

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170355-O/U/cs

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Burger, Präsident, die Oberrichterin lic. iur. Bertschi und der Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 13. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Kloiber,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Mai 2017 (GG170027)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Februar 2017 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 2 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'500.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.- Gebühr Strafuntersuchung.
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Kosten werden vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Prot. II S. 15 f.)

1. Der Berufungskläger sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freizusprechen.

2. Eventuell sei er wegen fahrlässiger Tatbegehung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG mit einer Busse von höchstens Fr. 300.– zu bestrafen.
 3. Im Falle von Art. 409 Abs. 1 StPO sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Mai 2017 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an dasselbe zurückzuweisen.
 4. Dem Berufungskläger sei für die rechtswidrig, eventuell ungerechtfertigt erfolgten Zwangsmassnahmen (polizeiliche Festnahme und Haft) eine Genugtuung von nicht unter Fr. 500.– zuzusprechen.
 5. Den Berufungskläger sei in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts die amtliche Verteidigung zu gewähren und nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO zu bestellen.
 6. Eventuell sei der Berufungskläger fürs seinen Parteiaufwand angemessen zu entschädigen.
 7. Die Ermittlungs-, Untersuchungs- und Gerichtskosten seien von der Staatskasse zu tragen.
 8. Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(Urk. 39)
1. Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs,
 2. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten,
 3. Verweigerung des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe,
 4. Auferlegung der erst- und zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Kosten der Untersuchung.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Der Beschuldigte wurde am 27. Oktober 2016 beim Schalter des Migrationsamtes Zürich von der Polizei verhaftet und zum Vorwurf befragt, er sei trotz schriftlicher Aufforderung vom 18. Juni 2016, die Schweiz innert 24 Stunden zu verlassen, illegal in der Schweiz verblieben (Urk. 1 und 2). Am 28. Oktober 2016 erliess die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl einen Strafbefehl (Urk. 7). Gegen diesen erhob der amtliche Verteidiger des Beschuldigten Einsprache (Urk. 8). Nach ergänzter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft am 15. Februar 2017 Anklage beim Bezirksgericht Zürich (Urk. 16). Mit Urteil vom 16. Mai 2017 sprach das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, den Beschuldigten des rechtswidrigen Aufenthaltes gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 2 Monaten unter Anrechnung von 2 Tagen erstandener Haft (Urk. 28).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 23. Mai 2017 Berufung anmelden (Urk. 24). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte der Beschuldigte mit Schreiben vom 18. September 2017 die Berufungserklärung ein (Urk. 30). Der Beschuldigte verlangt einen Freispruch, die Zusprechung einer Genugtuung und die Übernahme der Kosten auf die Staatskasse. Weiter liess der Beschuldigte beantragen, es sei ihm Rechtsanwalt lic. iur X. _____ als amtlicher Verteidiger zu bestellen (Urk. 30). Die Staatsanwaltschaft erhob mit Eingabe vom 4. Oktober 2017 innert angesetzter Frist Anschlussberufung mit dem Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs und Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten unter Verweigerung des bedingten Strafvollzuges (Urk. 49).

II. Prozessuales

1. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Vorliegend wurde die Berufung nicht beschränkt. Es sind sämtliche Punkte des vorinstanzlichen Urteils angefochten.

2. Vor Vorinstanz rügte der Beschuldigte eine Verletzung des Anklageprinzips, da der Tatvorwurf nicht klar sei. Die Anklage enthalte z.B. weder im Sachverhalt noch rechtlich die Umschreibung einer fehlenden Mitwirkung des Beschuldigten bei der Beschaffung von Reisepapieren etc. (vgl. Urk. 20 S. 4, Prot. I S. 14/15). Mit den Erwägungen der Vorinstanz, auf welche zu verweisen ist (Urk. 28 S. 4, Art. 82 Abs. 4 StPO), ist davon auszugehen, dass dem Anklageprinzip genüge getan wurde und der Beschuldigten weiss, was ihm vorgeworfen wird.

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält, macht sich strafbar (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG). Das Nichtverlassen des Landes nach Ablauf des bewilligten Aufenthalts ist bei objektiver Unmöglichkeit der Ausreise strafrechtlich nicht vorwerfbar, weil das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetzt, anders handeln zu können (vgl. ZÜND in SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA, OFK Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015, Art. 115 N 7 mit Hinweisen auf BGer v. 07.10.2010 6B_482/2010 E. 3.2.2 und E. 3.2.3).

2. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, sich in Kenntnis der Abweisung seines Asylgesuches, der Wegweisung aus der Schweiz wie auch der Ausreiseforderung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 18. Juni 2016 seit dem 19. Juni 2016 bis zu seiner Verhaftung am 27. Oktober 2016 ununterbrochen wissentlich und willentlich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten zu

haben, wobei er sich auch in keiner Weise um die Beschaffung der für seine Ausreise notwendigen Reisepapiere gekümmert habe (Urk. 16).

3.1. Der Beschuldigte wurde am 27. Oktober 2016 hier in der Schweiz verhaftet und ist geständig, sich seit dem 19. Juni 2016 ununterbrochen hier aufgehalten zu haben. Er anerkennt ferner, 2004 ein Asylgesuch gestellt zu haben, welches abgelehnt worden sei und dass er mehrmals eine Wegweisung aus der Schweiz ausgestellt erhalten habe. Ferner stellt der Beschuldigte nicht in Abrede, dass er im Juni 2016 eine Ausreiseaufforderung erhalten habe. Der Beschuldigte räumte auch freimütig ein, dass er in Algerien wäre, wenn er gewollt hätte, er das aber nicht gewollt habe. Er hob hervor, dass das Migrationsamt selber wisse, dass es ihn (gegen seinen Willen) nicht ausschaffen könne. Es sei sodann so, dass er seit rund 3 ½ Jahren - so der Beschuldigte am 16. Mai 2017 - eine Freundin (deren Namen er nicht nennen wolle) habe, die Schweizerin sei, welche allerdings noch in einem Scheidungsverfahren stecke. Nach der beabsichtigten Heirat mit ihr werde er hier bleiben können. Er sei der Meinung, es ändere nichts, ob er hier oder in Algerien auf die Scheidung warte (Urk. 2 S. 1 f.; Urk. 10 S. 2, Prot. I S. 9 f.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte er erneut aus, dass er beabsichtige, seine Freundin zu heiraten, sobald sie geschieden sei (Prot. II S. 10).

3.2. Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis. Der Beschuldigte hat am 1. März 2004 ein Asylgesuch gestellt. Auf dieses wurde mit Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge am 11. März 2004 nicht eingetreten und er wurde aus der Schweiz gewiesen und aufgefordert, die Schweiz sofort zu verlassen (Urk. 4/1, Urk. 11/4 pag. 000019 ff.). Im Jahre 2004 organisierte das Migrationsamt u.a. zweimal eine Rückreise nach Algerien, welche indessen daran scheiterten, dass der Beschuldigte sich weigerte, ins Linienflugzeug - Sonderflüge nach Algerien sind nicht gestattet - einzusteigen und zurück nach Algerien zu reisen (Urk. 11/4 S. 128 f. und S. 137 ff.). Seither, also seit rund 13 Jahren, hält sich der Beschuldigte ohne Bewilligung in der Schweiz auf. Ebenfalls ist belegt, dass das Migrationsamt den Beschuldigten am 18. Juni 2016 aufforderte, die Schweiz innert 24 Stunden zu verlassen (Urk. 4/2).

3.3. Es ist somit - wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten - erstellt, dass der Beschuldigte sich vom 19. Juni 2016 bis zum 27. Oktober 2016 in Kenntnis der ausländerrechtlichen Entscheide, die ihn zur Ausreise verpflichtet hätten, in der Schweiz aufgehalten hat.

3.4. Der Verteidiger wendet ein, es sei dem Beschuldigten mangels Reisepapier unmöglich, aus der Schweiz auszureisen. Insbesondere sei er nicht in der Lage, sich einen neuen Pass zu beschaffen (Urk. 20 S. 3 f.; Prot. I S. 14; Urk. 30 S. 3-7, Prot. II S. 13). Die Vorinstanz hat zu diesem Punkt ausführliche und zutreffende Erwägungen gemacht, auf welche vollumfänglich verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 28 S. 58) und die eigentlich keiner Ergänzung bedürfen. Die Vorinstanz ist mit überzeugenden Argumenten zum Schluss gekommen, dass der Beschuldigte hätte ausreisen können, wenn er dies gewollt und sich entsprechend bemüht hätte. Frühere Ausschaffungen scheiterten daran, dass der Beschuldigte sich weigerte, in Linienflugzeuge nach Algerien einzusteigen und die von den Schweizer Behörden organisierten und gebuchten Flüge anzutreten. Seine Identität ist bekannt (ein abgelaufener Pass liegt vor), so dass ohne Weiteres ein Laisser-Passer ausgestellt werden könnte. Schliesslich hat die Vorinstanz zutreffend den einschlägigen Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Algerien zitiert, wonach Algerien ohne Formalitäten ihre Staatsangehörigen, die sich unbefugt im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhalten, übernimmt, auch wenn diese über keinen gültigen Reisepass verfügt, sofern der Besitz der algerischen Staatsangehörigkeit nachgewiesen ist, wozu ein abgelaufener Reisepass genügt. Auf die Behauptung der Verteidigung, dieser Staatsvertrag sei nicht anwendbar und toter Buchstabe (Urk. 30 S. 5), braucht nicht näher eingegangen zu werden. Stichhaltige Argumente zu dieser These wurden keine vorgebracht und es ist gerichtsnotorisch, dass dieser Staatsvertrag in der Praxis - so etwa dessen Art. 4 Ziff. 3 - durchaus zur Anwendung gelangt. Im Übrigen ist diese Bestimmung vorliegend ohnehin nicht ausschlaggebend. Untauglich ist auch die Argumentation, dem Beschuldigten sei von anderen algerischen Staatsangehörigen mit Sans Papier-Status mitgeteilt worden, dass für die Erlangung eines neuen algerischen Passes eine Schweizerische Aufenthaltserlaubnis vorgelegt werden müsse, wobei eine solche dem Beschuldigten aber fehle (Urk. 30 S. 5 ff., Prot. II S. 17). Entscheidend ist

nämlich, dass der Beschuldigte wie er selber klar zugibt, nicht nach Algerien ausreisen will und gar wie erwähnt einräumt, wenn er gewollt hätte, er heute in Algerien wäre, aber er wolle eben nicht. Er weist in Kenntnis der Praxis der Behörden selber daraufhin, dass man ihn nicht (gegen seinen Willen im Rahmen von Sonderflügen) nach Algerien ausschaffen könne. Allein damit sind sämtliche Einwendungen der Verteidigung Makulatur und offensichtliche Spitzfindigkeiten. Es geht auch nicht an, den Migrationsbehörden anzulasten, diese hätten es unterlassen, den Beschuldigten in Ausschaffungshaft zu nehmen und diesen auf dem Luftweg auszuschaffen (Prot. II. S. 17), lässt Algerien doch eine zwangsweise Rückschaffung von ihren Staatsangehörigen gar nicht zu, was auch mangels direkten Flugverbindungen zwischen Algerien und der Schweiz schwierig durchzusetzen wäre (vgl. Prot. II S. 19). Es erscheint vor diesem Hintergrund auch unverfroren, geltend zu machen, es sei aus den Unterlagen nicht ersichtlich, inwiefern die Behörden dem Bedürftigen, lediglich von Nothilfe lebenden Beschuldigten logistisch und finanziell bei der Beschaffung eines neuen Passes behilflich gewesen seien (Urk. 20 S. 3/4). Dieses Argument im Wissen darum vorzubringen, dass jede Ausschaffung nach Algerien gegen den Willen des Beschuldigten auch bei Vorliegen eines Passes (oder eines Laisser-Passer) zum Scheitern verurteilt ist, erscheint schlicht dreist. Es ist im Übrigen gerichtsnotorisch, dass ausreisewilligen Ausländern von den Behörden effizient geholfen wird, die erforderlichen Reisepapiere zu beschaffen. Des Weiteren hatte der Beschuldigte rund 12 Jahre Zeit, sich einen Pass zu beschaffen, was auch bei finanziell sehr bescheidenen Mitteln genügen sollte. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte er sogar aus, dass ein algerischer Pass nichts koste (Prot. II S. 14 f.). Anzuführen ist, dass der Beschuldigte im Zusammenhang mit seiner beabsichtigten Heirat mit einer Schweizerin sehr wohl logistisch und finanziell in der Lage war, sich die dazu notwendigen Papiere in seiner Heimat zu beschaffen (vgl. Urk. 21). Dass die Verteidigung in ihren sämtlichen Vorbringen konsequent verschweigt und übergeht, dass der Beschuldigte nicht willens ist, die Schweiz zu verlassen, ändert an diesem entscheidenden Umstand nichts. Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte schon längst wieder in Algerien wäre, wenn er aus der Schweiz hätte ausreisen wollen. Der Beschuldigte hatte es somit in den eigenen Händen nach

Algerien ausreisen zu können und es liegt keine objektive Unmöglichkeit der Ausreise vor.

4. Der Beschuldigte hat sich mit Wissen und Willen unbefugt in der Schweiz aufgehalten und damit den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt.

IV. Strafe

1. Der Vorderrichter bestrafte den Beschuldigten mit einer zu vollziehenden Strafe von 2 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 28 S. 8-11). Der Beschuldigte lässt mit seiner Berufung wie bereits vor Vorinstanz einen Freispruch, eventualiter - wegen fahrlässiger Begehung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG - eine Bestrafung mit einer Busse von Fr. 300.- beantragen (Urk. 30 S. 2 und S. 6 f., Prot. II S. 4 und S. 15). Die Staatsanwaltschaft verlangt die Bestrafung des Beschuldigten mit 4 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 34, Urk. 39).

2.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze für die Bestimmung des massgeblichen Strafrahmens und die theoretischen Grundlagen der Strafzumessung zutreffend wiedergegeben, worauf zu verweisen ist (Urk. 28 S. 8 f.).

2.2. Bei der objektiven Tatschwere fällt vorab die Dauer des rechtswidrigen Aufenthaltes in der Schweiz ins Gewicht. Der Beschuldigte hat sich immerhin bereits mehr als vier Monate unbefugt hier aufgehalten. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass die vom Beschuldigten aufgewendete kriminelle Energie gering war, hat er sich doch darauf beschränkt, passiv zu bleiben und sich nicht um seine Ausreise zu kümmern. Dass das Migrationsamt in den letzten zehn Jahren weder eine begleitete Rückführung organisiert noch Durchsetzungshaft angeordnet hat, lässt das Verschulden des Beschuldigten indessen nicht geringer erscheinen. Ebenso wenig, dass er nie untergetaucht ist und stets erreichbar war. Wie erwähnt konnten begleitete Rückführungen in Linienflügen nicht zum Ziel führen und darf auch von einem sich unbefugt hier aufhaltenden Ausländer erwartet werden, dass er nicht untertaucht und erreichbar ist. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte bereits vor der aktuellen Aufforderung das Land zu verlassen mehrere Jahre Zeit hatte, seine Ausreise zu organisieren. Weiter ist zu berücksichtigen,

dass der Beschuldigte unmittelbar nach einer einschlägigen Bestrafung erneut delinquierte. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Vorinstanz angesetzte hypothetische Einsatzstrafe von 90 Tagen angemessen.

2.3. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte offenbar langfristig eine gute Perspektive auf eine Aufenthaltsbewilligung besitzt, plant er doch gemäss eigenen Angaben eine Heirat mit einer Schweizerin, die sich allerdings noch in einem Scheidungsverfahren befinde. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist dieser Umstand indessen verschuldenserhöhend zu berücksichtigen, wäre es dem Beschuldigten bei dieser Aussicht noch viel eher zuzumuten, sich bis zur ersehnten Heirat bzw. Bewilligung gesetzeskonform zu verhalten. Seine Aussage, es ändere doch nichts an der Sache, ob er hier oder dort warte, zeigt, dass er nicht bereit ist, sich an Vorschriften zu halten, sondern er alleine bestimmt, welches Verhalten sinnvoll sei und er gedenkt einzuhalten. Der Beschuldigte handelte sodann mit direktem Vorsatz. Insgesamt ergibt sich, dass die subjektiven Komponenten die objektive Tatschwere leicht erhöhen und das Verschulden des Beschuldigten insgesamt als nicht mehr leicht einzustufen ist. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 100 Tagen Freiheitsstrafe erweist sich als angemessen.

2.4. Zu den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten kann vorab auf die sorgfältigen Ausführungen der Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Angaben des Beschuldigten (Urk. 10 S. 9, Prot. I S. 5-8) und den Vorstrafenbericht (Urk. 6/1, 15/1) verwiesen werden (Urk. 28 S. 11). Der Beschuldigte ist 1974 in Algerien geboren und wuchs dort auf. Über eine Berufsausbildung verfügt er nicht. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte er aus, man könne sagen, er sei Profi-... gewesen. Sodann habe er als Mechaniker Landwirtschaftsgeräte und Traktoren repariert (Prot. II S. 7). Er ist im Alter von 30 Jahren im Jahre 2004 in die Schweiz gekommen. Zum Grund seiner Ausreise aus Algerien hat er widersprüchliche Angaben genannt. Beim Vorderrichter gab er an, er sei bedroht worden, weil er in der Armee gegen Terroristen gekämpft habe (Prot. I S. 7). Im Asylverfahren führte er aus, er habe einen Polizisten so zusammengeschlagen (mal war es 1999, mal 2002), dass dieser gelähmt geblieben sei (Urk. 4/1 S. 3).

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte er aus, dass beides zutreffe (Prot. II S. 9). Hier in der Schweiz lebe er von Nothilfe von Fr. 8.50 pro Tag (Prot. II S. 9). Heute führte er aus, er habe seit fünf Jahren eine Schweizer Lebenspartnerin, lebe aber nicht mit ihr zusammen (Prot. II S. 9 f.). Der Beschuldigte blieb illegal in der Schweiz und wurde drei Mal (2008, 2012 und 2016) wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz bestraft. Er weist drei weitere Vorstrafen wegen Drohungen etc. auf (Urk. 6/1). Auf die Strafzumessung hat die Lebensgeschichte des Beschuldigten keine Auswirkungen.

2.5. Hingegen wirken sich die sechs Vorstrafen und insbesondere die drei einschlägigen Vorstrafen wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz mit Strafen von 90 Tagen Freiheitsstrafe (2008), 10 Tagen Freiheitsstrafe (2012) und 30 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– (2016) spürbar strafferhöhend aus.

2.6. Der Beschuldigte ist vorliegend hinsichtlich seines Aufenthaltes zwar vollumfänglich geständig. Der Beschuldigte ist allerdings am 18. Juni 2016 und dann wiederum am 27. Oktober 2016 hier angetroffen worden, so dass eine erdrückende Beweislage bestand. Auch zeigt der Beschuldigte keinerlei Reue und Einsicht, so dass sich das Geständnis kaum auswirkt.

2.7. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann (Urk. 28 S. 11).

3. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demnach eine Freiheitsstrafe von 4 Monaten als angemessen. Der Anrechnung von 2 Tagen Haft auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

V. Strafvollzug

Der bedingte Vollzug ist nach Art. 42 Abs. 1 StGB zu gewähren, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die sechs Vorstrafen seit dem Jahr 2008 wecken erhebliche Bedenken an einer günstigen Prognose. Insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte nur kurze Zeit nach der Verurteilung vom 17. Ju-

ni 2016 wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und einer Bestrafung mit einer unbedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen wiederum rechtswidrig in der Schweiz verblieb, zeigt deutlich seine Unbelehrbarkeit. Diese wird auch durch seine Aussage dokumentiert, dass er der Ansicht ist, dass es nichts ändere, ob er hier oder in Algerien auf seine Bewilligung durch Heirat warte. Abgesehen davon, dass - folgt man der letztlich ungesicherten Geschichte des Beschuldigten - völlig unklar ist, wann das Scheidungsverfahren beendet sein wird und ob die angeblich heiratswillige Schweizerin dann immer noch bereit sein wird, ihn zu heiraten, zeigt diese Ausführung des Beschuldigten, dass er beabsichtigt, weiterhin hier zu bleiben. Es ist mit dem Vorderrichter davon auszugehen, dass der Beschuldigte hier abwarten will, bis er seine Freundin heiraten darf und daher die Absicht hat, sich weiterhin illegal in der Schweiz aufzuhalten. Es muss somit eine ungünstige Prognose gestellt werden und ist daher der Vollzug der Strafe anzuordnen.

VI. Genugtuung

Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 30 S. 8) braucht bei diesem Ausgang des Verfahrens auf ihren Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung nicht eingegangen zu werden. Wie oben dargetan, hatte und hat es der Beschuldigte in der Hand, das Land auf legalem Weg zu verlassen.

VII. Kosten- und Entschädigung

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) vollumfänglich zu bestätigen (Urk. 28 S. 12 f.; Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit den Anträgen der Anschlussberufung. Der Beschuldigte hingegen unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen sind.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche für das Berufungsverfahren auf Fr. 6'600.– (inkl. 8 % MWST bis zum 31. Januar 2017 bzw. 7,7 % ab 1. Januar 2018) festzusetzen sind, sind - unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO - auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die vom amtlichen Verteidiger geltend gemachten Aufwendungen (Urk. 38) erst ab dem 17. Mai 2017 berücksichtigt wurden, da die bis und mit 16. Mai 2017 (Datum der Urteilsöffnung der Vorinstanz) erbrachten Leistungen bei der Vorinstanz geltend zu machen und durch diese zu entschädigen sind.

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 4 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'600.00 amtliche Verteidigung (Berufungsverfahren)
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- 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
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

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
II. Strafkammer

Zürich, 13. Februar 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Burger

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald