ca. 6-7 Mal verlassen in Kenntnis darum, dass er einen gültigen Reisepass und ein Visum für die Schweiz benötige (beigez. Akten, Unt.Nr. 2023/10039747, darin Urk. 3 S. 2 f.). Wenn sich der Beschuldigte nach Monaten erst im August 2023 erstmals darum kümmerte, einen neuen Pass zu erhalten – mutmasslich, weil sich dies für eine Eheschliessung als notwendig erwies – zeigt dies mit aller Deutlichkeit, dass er die Schweiz nicht verlassen wollte. Auch dass er geltend macht, er habe die Kopie des abgelaufenen Passes nicht gehabt, sondern erst von seinem Bruder kurz vor dem Gesuch erhalten, überzeugt nicht: So machte er selbst geltend, das Migrationsamt habe seine Unterlagen gehabt, wo sich auch tatsächlich die Passkopie sowie eine Geburtsurkunde seit November 2022 befanden. Dennoch ist aus den Akten nirgends ersichtlich, dass sich der Beschuldigte seit seiner ersten illegalen Einreise im April 2023 beim Migrationsamt gemeldet hätte, um Kopien seiner Dokumente erhältlich zu machen, was ein Leichtes gewesen wäre. Vielmehr führte der Beschuldigte explizit aus, er habe die Schweiz nicht verlassen, weil er habe wissen wollen, ob er in der Schweiz bleiben könne resp. damit das Migrationsamt seinen Fall nochmals abkläre (Urk. D1/2 S. 3). Damit ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte wesentlich rechtswidrig in der Schweiz verblieb und keine relevanten Anstrengungen unternahm, um die nötigen Ausreisepapiere zu erhalten. Das Einreichen eines Gesuchs im August 2023 bei der Tunesischen Vertretung, ohne jegliche Kooperation mit oder Mitteilung an die Migrationsbehörden, reicht jedenfalls nicht aus, selbst wenn es zutreffen mag, dass es insgesamt 10 Monate dauerte, bis der Tunesische Reisepass vorgelegen hat, wie es von Seiten des Beschuldigten geltend gemacht wird (Urk. 80 S. 9; Prot. II S. 28). Hinsichtlich eines ständigen Kontakts mit dem Migrationsamt in Bezug auf die Papierbeschaffung, wie dies von Seiten des Beschuldigten heute – indes ohne detaillierte Angaben – geltend gemacht wird (Urk. 80 S. 14; Prot. II S. 24, 30), kann den Migrationsakten für den Zeitraum vor dem Ehevorbereitungsverfahren im Übrigen nichts entnommen werden (D1/16/1-34).

4. Schliesslich ist an dieser Stelle – in Bezug auf den ersten Sachverhaltsvorwurf (Dossier 1) – zu erwähnen, dass die Verteidigung zutreffend festhielt, dass

niemand gezwungen werden kann, die Schweiz ohne gültige Reisepapiere zu verlassen und illegal in einen Drittstaat einzureisen. Genau dies tat der Beschuldigte jedoch freiwillig und seit seiner Einreise im April 2023 sogar mehrfach: So führte er – wie erwähnt – mehrfach aus, er habe die Schweiz damals 6-7 Mal ohne Dokumente verlassen, war also zwischen seinem Vater in Frankreich und seiner Partnerin in der Schweiz eigentlich hin- und hergependelt (Urk. D1/2 S. 2; beigez. Akten, a.a.O., darin Urk. 3 S. 2 f.). Insofern erscheint es rechtsmissbräuchlich, als Grund für die Widersetzung gegen die Wegweisungsverfügung und den Verbleib in der Schweiz anzugeben, dass man wegen fehlender Papiere nicht habe ausreisen können, wenn man dies zuvor bereits diverse Male getan hat. Wer sich derart hartnäckig immer wieder – und letztlich grundlos – über die geltenden Einreisebestimmungen hinweg setzte und genau so gut im Ausland hätte bleiben können, anstatt erneut illegal in die Schweiz einzureisen, verdient keinen Schutz. Es liegt folglich auf der Hand, dass sich der Beschuldigte auch hinsichtlich des hier relevanten Zeitraums gemäss Dossier 1 bewusst entschloss, rechtswidrig in der Schweiz zu bleiben, um hier letztlich einen Aufenthaltstitel mittels Eheschliessung zu erzwingen.

5. Was demgegenüber den zweiten Anklagevorwurf (Dossier 2) anbelangt, in Bezug auf welchen Zeitraum bei den Migrationsbehörden ein Gesuch um Erteilung einer EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung verbunden mit dem Antrag auf Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts zwecks Durchführung eines Ehevorbereitungsverfahrens hängig war, wird im Rahmen der nachfolgenden rechtlichen Würdigung Stellung genommen.

### **III. Rechtliche Würdigung**

1. Wie eingangs erwähnt stellt sich die Verteidigung auch im Berufungsverfahren vorfrageweise auf den Standpunkt, es liege ein Prozesshindernis resp. unüberwindbares Strafverfolgungshindernis nach Art. 115 Abs. 4 Satz 1 AIG vor, weil im Zeitpunkt der Verhaftung des Beschuldigten ein Wegweisungsverfahren hängig gewesen sei. Bei illegalem Aufenthalt gehe das "Rückkehrverfahren" der

Bestrafung vor (Urk. 52 S. 6 ff.; Urk. 75 S. 3 ff.). Dieser Argumentation schloss sich auch die Vorinstanz an und stellte das Verfahren ein (Urk. 46 S. 6 f.). Dem ist nicht beizupflichten. Zwar wurde das vorliegende Strafverfahren einzig wegen einer Straftat nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG eingeleitet, ein Wegweisungsverfahren war indes nicht mehr hängig. Mit der Staatsanwaltschaft ist festzuhalten, dass das Wegweisungsverfahren gegen den Beschuldigten mit der Ansetzung der Ausreisefrist mittels Verfügung des Migrationsamts bereits abgeschlossen war (Urk. 56). Verteidigung und Vorinstanz vermischen hier verschiedene Begrifflichkeiten, wenn sie vom Rückweisungsverfahren sprechen: Die Wegweisung sowie der Vollzug dieser Wegweisung, mithin die Ausschaffung einer Person, sind zwei verschiedene Verfahrensstadien und deren Unterscheidung keineswegs "haarspalterisch" (Urk. 59 S. 5). Nicht bei allen Personen, die sich illegal im Land aufhalten, kommt es zwingend auch zu einem administrativen Wegweisungsverfahren, sondern vor allem dort, wo zunächst festgestellt werden muss, ob eine Person ohne die erforderlichen Papiere dennoch ein Bleiberecht in der Schweiz aufweisen könnte, z.B. aus asylrechtlichen Gründen. Dass in der Zeit, während diese Fragen geklärt werden, ein Strafverfahren sistiert werden soll, ist logisch und leuchtet ohne weiteres ein. Sobald indes rechtskräftig feststeht, dass kein Bleiberecht besteht und – wie vorliegend – eine Ausreisefrist angesetzt wurde, ist das Wegweisungsverfahren abgeschlossen. Dies – wie die Verteidigung – so auslegen zu wollen, dass ein Wegweisungsverfahren immer erst abgeschlossen ist, wenn der Beschuldigte erfolgreich ausgeschafft werden konnte oder selbstständig das Land verlassen hat, macht offenkundig keinen Sinn, denn so könnten in der Regel gar keine Strafverfahren durchgeführt werden, denn Beweiserhebungen, wie z.B. die Befragung des Beschuldigten, wären nicht mehr möglich. Somit steht fest, dass Art. 115 Abs. 4 Satz 1 AIG hier nicht zum Tragen kommt, zumal einzig der Vollzug der Wegweisung, nicht aber das Wegweisungsverfahren pendent ist. Mit der Staatsanwaltschaft ist im Übrigen festzuhalten, dass das Verfahren ansonsten zu sistieren und nicht einzustellen wäre (Urk. 56; Urk. 76).

2. Die Verteidigung macht überdies geltend, das Verfahren sei auch deshalb einzustellen, weil eine Bestrafung des Beschuldigten aufgrund Art. 115 Abs. 5 AIG ausser Betracht falle, zumal die Schengener Rückführungsrichtlinie verlange,

dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet werde, wenn noch nicht alle erforderlichen Entfernungsmassnahmen ergriffen worden seien (Urk. 59 S. 3). Diese Ausführungen der Verteidigung, insbesondere auch die Verweise auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofs in Sachen A. Achughabian und H. El Dridi (Urk. 35 S. 7; Urk. 75 S. 5 f., 8), sind obsolet, denn vorliegend geht es unbestrittenermassen nicht um die Verhängung einer Freiheitsstrafe. Dass eine solche in der vorliegenden Situation, wo die Migrationsbehörden offenkundig noch nicht sämtliche Massnahmen zur Ausschaffung des Beschuldigten unternommen haben, nicht in Betracht kommt, steht ausser Frage. Allerdings kann auch nicht ernsthaft behauptet werden, das Rückführungsverfahren sei durch die zweimal für rund einen Tag angeordnete Untersuchungshaft in irgendeiner Weise verzögert worden (Urk. 52 S. 7). Ob eine Geldstrafe im vorliegenden Fall überhaupt verhängt werden kann, weil diese möglicherweise später einmal in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden könnte, wird im Strafpunkt zu prüfen sein. Mit anderen Worten hat weder ein Nichteintretensentscheid noch eine Verfahrenseinstellung oder ein Freispruch zu ergehen, bloss weil unter Berücksichtigung der EU-Rückführungsrichtlinie eine Bestrafung allenfalls nicht möglich ist. Ein Schuldspruch kann auch dann ergehen, wenn im Fortgang von einer Bestrafung abgesehen wird (vgl. Art. 115 Abs. 5 AIG, Art. 52 ff. StGB; vgl. auch BGE 139 IV 220 E. 3.4). Insofern ist in der EU-Rückführungsrichtlinie kein Verfahrenshindernis zu erkennen.

3.a) Die Vorinstanz ging trotz Verfahrenseinstellung im Übrigen davon aus, es sei unbestritten und stehe fest, dass sich der Beschuldigte illegal in der Schweiz aufgehalten habe (Urk. 46 S. 7). Aufgrund des oben erstellten Sachverhalts hat der Beschuldigte in Bezug auf den ersten Sachverhaltsvorwurf (Dossier 1) ohne Weiteres sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG erfüllt. In Erw. II.4. wurde insbesondere auch dargelegt, dass von vorsätzlicher Tatbegehung auszugehen ist, wobei anzumerken ist, dass – entgegen der Verteidigung (Prot. II S. 29 f.) – mit der neu angesetzten (nicht beachteten) Ausreisefrist selbstredend auch ein neuer Tatentschluss einherging.

b) Hinsichtlich des zweiten Sachverhaltsvorwurfs (Dossier 2) ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte am 24. Oktober 2023 – mithin am Tag des Beginns des zweiten Tatzeitraums – beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verbunden mit dem gleichzeitigen Antrag um Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts im Hinblick auf die Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens gestellt hatte (Urk. D2/2/7). Nach Art. 17 Abs. 1 AIG gilt grundsätzlich die Regel, wonach Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten haben. Ausnahmsweise können die Behörden jedoch in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AIG eine Bewilligung zum prozeduralen Aufenthalt erteilen, wenn die Ausreisepflicht im Sinne von Art. 17 Abs. 1 AIG keinen Sinn macht, weil die Bewilligung letztlich vermutlich zu erteilen sein wird (BGE 139 I 37 E. 3.4.4). Bei einer beabsichtigten Eheschliessung einer illegal anwesenden Person ist dies etwa der Fall, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nach der Heirat offensichtlich erfüllt erscheinen, das Fehlen des rechtmässigen Aufenthalts praktisch einziges Ehehindernis ist und mit den für die Eheschliessung erforderlichen Papieren in absehbarer Zeit gerechnet werden kann. Vor diesem Hintergrund erschiene es für die Betroffenen bei einer ernstlich gewollten Ehe und offensichtlich erfüllten Bewilligungsvoraussetzungen unzumutbar, in ihre Heimat zurückzukehren und von dort aus um eine Einreisebewilligung zwecks Heirat zu ersuchen (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.2). Dass die Migrationsbehörden just davon ausgingen, ist rückwirkend erstellt, nachdem der Beschuldigte heute offenbar verheiratet und aufenthaltsberechtigt ist (Prot. II S. 21). In der Lehre wird allgemein die Auffassung vertreten, dass der Aufenthalt eines Ausländers in der Schweiz nicht strafbar sein kann, solange ein Verfahren um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung oder einer Duldungserklärung läuft und noch kein rechtskräftiger Entscheid darüber vorliegt (BGE 139 I 37 E. 3.4.4; vgl. OFK Migrationsrecht-Spescha, N 6 f. zu Art. 17 AIG m.w.H.). Entsprechend ist einhergehend mit der Verteidigung festzuhalten, dass sich der Beschuldigte, zumindest solange als sein Gesuch um Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts noch pendent war, legal in der Schweiz aufhielt. Folglich mangelt es in Bezug auf den Anklagevor-

wurf gemäss Dossier 2 an der Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.

4. Der Beschuldigte ist daher in Bezug auf den Anklagezeitraum vom 8. Oktober 2023 bis 17. Oktober 2023 (Dossier 1) der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen, während er hinsichtlich des Anklagezeitraums vom 24. Oktober 2023 bis 6. November 2023 (Dossier 2) von ebendiesem Vorwurf freizusprechen ist.

## **II. Strafe / Widerruf / Vollzug**

1.a) Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass die Verhängung einer Geldstrafe, soweit sie das Rückführungsverfahren nicht behindere, grundsätzlich mit der Schengener Richtlinie 2008/115 vereinbar sei (Urk. 46 S. 5 und 7 f.). Sie ging indes davon aus, es sei anzuzweifeln, dass eine Geldstrafe bis zur Ausreise des Beschuldigten vollzogen werden könnte resp. ob er in der Lage wäre, eine solche zu begleichen, "was eine Freiheitsstrafe zur Folge hätte" (a.a.O. S. 8). Weil eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe ebenfalls zu einer Verzögerung des Rückführungsverfahrens führen würde, sei auch eine Geldstrafe von vornherein nicht möglich und das Verfahren einzustellen (a.a.O. S. 9). Die Verteidigung schliesst sich dieser Argumentation an (Urk. 52 S. 9 f.; Urk. 75 S. 8 ff.; Prot. II S. 12 ff.).

b) Das Schweizerische Bundesgericht hat sich vor Kurzem im Entscheid Nr. 6B\_529/2024 vom 28. März 2025 mit genau dieser Frage befasst. Auch dort ging es darum, dass die Migrationsbehörden noch nicht sämtliche für den Vollzug einer rechtskräftigen Wegweisung erforderlichen Massnahmen ergriffen hatten, weshalb die Verhängung einer Freiheitsstrafe ausser Betracht fiel. Das hiesige Gericht ging damals in seinem Entscheid noch davon aus, dass auch die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe der EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008 entgegen stehe, weil dies die Gefahr einer späteren Ersatzfreiheitsstrafe und damit einer allfälligen Verzögerung der Rückführung des Beschuldigten in sich berge. Demgemäss sah es von einer Bestrafung ab. Das Bundesgericht erachtete diese Auffassung als bundesrechtswidrig (Erw. 1.3). Eine Geldstrafe könne zwar u.U. in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden; diese im Urteilszeit-

punkt abstrakte Möglichkeit stelle jedoch keine richtlinienwidrige Erschwerung des Rückführungsverfahrens dar. Dies gelte selbst bei Personen in bescheidenen finanziellen Verhältnissen oder auch bei solchen, die Nothilfe beziehen. Ein Betroffener, dessen Geldstrafe tatsächlich später in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werde, könne sich gegen den entsprechenden Entscheid in jenem Verfahren zur Wehr setzen und in diesem Rahmen die Konformität der Ersatzfreiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie überprüfen lassen (Erw. 1.3.2).

c) Angesichts dieser Rechtsprechung steht der Ausfällung einer Geldstrafe grundsätzlich nichts im Wege. Auch Mittellosigkeit schliesst dies nicht aus. So kann gemäss Bundesgericht auch bei abgewiesenen Asylbewerbern, die Nothilfe beziehen, eine Geldstrafe verhängt werden – dies also auch im Geltungsbereich der EU-Rückführungsrichtlinie (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.3 ff., insbesondere E. 1.5; 6B\_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 2.7; 6B\_689/2010 und 6B\_690/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 6.4). Es könnte einzig argumentiert werden, dass bereits im heutigen Zeitpunkt unzweifelhaft und unveränderbar fest steht, dass der Beschuldigte eine Geldstrafe – selbst mit dem allenfalls tiefsten Tagessatz von Fr. 10.– – nicht würde bezahlen können. Davon ist nicht auszugehen. Es ist vielmehr festzuhalten, dass der Beschuldigte bereits geraume Zeit in der Schweiz lebt und von Bekannten – insbesondere seiner Ehefrau – offenbar auch finanziell unterstützt wird, was als Schenkung zu qualifizieren ist, und er neuerdings auch einer nicht näher bezeichneten Erwerbstätigkeit mit unbekanntem Einkommen nachgeht (Urk. D1/2 S. 3; Prot. I S. 5; Prot. II S. 18; vgl. Urk. D1 S. 1 unten). So war es ihm bisher auch möglich, einen erbetenen Verteidiger zu bezahlen. Dieser Verteidiger hielt im Gesuch um Bestellung als amtlicher Verteidiger sodann fest, der Beschuldigte verfüge "über ein sehr bescheidenes Einkommen" (Urk. 68 S. 5). Im Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens der Eheschliessung wurde geltend gemacht, die finanziellen Mittel für die Deckung des Lebensunterhalts seien vorhanden (D2/2/7 S. 4 und 7). Schliesslich räumte der Beschuldigte im früheren Verfahren im September 2023 ein, er rauche bis zu 4 Joints Marihuana am Tag, das er normalerweise am Kiosk in Zürich kaufe (beigez. Akten, Unt.Nr. 2023/10039747, darin Urk. 3 S. 5 f.). Aufgrund all dieser Umstände ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte

durchaus über gewisse – wenn auch bescheidene – Geldmittel verfügt, weshalb eine Geldstrafe nicht von vornherein ausser Betracht fallen kann.

## 2. Neue Strafe

Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer (bedingten) Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– (sowie Widerruf der früheren bedingten Strafe, worauf zurückzukommen ist). Die Strafnorm des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sieht als Sanktion Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Das Verschulden des Beschuldigten wiegt zwar nicht mehr leicht, zumal er sich trotz Verhaftung über eine Ausreisefrist (Urk. 49) hinwegsetzte. Andererseits perpetuierte er damit einfach einen bestehenden Zustand und war nur ein sehr kurzer Zeitraum von 9 Tagen betroffen. Klar strafehöhend wirkt indes die Tatbegehung während der Probezeit, deutlich strafmindernd demgegenüber sein Geständnis in der Sache. Insgesamt erscheint eine Geldstrafe von 20 Tagessätzen als angemessen. Daran anzurechnen sind 3 Tage Untersuchungshaft.

Was die Höhe des Tagessatzes betrifft, sind die äusserst knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen. Die Staatsanwaltschaft beantragt den minimalen Tagessatz von Fr. 30.–. Wie oben dargelegt, verfügt der mittlerweile mit B.\_\_\_\_\_ verheiratete, sich nunmehr legal in der Schweiz aufhaltende Beschuldigte über gewisse Einkommensquellen und geht heute auch einer Erwerbstätigkeit nach, wobei die Art seiner Erwerbstätigkeit und die Höhe seines Einkommens jedoch unbekannt geblieben sind (Prot. II S. 18, 21 f.). Somit besteht kein Anlass für die Anwendung der Ausnahmeregel von Art. 34 Abs. 2 Satz 2 StGB und erscheint eine Tagessatzhöhe von Fr. 30.– den Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

### 3. Widerruf

Der Beschuldigte hat die neuerlichen Taten während der ihm mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 29. September 2023 angesetzten 2-jährigen Probezeit begangen (beigez. Akten, a.a.O., darin Urk. 14 und 17 = Empfangsschein vom gleichen Tag). Die Staatsanwaltschaft beantragt den Widerruf dieser früheren bedingten Geldstrafe sowie die gleichzeitige Ausfällung einer bedingten neuen Geldstrafe (Urk. 47 S. 2, Urk. 79 S. 1). Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB lautet wie folgt: "Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet das Gericht in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe." Diese gesetzliche Regelung wird von der Lehre als gesetzgeberische Fehlleistung erachtet (Basler Kommentar, N 36 zu Art. 46; Mathys Hans, Leitfaden Strafzumessung, 2019, S. 509, sowie BGE 145 IV 146 Erw. 2.2). Dennoch hat das Bundesgericht festgehalten, dass an der Auslegung des Gesetzes kein Zweifel besteht und das Gericht in solchen Konstellationen eine Gesamtstrafe ausfällen *muss* (BGE 145 IV 146 Erw. 2.3.5; vgl. auch Trechsel, StGB, 4. Auflage, N 4a zu Art. 46 "Gesamtstrafe ist *geboten*"). Mit anderen Worten sind die Anträge der Staatsanwaltschaft mit dem Gesetz nicht vereinbar. Hinzu kommt, dass bei einem Widerruf die neue Gesamtstrafe zwingend vollumfänglich unbedingt auszufallen wäre (vgl. BSK, a.a.O. N 37, und Mathys, a.a.O. N 510), zumal bei Geldstrafen ein teilbedingter Vollzug ausgeschlossen ist. Andererseits kann der Richter gemäss BGE 134 IV 140 Erw. 4.5 zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird (vgl. BSK, a.a.O., N 43 zu Art. 46). Dies erweist sich vorliegend als angemessen und wirkt sich letztlich zu Gunsten des Beschuldigten aus. Er wird heute – im Folgenden – zum ersten Mal mit einer unbedingten Strafe bestraft, weshalb von einer gewissen Warnwirkung hinsichtlich künftiger Prognose auszugehen ist. Vom Widerruf des bedingten Strafvollzugs der früheren Strafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– ist mithin abzusehen und stattdessen eine Verwarnung auszusprechen (Art. 46 Abs. 2 StGB).

#### 4. Vollzug

Damit ist die heute neu auszufällende Geldstrafe von 20 Tagessätzen unbedingt auszufallen (Art. 42 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte setzte sich – wie schon im letzten Strafverfahren – unbekümmert über die Aufenthaltsbestimmungen der Schweiz hinweg und liess sich auch durch Verhaftungen, erneute Wegweisungsverfügungen und die laufende Probezeit nicht beeindrucken. Eine günstige Prognose kann ihm nicht mehr gestellt werden. Nachdem sich nunmehr auch die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten positiv entwickelt haben, er mithin einer Erwerbstätigkeit nachgeht (siehe vorstehend Erw. IV.2), steht einem unbedingten Vollzug im Übrigen nichts entgegen. Die Geldstrafe ist zu vollziehen.

### **III. Kosten und Entschädigung**

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 2) zu bestätigen und sind die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Zumal festzuhalten ist, dass zwar ein Teilfreispruch hinsichtlich des Anklagevorwurfs gemäss Dossier 2 zu ergehen hat, jedoch nicht gesagt werden kann, dass im Zusammenhang mit diesem Vorwurf ein kostenpflichtiger Untersuchungsaufwand betrieben worden wäre, der nicht auch wegen des in eine Verurteilung mündenden Anklagevorwurfs gemäss Dossier 1 notwendig gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_115/2019 vom 15. Mai 2019 E. 4.3). Demgemäss steht dem Beschuldigten auch keine Entschädigung zu.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'600.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 GebV OG). Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen prozessualen Anträgen auf Einstellung, eventualiter Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz vollumfänglich und hinsichtlich seines Antrags auf vollumfänglichen Freispruch teilweise, während auch die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf vollumfänglichen Schuldspruch teilweise unterliegt. Somit erweist es sich als angemessen, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Aus-

nahme derjenigen für die amtliche Verteidigung, zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Der amtlichen Verteidigung steht entsprechend ihrer eingereichten Honorarnote, wobei sie für die Berufungsverhandlung und Besprechung mit dem Klienten bereits 5 Stunden eingesetzt hat (Urk. 81), für das Berufungsverfahren (ab 9. Juni 2025 – Zeitpunkt der Bestellung der amtlichen Verteidigung) ein Honorar von Fr. 5'500.– (inkl. MWST und Barauslagen) zu. Dies erweist sich als angemessen und ist ihr aus der Gerichtskasse auszubezahlen.

4. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen vollumfänglich auf die Gerichtskosten zu nehmen, wobei die Nachzahlungspflicht des Beschuldigten analog zur Kostenauflage in hälftigem Umfang vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO). Ein Anlass für die definitive Abschreibung der Kosten besteht – entgegen Urk. 80 S. 16 – nicht.

5. Für die übrigen im Berufungsverfahren geltend gemachten Aufwendungen der Verteidigung (vor dem 9. Juni 2025) im Umfang von insgesamt Fr. 3'600.– (inkl. MWST) ist ihr analog zur Kostenauflage eine um die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'800.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 und 3 StPO). Im Mehrbetrag ist das Entschädigungsbegehren des Beschuldigten abzuweisen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (betr. Anklagezeitraum 8. Oktober 2023 bis 17. Oktober 2023).
2. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (betr. Anklagezeitraum 24. Oktober 2023 bis 6. November 2023) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon 3 Tagessätze durch Untersuchungshaft abgegolten sind.

4. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 29. September 2023 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird verzichtet. Der Beschuldigte wird diesbezüglich verwarnt.
6. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 2) wird bestätigt.
7. Die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'600.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'500.– amtliche Verteidigung (inkl. 8.1 % MWST).
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im hälftigen Umfang vorbehalten.
10. Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_ wird für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'800.– (inkl. 8.1 % MWST) aus der Gerichtskasse zugesprochen. Im Übrigen wird das Entschädigungsbegehren des Beschuldigten abgewiesen.
11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft See/Oberland (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland, in die Unt. Nr. 2023/37217, betreffend Disp.-Ziff. 5
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B

12. 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 I. 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, 8. Juli 2025

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Wenker

MLaw Zogg