

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB170089-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, und lic. iur. Ch. Prinz,  
Ersatzoberrichter lic. iur. J. Meier sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Bärtsch

## Urteil vom 10. Juli 2017

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,**

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Vergehen gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht,  
vom 19. Januar 2017 (GB160004)**

**Strafbefehl:**

Der als Anklageschrift dienende Strafbefehl vom 6. Mai 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 7).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 49 S. 9 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Die beschuldigte Person ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Die beschuldigte Person wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, wovon 1 Tagessatz durch Haft erstanden ist, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015.
3. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
4. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 800.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 1'000.– Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren
5. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer werden der beschuldigten Person auferlegt.
6. (Mitteilungen)
7. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 60 S. 1 f.)

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Januar 2017 aufzuheben;
2. das Strafverfahren sei einzustellen;
3. Herrn A.\_\_\_\_\_ sei für die unschuldig erlittene Haft eine angemessene Genugtuung im Ermessen des Gerichts aus der Staatskasse auszurichten;
4. die Kosten des Vorverfahrens, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, des Beschwerdeverfahrens vor der III. Strafkammer des Obergerichts und des vorliegenden Berufungsverfahrens seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen;
5. die Herrn A.\_\_\_\_\_ entstandenen Verteidigungskosten seien ihm vollumfänglich zu ersetzen."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 55, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessuales**

#### 1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 49 S. 2 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Januar 2017 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ im Sinne des eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositivs schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 49 S. 9 f.). Das Urteil wurde nicht mündlich eröffnet und dem Beschuldigten in begründeter Fassung am 25. Januar 2017 zugestellt (Urk. 45/2). In der Folge liess der Beschuldigte mit Schreiben vom 30. Januar 2017 gegen dieses Urteil innert Frist Berufung anmelden (Urk. 46). Gleichentags reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 30. Januar 2017 auch die Berufungserklärung fristgerecht beim hiesigen Gericht ein (Urk. 50).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 10. März 2017 wurde der Anklagebehörde Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 53). Daraufhin teilte die Anklagebehörde mit Eingabe vom 15. März 2017 mit, sie beantrage die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Gleichzeitig ersuchte sie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 55).

1.4. Am 10. Juli 2017 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten sowie seines Verteidigers statt (Prot. II S. 4).

#### 2. Umfang der Berufung

2.1. In ihrer Berufungserklärung vom 30. Januar 2017 beantragte die Verteidigung, das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Januar 2017

sei aufzuheben und das Strafverfahren sei einzustellen (Urk. 50 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 10. Juli 2017 erklärte sie auf entsprechende Frage zu Protokoll, die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 4) sei nicht angefochten (Prot. II S. 5).

2.2. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in der Dispositiv-Ziffer 4 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO). Im übrigen Umfang steht das vorinstanzliche Urteil zwecks Überprüfung zur Disposition.

## **II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

### **1. Sachverhalt**

1.1. Dem Beschuldigten wird in dem als Anklageschrift dienenden Strafbefehl vom 6. Mai 2015 vorgeworfen, er sei vom 24. November 2014 (Datum der rechtskräftigen Abweisung seiner Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2014 durch das Bundesgericht) bis zu seiner am 6. Mai 2015, um 10.00 Uhr, erfolgten Verhaftung willentlich und wissentlich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verweilt und habe auch keinerlei Bemühungen unternommen, um an die für seine Ausreise notwendigen Reisepapiere zu gelangen (Urk. 7 S. 3).

1.2. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt durch den Beschuldigten bzw. dessen Verteidigung nicht in Abrede gestellt wird und sich mit dem Ergebnis der Untersuchung deckt (Urk. 49 S. 3 E. 2; Urk. 60 S. 4; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dementsprechend ist der im Strafbefehl wiedergegebene Sachverhalt zweifelsfrei erstellt.

### **2. Rechtliche Würdigung**

2.1. Die Vorinstanz würdigte das dem Beschuldigten in dem als Anklageschrift dienenden Strafbefehl vom 6. Mai 2015 vorgeworfene Verhalten in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis als rechtswidrigen Aufenthalt im

Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Sie kam zum Schluss, der Beschuldigte habe den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt, indem er nach der rechtskräftigen Abweisung seiner Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2014 durch das Bundesgericht am 24. November 2014 bis zu seiner Verhaftung am 6. Mai 2015 in der Schweiz verweilt sei, wobei er sich bewusst gewesen sei oder zumindest in Kauf genommen habe, dass er sich ohne Titel rechtswidrig in der Schweiz aufhalte (Urk. 49 S. 3 ff. E. 3.2. f.).

## 2.2. Verletzung der Europäischen Rückführungsrichtlinie

2.2.1. Die Verteidigung beantragte vor Vorinstanz sowie im Berufungsverfahren unter Berufung auf die Europäische Rückführungsrichtlinie 2008/115EG die Einstellung des Strafverfahrens (Urk. 28 S. 1; Urk. 41 S. 1, Urk. 50 S. 1 und Urk. 60 S. 1 und S. 5 ff.). Vorliegend sei das migrationsrechtliche Wegweisungs- resp. Wegweisungsvollzugsverfahren nicht abgeschlossen und die möglichen Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung des Wegweisungsvollzugs nicht ausgeschöpft worden. Solange das Wegweisungsverfahren aber trotz Ausschöpfung sämtlicher Zwangsmassnahmen nicht abgeschlossen bzw. am Verhalten der betroffenen Person definitiv gescheitert sei, stelle die Europäische Rückführungsrichtlinie ein Verfahrenshindernis dar. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stehe die Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung mit einer Geldstrafe, die durch einen Hausarrest ersetzt werden könne, entgegen. Auch das Obergericht des Kantons Zürich habe entschieden, dass die Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung mit einer (bedingten) Geldstrafe entgegenstehen würde, weil die (bedingte) Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden könne und die abstrakte Möglichkeit einer Freiheitsstrafe zu einem Konflikt mit der Rückführungsrichtlinie führe. Überdies entspreche die Einstellung des Verfahrens aufgrund des Verstosses gegen die Rückführungsrichtlinie auch der Praxis diverser Zürcher Gerichte. Dementsprechend sei das Strafverfahren einzustellen (Urk. 28 S. 7 ff.; Urk. 41 S. 2 ff.; Urk. 60 S. 5 ff.).

2.2.2. Die Vorinstanz gelangte unter Verweis auf den Rückweisungsbeschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Juni 2016

(Urk. 36) zum Schluss, die Europäischen Rückführungsrichtlinien würden im vorliegenden Verfahren kein Strafverfolgungshindernis darstellen. Die EU-Rückführungsrichtlinie würde der Verhängung einer Geldstrafe und der damit einhergehenden abstrakten Möglichkeit der Umwandlung einer uneinbringlichen Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe nicht entgegenstehen, weil in der Schweiz die Bemessung der Geldstrafe in der Weise erfolge, dass sie auch für Mittellose zur Verfügung stehe und es daher eigentlich keine unbezahlbaren Geldstrafen geben sollte. Eine Überprüfung der gegen den Beschwerdegegner ausgesprochenen unbedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.00 lasse denn auch nicht deren Unbezahlbarkeit erwarten, zumal der Beschuldigte über monatliche Einkünfte von ca. Fr. 3'000.– verfüge und keine Unterhaltsverpflichtungen bestehen würden (Urk. 49 S. 5 f., E. 3.4).

2.2.3. Vorab kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz sowie der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich verwiesen werden (Urk. 49 S. 5 f. E. 34; Urk. 35 S. 6 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist Folgendes anzumerken:

2.2.4. Die EU-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.) wurde von der Schweiz im Rahmen des Schengen-Besitzstands übernommen und ist folglich auch für die Schweiz verbindlich (vgl. dazu BGE 139 I 206 E. 1.2.1 sowie E. 3.3.2). Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach befasst. Auf diese grundlegenden Ausführungen kann verwiesen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_196/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2). Zusammengefasst wird darin konstatiert, dass die EU-Rückführungsrichtlinie (mit der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH) dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren zwar den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen einräumt, wobei nationale Strafbestimmungen jedoch dann nicht ausgeschlossen sind,

wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2; 6B\_713/2012 vom 19. April 2012 E. 1.3 und 1.4; 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 Bundesgerichts 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3).

2.2.5. Die Verteidigung argumentiert, das Rückführungsverfahren könne nicht als abgeschlossen oder gescheitert betrachtet werden, so lange gegen den Beschuldigten keine ausländerrechtliche Administrativhaft von 18 Monaten vollzogen worden sei, weil nach der Rechtsprechung des EuGH erst von einem gescheiterten Rückführungsverfahren gesprochen werden könne, wenn es auch die verhältnismässige Anwendung von Zwangsmassnahmen nicht ermöglicht habe, einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen abzuschieben (Urk. 41 S. 4; Urk. 60 S. 6 ff.). Entgegen der Ansicht der Verteidigung wurden aber im vorliegenden Verfahren sämtliche verhältnismässigen Zwangsmassnahmen zur Ausschaffung des Beschuldigten angewendet: Nachdem dem Beschuldigten die Haft-/Ausschaffungsanordnung am 12. März 2015 eröffnet worden war (Urk. 5/5), wurde er am 6. Mai 2015 in Administrativhaft genommen (Urk. 2 und 3, Urk. 5/1). Aufgrund fehlender Hafterstehungsfähigkeit musste er jedoch noch am selben Tag wieder aus der Haft entlassen werden (Urk. 5/7 und 5/9). Mithin wurden gegen den Beschuldigten nicht nur Zwangsmassnahmen angeordnet, sondern deren Vollzug mit der Verhaftung auch eingeleitet. Jedoch scheiterte der Vollzug schliesslich am Gesundheitszustand des Beschuldigten. Es kann folglich nicht gesagt werden, im verwaltungsrechtlichen Verfahren wären nicht sämtliche zumutbaren Vorkehrungen für den Vollzug des Rückführungsentscheides getroffen worden, da ein Verbleib des Beschuldigten in Administrativhaft aufgrund seines Gesundheitszustandes ausser Betracht fiel und insbesondere auch nicht verhältnismässig gewesen wäre. Somit unterscheidet sich der vorliegende Fall denn auch wesentlich von dem von der Verteidigung zitierten Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 15. Januar 2013 (SB120425; vgl. Urk. 41 S. 6), wo festgehalten wurde, dass Zwangsmassnahmen zwar angedroht, aber nie angeordnet wurden

und der Beschuldigte weder in Ausschaffungshaft genommen noch der für die Beschaffung von Reisepapieren zuständigen Botschaft zugeführt worden sei, weshalb nicht gesagt werden könne, es sei im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden. Gleiches gilt für die von der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichten Einstellungsentscheide, gemäss welchen in den betreffenden Verfahren jeweils noch keine Zwangsmassnahmen ergriffen worden waren (Urk. 61/4; Urk. 61/5; Urk. 61/6, Urk. 61/7, Urk. 61/8, Urk. 61/9, Urk. 61/11).

2.2.6. Zu den Vorbringen der Verteidigung, die abstrakte Möglichkeit der Umwandlung einer Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe genüge, damit die Rückführungsrichtlinie einer Verhängung und Vollstreckung einer Geldstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthalts entgegenstehe, sowie dass die gegenteilige Auffassung der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zu einer Rechtsunsicherheit führe (Urk. 41 S. 5 f.; Urk. 60 S. 10 ff.) ist sodann festzuhalten, dass das Bundesgericht in seinem Urteil 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 davon ausging, eine bedingte Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.– sei nicht geeignet, die Rückführung zu verzögern oder zu verhindern (E. 3). Zwar führt die Verteidigung zutreffend aus, dass die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in seiner Entscheidung vom 15. Januar 2013 (Geschäfts-Nr. SB120425) die abstrakte Möglichkeit der Umwandlung einer Geldstrafe in eine Freiheitstrafe als genügend erachtete, damit die Rückführungsrichtlinie einer Strafverfolgung wegen rechtswidrigem Aufenthalt entgegenstehe (Urk. 41 S. 6). Jedoch ist es verfehlt, dabei von einer Praxis der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zu sprechen. Der von der Verteidigung zitierte Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich erging nämlich vor dem zitierten Bundesgerichtsentscheid. Entsprechend hat auch die II. Strafkammer mit Urteil vom 24. August 2015 (Geschäfts-Nr. SB140482, publiziert in ZR115/2016 S. 97) entschieden, eine bedingt ausgesprochene Geldstrafe sei von vornherein nicht geeignet, die Durchführung des anschliessenden Rückkehrverfahrens zu verzögern oder zu verhindern (E. 2.5.2.). Diese Ansicht vertrat überdies auch die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 21. November 2013 (Geschäfts-Nr. SB130373, E. 6.4). Weil vorliegend jedoch ohnehin sämt-

liche zumutbaren und verhältnismässigen Massnahmen für den Vollzug des Rückführungsentscheides getroffen wurden und der Beschuldigte aufgrund seines Asylgesuches (vgl. Urk. 60 S. 5) berechtigt ist, bis zum Abschluss des hängigen Verfahrens in der Schweiz zu bleiben, weshalb die Ausreise derzeit auch nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann (BGE 140 II 409 E. 2.3.2), erübrigt es sich, auf diese Frage weiter einzugehen.

2.2.7. Mithin wurden vorliegend sämtliche zumutbaren Vorkehrungen für den Vollzug der Rückführungsentscheidung getroffen, ohne dass der Beschuldigte tatsächlich ausgeschafft werden konnte und obwohl die Ausreise objektiv möglich wäre. Eine freiwillige Ausreise scheiterte am Verhalten des Beschuldigten, welcher anlässlich der polizeilichen Befragung eingestand, sich nicht um die Beschaffung eines neuen Passes zu bemühen, weil er diesen ja nicht brauche (Urk. 2 S. 2). Somit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgericht eine Bestrafung zulässig (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2; 6B\_713/2012 vom 19. April 2012 E. 1.3 und 1.4; 6B\_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5; 6B\_617/2012 und 6B\_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5). Schliesslich ist der Beschuldigte wie bereits erwähnt aufgrund seines Asylgesuches (vgl. Urk. 60 S. 5) berechtigt, bis zum Abschluss des hängigen Verfahrens in der Schweiz zu verbleiben, weshalb die Ausreise auch nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann (BGE 140 II 409 E. 2.3.2). Folglich kann derzeit nicht von einem hängigen Rückführungsverfahren gesprochen werden, weshalb die EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht entgegensteht.

### 2.3. Notwendigkeit des Ansetzens einer neuen Ausreisefrist

2.3.1. Die Verteidigung kritisierte vor Vorinstanz ausserdem, das Migrationsamt habe dem Beschuldigten nach Abweisung seiner Beschwerde durch das Bundesgericht mit Urteil vom 24. November 2014 keine neue Ausreisefrist angesetzt. Solange dies nicht geschehe, sei der Beschuldigte nicht zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet. Nach herrschender Praxis der Sicherheitsdirektion und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sei der betroffenen Person im Rahmen des Wegweisungsvollzugsverfahren eine neue Ausreisefrist anzusetzen, wenn sie

sich erfolglos gegen die Wegweisungsverfügung des Migrationsamts auf dem Rechtsmittelweg zur Wehr gesetzt habe und die Ausreisefrist während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens abgelaufen sei. Diese Praxis sei analog auf die vorliegende Konstellation anzuwenden, umso mehr als der zuständige Abteilungspräsident des Bundesgerichts der Beschwerde des Beschuldigten die aufschiebende Wirkung zuerkannt habe, weshalb der Aufenthalt des Beschuldigten somit bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Urteils des Bundesgerichts vom 24. November 2014 am 11. Dezember 2014 rechtmässig gewesen sei. Überdies komme die Abweisung eines Revisionsgesuches, welchem die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei, die Verweigerung einer Bewilligung resp. dem Widerruf oder der Nichtverlängerung des bewilligten Aufenthalts im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG gleich, weshalb Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG analog anwendbar und eine Wegweisungsverfügung mit einer angemessenen Ausreisefrist zu erlassen sei (Urk. 28 S. 8 f.). Den Hinweis auf die versäumte Ansetzung einer neuen Ausreisefrist durch das Migrationsamt wiederholt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren (Urk. 60 S. 4).

2.3.2. Die Vorinstanz hat sich nicht mit diesen Vorbringen der Verteidigung auseinandergesetzt (vgl. Urk. 49 S. 3 f.). Nachfolgend ist aufgrund dessen Relevanz für das vorliegende Verfahren vorab der Verlauf des ausländerrechtlichen Verfahrens kurz aufzuzeigen:

2.3.3. Mit Verfügung vom 7. Mai 2010 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Niederlassungsbewilligung des Beschuldigten und wies ihn aus der Schweiz weg (Urk. 15/15). Die hiergegen erhobenen Rechtsmittel wurden zuletzt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Oktober 2012 abgewiesen (Urk. 15/56). In der Folge setzte das Migrationsamt dem Beschuldigten eine neue Ausreisefrist zum Verlassen der Schweiz bis zum 31. Januar 2013 an (Urk. 15/57). Weil der Beschuldigte hiergegen erneut ein Rechtsmittel erhob, setzte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Juni 2013 dem Beschuldigten eine neue Ausreisefrist zum Verlassen der Schweiz bis 31. August 2013 an (Urk. 15/92).

Zwischenzeitlich reichte der Beschuldigte mit Eingabe vom 11. April 2013 ein Revisionsgesuch beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 7. Mai 2010 betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung (Urk. 15/81). Im darauffolgenden Verfahren vor Bundesgericht erteilte der zuständige Abteilungspräsident der Beschwerde mit Verfügung vom 17. Juni 2014 die aufschiebende Wirkung (Urk. 15/114), bevor das Verfahren durch die Abweisung der Beschwerde mit Urteil vom 24. November 2014 endgültig erledigt wurde (Urk. 15/119).

2.3.4. Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerde des Beschuldigten durch das Bundesgericht in der Tat die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (Urk. 15/114), weshalb sein Aufenthalt in der Schweiz während des bundesgerichtlichen Verfahrens nicht rechtswidrig war, wovon im Übrigen auch die Staatsanwaltschaft nicht ausgeht. Der Verteidigung ist beizupflichten, dass diese Rechtmässigkeit des Aufenthalts mindestens bis zur Eröffnung des Urteils des Bundesgericht andauern muss, da der Beschuldigte erst in diesem Zeitpunkt wissen konnte, dass er die Schweiz definitiv verlassen muss. Somit war der Verbleib des Beschuldigten bis zur Eröffnung des Urteils des Bundesgerichts vom 24. November 2014 nicht rechtswidrig. Das Urteil wurde dem Beschuldigten gemäss Angaben der Verteidigung am 11. Dezember 2014 eröffnet (Urk. 28 S. 9), wobei sich den Akten nichts Gegenteiliges entnehmen lässt.

2.3.5. Entgegen der Verteidigung kann aber nicht gesagt werden, dass der Beschuldigte solange nicht zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet ist, als ihm nach Eröffnung des Urteils des Bundesgerichts vom 24. November 2014 keine neue Ausreisefrist angesetzt wurde (Urk. 28 S. 8). Die Praxis der Sicherheitsdirektion und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, wonach der betroffenen Person im Rahmen des Wegweisungsvollzugsverfahrens eine neue Ausreisefrist anzusetzen ist, wenn sie sich erfolglos auf dem Rechtsmittelweg gegen die Wegweisungsverfügung des Migrationsamts zur Wehr gesetzt hat und die Ausreisefrist während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens abgelaufen ist, ist nicht ohne Weiteres auf das Revisionsverfahren übertragbar. Im Gegensatz zum Rechtsmittelweg gegen die Wegweisungsverfügung handelt es sich bei der Revision um

ein ausserordentliches Rechtsmittel (Bertschi; in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, Vorbemerkung zu §§ 19-28a N 11 und Vorbemerkungen zu §§86a-86d N 14). Dementsprechend hemmt die Einreichung eines Revisionsbegehrens die Vollstreckung der angefochtenen Anordnung nur ausnahmsweise, nämlich wenn die angerufenen Behörde die aufschiebende Wirkung erteilt (Bertschi, a.a.O., §86c N 6). Der Beschuldigte hat sich vorliegend zunächst gegen den Entzug der Niederlassungsbewilligung und die damit verbundene Ausweisung aus der Schweiz auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg zur Wehr gesetzt (vgl. Urk. 15/56). Weil die ursprüngliche Ausreisefrist inzwischen abgelaufen war, setzte das Migrationsamt des Kantons Zürich dem Beschuldigten mit Schreiben vom 23. November 2012 eine neue Ausreisefrist an (Urk. 15/57), wogegen sich der Beschuldigte erneut zur Wehr setzte, sodass schliesslich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Juni 2013 dem Beschuldigten eine neue Ausreisefrist zum Verlassen der Schweiz bis zum 31. August 2013 ansetzte (Urk. 15/92). Mithin wurde dem Beschuldigten entsprechend der von der Verteidigung zitierten Praxis der Sicherheitsdirektion sowie des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aufgrund des Fristenablaufs während des hängigen Rechtsmittelverfahrens bereits zweimal eine neue Ausreisefrist angesetzt. Gegen dieses Urteil wäre dem Beschuldigten nur noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht offen gestanden, dann wäre der ordentliche Rechtsmittelweg ausgeschöpft gewesen und er hätte – falls das Bundesgericht die Frist zum Verlassen der Schweiz bestätigt hätte – die Schweiz definitiv verlassen müssen. Nun hat er aber zwischenzeitlich ein Revisionsgesuch eingereicht. Weil die Revision wie erwähnt kein ordentliches Rechtsmittel darstellt, kann es aber trotz Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht sein, dass dieses Verfahren zu einer erneuten Ansetzung einer Ausreisefrist führt, welche wiederum die ordentlichen Anfechtungsmöglichkeiten von Beginn an mit sich bringen würde, zumal ansonsten die Gefahr von beachtlichen zeitlichen Verzögerungen im Wegweisungsverfahren bestünde. Schliesslich liegt entgegen der Verteidigung auch kein (analoger) Anwendungsfall von Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG vor (vgl. Urk. 28 S. 9), weil auch diese Fristansetzung wiederum die Türen für das gesamte (an sich bereits abgeschlossene) Rechtsmittelverfahren öffnen

würde. Dem Beschuldigten musste – insbesondere nachdem ihm insgesamt bereits dreimal eine Ausreisefrist angesetzt worden war – mit der Abweisung seines Revisionsgesuches durch das Bundesgericht klar sein, dass er die Schweiz nun definitiv zu verlassen hatte.

2.3.6. Selbst wenn die Ansetzung einer neuen Ausreisefrist nicht notwendig ist, muss dem Beschuldigten allerdings nach der Eröffnung des Urteils des Bundesgerichts vom 24. November 2014 eine kurze Zeit zugestanden werden, um seine Ausreise zu organisieren und die Schweiz zu verlassen. Entsprechend der Regelung in Art. 64d AuG wäre dem Beschuldigten eine Ausreise innert 30 Tagen ohne Weiteres zumutbar gewesen.

2.3.7. Folglich verweilte der Beschuldigte spätestens ab dem 10. Januar 2015 bis zu seiner am 6. Mai 2015, um 10.00 Uhr, erfolgten Verhaftung willentlich und wesentlich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, ohne irgendwelche Bemühungen zu unternehmen, um an die für seine Ausreise notwendigen Reisepapiere zu gelangen. Dementsprechend ist der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

### **III. Sanktion und Vollzug**

#### **1. Strafzumessung**

1.1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten unter Berücksichtigung der teilweisen retrospektiven Konkurrenz mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen à Fr. 30.–, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015. Sie hielt diesbezüglich fest, der Beschuldigte habe zumindest in Kauf genommen, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten. Allerdings sei die kriminelle Energie nicht besonders hoch, da er lediglich untätig geblieben sei und das Territorium der Schweiz trotz fehlendem Aufenthaltstitel nicht verlassen habe. Reue oder Einsicht habe er nie gezeigt. Überdies habe er seit 2006 mehrere Delikte verübt, ohne dass die ausgesprochenen Strafen ihn beeindruckt hätten. Trotz des Vorlebens des Beschuldigten sei sein Verschulden

in Anbetracht der gesamten Umstände als eher leicht zu qualifizieren (Urk. 49 S. 6 E. 4).

1.2. In Bezug auf den Strafrahmen und die Bemessung der Geldstrafe kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 6 E. 4.1 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.3. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass aufgrund der beantragten Geldstrafe sowie des Deliktzeitraums vom 10. Januar 2015 bis 6. Mai 2015 (vgl. vorstehend Ziff. II.2.3.) vorliegend eine teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015 auszufällen ist, nachdem der Beschuldigte mit diesem Strafbefehl mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 20.– bestraft worden war (Urk. 52). Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Hat der Richter Straftaten zu beurteilen, die der Täter teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen hat, so ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich eine Gesamtstrafe auszufällen. Die Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe für die vor dem Ersturteil begangenen Delikte und der Erststrafe bildet die Zusatzstrafe. Sind die früheren Delikte schwerer, geht die Gesamtstrafenbildung von diesen aus. Die Zusatzstrafe ist aufgrund der neuen, nach dem ersten Urteil begangenen Taten angemessen zu erhöhen (BGE 115 IV 17, E. 5 b). Dem Zweitrichter ist es allerdings nicht erlaubt, im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz die Grundstrafe aufzuheben und eine (nachträgliche) Gesamtstrafe für alle Taten auszusprechen. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform. Dementsprechend hat das Zweitgericht die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe aus der rechtskräftigen Grundstrafe und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen beschränkt sich auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger

Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.2.).

1.4. Aufgrund der Schwere der Delikte ist für die Gesamtstrafenbildung vorliegend von den mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015 beurteilten Strafen auszugehen und die darin festgelegte Geldstrafe von 180 Tagessätzen angemessen zu erhöhen. Die von der Vorinstanz festgesetzte teilweise Zusatzstrafe von 40 Tagessätzen scheint in Anbetracht des Strafrahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe nicht unangemessen. So ist in objektiver Hinsicht zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte während rund 3.5 Monaten ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten hat. Mit der Vorinstanz legte der Beschuldigte dabei keine grosse kriminelle Energie an den Tag, weil er lediglich untätig blieb und die Schweiz trotz fehlendem Aufenthaltstitel nicht verliess, jedoch beispielsweise auch nicht aktiv versuchte, sich einer allfälligen Auslieferung zu entziehen. Mithin ist in objektiver Hinsicht von einem eher leichten Verschulden auszugehen. In subjektiver Hinsicht liegt mindestens Eventualvorsatz vor, wobei zu Gunsten des Beschuldigten von einem einmaligen Tatentschluss auszugehen ist. Hingegen wirkt sich das Vorleben des Beschuldigten leicht strafferhöhend aus. Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass ihm die Befolgung des schweizerischen Rechts egal zu sein scheint. Vorliegend ist kein anderes Motiv ersichtlich, als dass der Beschuldigte den asylrechtlichen Entscheid nicht akzeptieren wollte, um weiterhin von den hiesigen Annehmlichkeiten zu profitieren. Er zeigt weder Reue noch Einsicht und zeigt sich auch von den bisherigen Strafen unbeeindruckt, obwohl er bereits eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten verbüssen musste (vgl. Urk. 52). Dennoch ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das Verschulden in Anbetracht sämtlicher Umstände als eher leicht qualifiziert (vgl. Urk. 49 S. 6 E. 4.2. f.). Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips sowie der im Vergleich zur Vorinstanz kürzeren Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts rechtfertigt es sich, die hypothetische Gesamtstrafe auf 210 Tagessätze festzusetzen, weshalb eine teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 17 März 2015 von 30 Tagessätzen auszusprechen ist.

1.5. Nachdem der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung seine Aussage verweigerte und somit in Bezug auf die IV-Rente nichts Neues vorbrachte (vgl. Urk. 59 und Urk. 60), kann hinsichtlich der Höhe der Tagessätze vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 7 E. 4.3.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Mithin ist die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 30.– festzulegen.

1.6. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte vorliegend einige Stunden in Untersuchungshaft befand (Urk. 7 S. 1), weshalb ihm ein Tagessatz als durch Haft geleistet anzurechnen ist (Art. 51 StGB).

## 2. Vollzug

2.1. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges als nicht erfüllt, da der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015 zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt worden sei und keine besonders günstigen Umstände vorliegen würden (Urk. 49 S. 8 E. 6).

2.2. Allerdings übersieht die Vorinstanz dabei, dass die heute auszufällende Strafe teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 17. März 2015 auszufallen ist. Somit kann nicht gesagt werden, die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges seien in objektiver Hinsicht nicht erfüllt, zumal das dem Beschuldigten vorliegend vorgeworfene Verhalten bereits ca. zwei Monate vor dem Strafbefehl vom 17. März 2015 begonnen hatte und lediglich während rund sechs Wochen nach Erlass des Strafbefehls andauerte. Zwar wurde der Beschuldigte bereits mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Dezember 2009 zu einer Freiheitsstrafe von 35 Monaten verurteilt, diese Verurteilung liegt jedoch im heutigen Zeitpunkt mehr als fünf Jahre zurück. Dementsprechend ist nach Art. 42 Abs. 1 StGB eine günstige Prognose zu vermuten und der Vollzug der Geldstrafe aufzuschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weitere Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

2.3. Angesichts der zahlreichen Vorstrafen des Beschuldigten ist allerdings fraglich, ob eine bedingte Strafe genügt, um ihn von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 8. Dezember 2009 wegen diverser Delikte zu einer Freiheitsstrafe von 35 Monaten, davon 18 Monate bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 5 Jahren, einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– sowie einer Busse von Fr. 800.– verurteilt (Urk. 52). Obwohl er 17 Monate Freiheitsstrafe im Gefängnis verbüssen musste, delinquierte er während laufender Probezeit erneut mehrfach und teilweise auch einschlägig (Urk. 52). Auch wenn der Beschuldigte in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Verhalten nicht einschlägig vorbestraft ist, so zeigt auch dieses, dass ihm die schweizerische Rechtsordnung egal ist. Überdies zeigt er auch weder Reue noch Einsicht, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte sich auch durch eine bedingte Strafe von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abhalten lässt. Dementsprechend hat der Beschuldigte auch die heute auszufällende Geldstrafe zu bezahlen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigung**

##### 1. Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens

Aufgrund der Verurteilung des Beschuldigten sind die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Mithin ist die Kostenaufgabe durch die Vorinstanz zu bestätigen (vgl. Urk. 49 S. 9).

##### 2. Kosten des Berufungsverfahrens

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2.2. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten dieses Verfahrens ausgangsgemäss auf-

zuerlegen sind und ihm keine Entschädigung für die entstandenen Verteidigungskosten zuzusprechen ist (Art. 429 Abs. 1 StGB e contrario).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Januar 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

1. - 3.(...)
  4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 800.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 1'000.– Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren
  5. (...)
  6. (Mitteilungen)
  7. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr.30.–, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt, teilweise als Zu-

satzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 17. März 2015.

3. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
5. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Verfahrens, des Beschwerdeverfahrens sowie des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albissowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
  - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
7. 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, 10. Juli 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. S. Bärtsch