

Bezirksgericht Uster

Einzelgericht in Strafsachen



Geschäfts-Nr.: GB240008-I/as/U02/gp

Mitwirkend: Ersatzrichter lic. iur. Sommer
Gerichtsschreiberin MLaw Helbling

Urteil vom 26. März 2025
(begründete Fassung)

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X1._____,

betreffend **Einsprache gegen Strafbefehl (Widerhandlung gegen das AIG etc.
sowie Widerruf)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 7. September 2024 (D1/16).

Anträge:

1. Die Anklagebehörde: (D1/16)

- Schuldspruch im Sinne der Anklage
- Widerruf der mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich vom 12. Januar 2024 ausgesprochenen bedingten Entlassung und Vollzug der Reststrafe von 86 Tagen Freiheitsstrafe
- Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten als Gesamtstrafe sowie einer Busse von Fr. 100.–
- Anrechnung der erstandenen Haft von 2 Tagen
- Vollzug der Freiheitsstrafe
- Kostenaufgabe (Kosten, inkl. Gebühr für das Vorverfahren von Fr. 600.–)

2. Die amtliche Verteidigung: (act. 53)

- Der Beschuldigte sei in sämtlichen Anklagepunkten von Schuld und Strafe freizusprechen, eventualiter sei das Strafverfahren einzustellen, subeventualiter sei von einer Strafe Umgang zu nehmen und von einem Widerruf resp. von einer Rückversetzung abzusehen.
- Dem Beschuldigten sei für die erstandene Haft eine Genugtuung von total Fr. 400.– zzgl. 5% Zins seit dem 6. September 2024 auszurichten.
- Die Kosten des Untersuchungs- und des erstinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- Der amtliche Verteidiger sei gemäss der heute eingereichten Honorarnote zu entschädigen und die Kosten der amtlichen Verteidigung (RA in X2. _____ und RA X1. _____) seien ohne Rückerstattungsvorbehalt des Beschuldigten aus der Staatskasse zu entschädigen.

Erwägungen:

1. Prozessuales

1.1. Mit Strafbefehl vom 7. September 2024 sprach die Staatsanwaltschaft See/Oberland (nachfolgend Staatsanwaltschaft) den Beschuldigten des vorsätzli-

chen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Weiter wurde die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich vom 12. Januar 2024 ausgesprochene bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug widerrufen und der Vollzug der Reststrafe von 86 Tagen Freiheitsstrafe wurde angeordnet. Der Beschuldigte wurde unter Einbezug dieses Strafrests mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten als Gesamtstrafe bestraft, wovon insgesamt 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind; es wurde der Vollzug dieser [Gesamt-]Strafe angeordnet und der Beschuldigte wurde überdies mit einer Busse von Fr. 100.– bestraft (D1/16). Mit Schreiben vom 17. September 2024 erhob der Beschuldigte persönlich fristgerecht Einsprache gegen den am 7. September 2024 durch seine damalige amtliche Verteidigerin Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ in Empfang genommenen (D1/18) Strafbefehl und stellte eine Begründung durch einen Anwalt in Aussicht (D1/21). Die Staatsanwaltschaft hielt in der Folge am Strafbefehl fest und überwies die Akten mit Eingabe vom 23. September 2024 an das hiesige Einzelgericht (D1/24).

1.2. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2024 zeigte Rechtsanwalt MLaw X1._____ dem hiesigen Gericht die Mandatierung durch den Beschuldigten an (act. 32-33). Mit Verfügung vom 4. November 2024 wurden der damaligen amtlichen Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. X2._____, sowie dem aktuellen amtlichen Verteidiger, Rechtsanwalt MLaw X1._____, Frist angesetzt, um zur Frage der Verteidigung Stellung zu nehmen (act. 34). Nach Eingang entsprechender Stellungnahmen (act. 36 und act. 37 i.V.m. act. 29) wurde mit Verfügung vom 12. Dezember 2024 Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten entlassen und Rechtsanwalt MLaw X1._____ wurde als neuer amtlicher Verteidiger bestellt; beides mit Wirkung per 4. Oktober 2024 (act. 38). Weiter wurde Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ mit weiterer Verfügung vom 12. Dezember 2024 als amtliche Verteidigerin entschädigt (act. 40).

1.3. Mit Verfügung vom 29. Januar 2025 wurden die Parteien auf den 26. März 2025 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Sodann wurde den Parteien Frist angesetzt, um Beweisanträge zu stellen (act. 45). Mit Eingabe vom 12. März 2025 er-

suchte der Beschuldigte um Erlass des persönlichen Erscheinens (act. 48), was mit Verfügung vom 14. März 2025 bewilligt wurde (act. 49). Zur Hauptverhandlung erschien nur der amtliche Verteidiger des Beschuldigte, Rechtsanwalt MLaw X1._____ (Prot. S. 9). Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Urteil mündlich eröffnet und dem amtlichen Verteidiger schriftlich im Dispositiv in unbegründeter Form im Doppel ausgehändigt (act. 54; Prot. S. 13).

1.4. Mit Eingabe vom 3. April 2025 erhob der Beschuldigte Berufung gegen das Urteil vom 26. März 2025 (act. 56).

2. Prüfung der Anklageschrift

2.1. Der Beschuldigte liess anlässlich der Hauptverhandlung zunächst ausführen, der Vorwurf gemäss Anklageschrift, wonach er regelmässig Haschisch konsumiert habe, beschränke sich auf den 4. und 5. September 2024, wobei in der Anklageschrift ausdrücklich der 5. September 2024 genannt sei. Trotz dieses kurzen Zeitraums bleibe die Anklage hinsichtlich der Anzahl der Konsumtionen absolut unbestimmt. Überdies werde in der Anklageschrift nicht behauptet, dass das konsumierte Haschisch einen THC-Gehalt von über 1 % aufgewiesen habe (act. 53 Rz. 4-6).

2.2. Gemäss Art. 325 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau, die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung. Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die Anforderungen, welche an die Anklageschrift gestellt werden. Diese hat somit eine doppelte Bedeutung. Sie dient einmal der Bestimmung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion) und sie vermittelt andererseits dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion), wobei die beiden Funktionen von gleichwertiger Bedeutung sind (BGE 120 IV 348 E. 2.c.). Die Anklageschrift erfüllt damit eine Informationsfunktion, um eine wirkungsvolle Verteidigung zu ermöglichen (BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 StPO N 1).

2.3. Mit vorliegender Anklageschrift – der Strafbefehl vom 7. September 2025 (D1/16 S. 3) – wird dem Beschuldigten vorgeworfen, regelmässig THC-haltiges Haschisch durch Rauchen konsumiert zu haben. Zutreffend ist, dass von einer eher geringen Anzahl Konsumationen die Rede ist, wurde doch nur der 5. September 2024 als Tatzeitraum definiert. Angesichts der in Frage stehend Strafe – gemäss Antrag der Staatsanwaltschaft eine Busse im Betrag von Fr. 100.– – ist in Übereinstimmung des Beschuldigten von nur wenigen Konsumationen auszugehen. Auf diesen Umstand wird jedoch im Rahmen der Strafzumessung einzugehen sein. Hinsichtlich der Bestimmtheit der Anklageschrift sind keine Mängel erkennbar. Vorliegend wurde im Übrigen keine *mehrfache* Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes eingeklagt, weshalb nur von einer *einmaligen* Übertretung auszugehen wäre. Das Wort *regelmässig* erscheint unnötig für die konkrete rechtliche Würdigung, spielt aber mit Blick auf die Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 19a Ziff. 2 BetmG betreffend einen "leichten Fall" eine gewisse Rolle (vgl. Ziffer 4.3.7). Es wird aber deutlich, dass dem Beschuldigten vorgeworfen wird, am 5. September 2024 Haschisch konsumiert zu haben. Der Beschuldigte war in der Lage, sich gegen den Vorwurf zu verteidigen, auch wenn keine Uhrzeit oder ähnliches genannt wurde.

2.4. Dass es sich beim konsumierten Haschisch um solches von relevantem THC-Gehalt handelte, tritt aus dem in der Anklageschrift festgehaltenen Sachverhalt deutlich hervor; wird das Haschisch doch als *THC-haltiges* Haschisch bezeichnet. Eine genau Prozentangabe fehlt zwar tatsächlich, doch drängte sich angesichts des Geständnisses des Beschuldigten in objektiver Hinsicht – er anerkannte, Haschisch konsumiert zu haben und machte nicht geltend, dass es sich um Haschisch mit besonders niedrigem THC-Gehalt gehandelt habe – auch keine gutachterliche Untersuchung des THC-Gehalts auf. Dass es sich um einen strafrechtlich relevanten THC-Gehalt handeln muss – mithin einem solchen von mehr als 1 % – ist aus der Umschreibung *THC-haltiges* Haschisch deutlich erkennbar. Der anwaltlich vertretene Beschuldigte musste sich vollumfänglich bewusst sein, dass ihm der Konsum von in strafrechtlich relevantem Umfang *THC-haltigem* Haschisch vorgeworfen wird.

2.5. Die Anklageschrift erweist sich als ausreichend klar; der Beschuldigte wusste, was ihm vorgeworfen wird, und er konnte sich ohne Einschränkungen gegen die gegen ihn erhobenen Vorwürfe verteidigen.

3. Sachverhalt

3.1. Der Beschuldigte hat den ihm im Strafbefehl (D1/16) – welcher als Anklageschrift dient (Art. 356 Abs. 1 StPO) – vorgeworfenen Sachverhalt zumindest objektiv eingestanden.

3.2. So führte der Beschuldigte hinsichtlich des rechtswidrigen Aufenthalts aus, dass es nicht sein Fehler gewesen sei, dass er in der Schweiz gewesen sei. Er habe die Schweiz nicht verlassen können; er habe vergessen, dass er die Schweiz verlassen müsse (D1/3 A 85) bzw. er habe gewusst, dass er die Schweiz verlassen müsse, habe aber dafür mehr Zeit gebraucht, um sich vorzubereiten. (D1/4 A 10). Die ausdrückliche Frage, ob er gewusst habe, dass er die Schweiz verlassen müsse, bejahte der Beschuldigte (D1/4 A 30), wobei er die Schweiz nach der Entlassung aus dem Gefängnis im Februar 2024 nie verlassen habe (D1/3 A 46). Überdies ist durch die Akten ausgewiesen, dass gegen den Beschuldigten am 4. September 2023 ein Einreiseverbot erlassen wurde, welches ihm ab sofort und bis 3. September 2026 untersagte, das schweizerische und liechtensteinische Gebiet zu betreten (D 1/5) und welches er am 4. September 2023 in Empfang nahm (D1/6); wegen Verstosses gegen dieses Verbot befand sich der Beschuldigt von September 2023 bis Februar 2024 im Gefängnis (D1/3 A 46; D1/13/2). Weiter liegt eine Verfügung vom 4. September 2023 in den Akten, mit welcher der Beschuldigte aus der Schweiz weggewiesen wurde (D1/7) und welche er am 19. Februar 2024 in Empfang nahm (D1/7 S. 3). Auch anlässlich der Hauptverhandlung liess der Beschuldigte nicht bestreiten, dass der objektive Sachverhalt gemäss Anklageschrift erfüllt ist (act. 53 S. 5 ff.). Die subjektiven Elemente sind teilweise vorliegend in derart enger Wechselwirkung mit der rechtlichen Würdigung des zu prüfenden Tatbestands, dass erst an jener Stelle auf die subjektiven Elemente einzugehen ist.

3.3. Auch die objektiven Elemente des Anklagevorwurfs der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes anerkannte der Beschuldigte. So erläuterte der Beschuldigte, er habe 2 Gramm Haschisch in einer Zigarette konsumiert (D1/3 A 82 f.; D1/4 A 31). Er anerkenne diesen Sachverhalt ([objektiv] D1/3 A 88) und machte nicht geltend, Haschisch mit besonders niedrigem THC-Gehalt konsumiert zu haben. Allerdings erläuterte der Beschuldigte, ihm sei gesagt worden, dass man bis 10 Gramm konsumieren könne. Das konsumieren sei keine Straftat. Es könne ja nicht sein, dass man 10 Gramm aufbewahren, aber nicht rauchen dürfe; er fragte, was man denn damit machen solle (D1/4 F/A 31 ff.). Der Beschuldigte machte sinngemäss einen Rechtsirrtum geltend und liess dies anlässlich der Hauptverhandlung von seinem Verteidiger begründen (act. 53 Rz. 9-13). Zusammengefasst anerkannte der Beschuldigte den Sachverhalt betreffend die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes in objektiver Hinsicht, wobei auch diesbezüglich auf die subjektiven Elemente soweit notwendig im Rahmen der rechtlichen Würdigung einzugehen sein wird.

3.4. Zusammenfassend ist für die nachfolgende rechtliche Würdigung vom objektiven Sachverhalt gemäss Strafbefehl auszugehen (D1/16 S. 3).

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Die Staatsanwaltschaft See/Oberland würdigt das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie als Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (D1/16 S. 1). Der Beschuldigte bestreitet diese rechtliche Würdigung bezüglich beider Vorwürfe, weshalb zu prüfen ist, inwiefern er durch die im Strafbefehl vorgehaltenen und vorgehend erstellten Sachverhalte diese Tatbestände erfüllt hat.

4.2. Rechtswidriger Aufenthalt i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG

4.2.1. Wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG wird bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält.

4.2.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein Dauerdelikt: Der Rechtsbruch erfolgt mit Beginn des rechtswidrigen Aufenthalts und dauert so lange an, als sich die Ausländerin oder der Ausländer auf schweizerischem Territorium aufhält. Durch ein Urteil wird die Tateinheit jedoch aufgehoben, weshalb für den nach diesem Urteil erfolgenden rechtswidrigen Aufenthalt eine erneute Verurteilung möglich ist. Dies kann zwar zu stossenden Ergebnissen führen, lässt sich aber nicht umgehen. Andernfalls würde der ausländischen Person durch eine einmalige Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts erlaubt, für die Zukunft stets illegal in der Schweiz zu verweilen. Das Bundesgericht hält fest, dass eine mehrfache Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstösst. Ist die legale Ausreise objektiv unmöglich, kann einer ausländischen Person nicht vorgeworfen werden, dass sie das Land nicht verlassen hat. Denn das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können. Es braucht objektive, vom Verhalten der beschuldigten Person unabhängige Ausreisehindernisse. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist davon auszugehen, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung sprechen und wenn praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird. Letzteres kann nur angenommen werden, wenn die Ausreise, trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung, mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint. Nicht verlangt werden kann eine rechtswidrige Ausreise in einen Drittstaat, da der Staat kein illegales Verhalten verlangen darf (VETTERLI LUZIA/D'ADDARIO DI PAOLO GABRIELLA, in: Caroni Martina/Thurnherr Daniela [Hrsg.], *Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG]*, 2. Aufl., Bern 2024, Art. 115 AIG, N 30-33).

4.2.3. Der Beschuldigte wurde mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 4. September 2023 (D1/5) mit einem Einreiseverbot belegt. Dennoch reiste der Beschuldigte wieder in die Schweiz. Dabei war sich der Beschuldigte bewusst, dass er sich nicht in der Schweiz aufhalten durfte. Wie er selber ausführte, sei er deswegen sechs Monate – von September 2023 bis Februar 2024 – im Gefängnis gewesen (D1/3 A 42). Danach habe er nicht ausreisen können, da er kein Geld gehabt habe. Er habe jeden Tag die Absicht gehabt, die Schweiz zu verlassen, aber das habe nicht geklappt (D1/3 A 45). Er habe gewusst, dass er die

Schweiz verlassen müsse, aber er habe Zeit gebraucht, um sich vorzubereiten. Er habe Familie und Kinder und er habe für seine Kinder etwas mitnehmen müssen; sein Sohn verlange von ihm einen Laptop, eine Playstation und sogar einen Schreibtisch (D1/4 A 10 f.; D1/3 A 11). Der Beschuldigte legte anlässlich seiner Einvernahme dar, sein Pass sei in Italien und er wolle so schnell wie möglich nach Italien zurück (D1/3 A 60 f.; D1/4 A 54). Er habe einen italienischen Aufenthaltstitel und einen Führerschein gehabt; doch diese seien beschlagnahmt worden und man finde seinen Reisepass nicht mehr. Er habe das Recht auf einen Aufenthaltstitel in Italien, aber er habe keinen *algerischen* Reisepass. Er müsse dorthin [nach Italien] gehen, weil seine Familie dort lebe (D1/4 A 12). Er habe nicht alleine nach Italien reisen können, weil er keinen Wohnungsschlüssel gehabt habe (D1/4 A 18). Die Verfügung betreffend Einreisesperre (act. D/6) habe er erhalten, die Wegweisungsverfügung vom 4. September 2023 (D1/7) habe er noch nicht gesehen; wobei er sogleich anerkannte, den entsprechenden Empfangsschein unterzeichnet zu haben. Er könne sich nicht an den Erhalt erinnern, sei aber am 20. Februar 2024, am Tag nach der Unterzeichnung des Empfangsscheins, aus dem Gefängnis entlassen worden (D1/4 A 21 f. i.V.m. D1/7). Er habe gewusst, dass er die Schweiz verlassen müsse (D1/4 F/A 30).

4.2.4. Wie der Beschuldigte klar ausführte, wusste er, dass er die Schweiz verlassen musste, wobei er mittels Unterschrift bestätigte, die Wegweisungsverfügung vom 4. September 2023 erhalten zu haben. Der Beschuldigte erfüllte den objektiven Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts, verblieb er doch trotz Wegweisungsverfügung in der Schweiz. Er handelte sodann mit Wissen um die Rechtswidrigkeit seines Aufenthalts in der Schweiz.

4.2.5. Der Beschuldigte liess anlässlich der Hauptverhandlung vorbringen, er habe nicht ausreisen können, da er keinen Reisepass gehabt habe. Selbst wenn es faktisch möglich gewesen wäre, die algerischen Behörden zur Ausstellung eines Reisepasses zu bewegen, wäre für eine Verurteilung zu erstellen, ab wann der Beschuldigte nach seiner Haftentlassung am 20. Februar 2024 im Besitz von gültigen Reisepapieren hätte sein können. Der Beschuldigte habe die Schweiz

nicht legal verlassen können, weshalb das Schuldprinzip einer Verurteilung entgegen stehe (act. 53 Rz. 19-22).

4.2.6. Zu diesen Argumenten ist zu sagen, dass der Beschuldigte selber ausführte, er wolle so schnell wie möglich nach Italien zurück (D1/3 A 61 f.) bzw. so schnell wie möglich aus der Schweiz ausreisen (D1/4 A 54). Er habe 2016 geheiratet und einen italienischen Aufenthaltstitel sowie einen Führerschein gehabt (D1/4 A 12). Dem Beschuldigten ist der Vorwurf zu machen, dass er die Schweiz nicht in Richtung Italien verlassen hatte. Dies wäre ihm gemäss eigener Darstellung möglich gewesen. Der Beschuldigte führte aus, er müsse dorthin gehen; seine Ehefrau habe ihm gesagt, dass sie für ihn eine neue Arbeitsstelle gefunden habe (D1/4 A 17). Er sei nur nicht nach Italien gegangen, weil seine Frau nach Marokko gereist sei und er keinen Wohnungsschlüssel gehabt habe (D1/4 A 18). Angesichts dieser Argumente des Beschuldigten ist nicht erkennbar, weshalb er die Schweiz nicht in Richtung Italien hätte verlassen können. Auch dass er noch Zeit benötigt hätte, um für seinen Sohn Geschenke zu besorgen (D1/3 A 11 und D1/4 A 10), stellt selbstredend keinen ausreichenden Grund dar, um einen Verbleib in der Schweiz zu rechtfertigen; zumal der Beschuldigte noch rund 6 ½ Monate in der Schweiz verblieb. Im Übrigen ist der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben (act. 48) mittlerweile wieder nach Italien zurückgekehrt.

4.2.7. Weiter verwies der Beschuldigte auf die Richtlinie 2008/115/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 [nachfolgend: Rückführungsrichtlinie]), welche aufgrund des Schengen-Abkommens zur Anwendung komme. Gemäss dieser Richtlinie sei die Verhängung einer Freiheitsstrafe nur dann nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden sei (act. 53 Rz. 24).

4.2.8. Das Obergericht des Kantons Zürich äusserste sich mit Urteil vom 6. September 2019 (Verfahren Nr. SB190203-O) in E. 2.5 wie folgt zur Anwendung der Rückführungsrichtlinie (mit weiteren Hinweisen): Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach

befasst. Demzufolge räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein, jedoch sind nationale Strafbestimmungen nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert und die Ausreise objektiv möglich ist. Zur Art der zu ergreifenden Massnahmen bzw. Zwangsmassnahmen äussert sich die EU-Rückführungsrichtlinie nicht. Gemäss der europäischen Rechtsprechung beziehen sich die Begriffe Massnahmen und Zwangsmassnahmen aber auf jegliches Vorgehen, das auf wirksame Weise unter Beachtung der Verhältnismässigkeit zur Rückkehr des Betroffenen führt. Zwangsmassnahmen zur Durchführung der Abschiebung sind schliesslich nur als letztes Mittel vorzunehmen (Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Wenn die Anwendung von Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht ermöglicht hat, ist eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts auch gemäss Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rückführungsrichtlinie wieder zulässig (E. 2.5). Mit Blick auf die Anordnung von Durchsetzungshaft führte das Obergericht sodann aus, dass die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erforderliche Eignung der Durchsetzungshaft schon dann gegeben sei, wenn eine minimale Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass der renitente Ausländer dadurch sein Verhalten überdenke und zur Durchführung der Wegweisung mit den Behörden kooperiere (E. 2.8).

4.2.9. Der Beschuldigte lässt vorbringen, das Migrationsamt habe nicht alles Zumutbare unternommen, so dass der Aufenthalt des Beschuldigten in der Schweiz nicht strafrechtlich sanktioniert werden könne. Dem ist entgegen zu halten, dass der Beschuldigte sich stets kooperationswillig zeigte. Er erläuterte auch anlässlich der ersten Einvernahme nach seiner erneuten Verhaftung im vorliegenden Verfahren, dass er so schnell wie möglich wieder zu seiner Familie – zu seiner Ehefrau und seinem Sohn – wolle (D1/3 F/A 61 f.) bzw. so schnell wie möglich aus der Schweiz ausreisen wolle (D1/4 A 54). Es kann von den Migrationsbehörden angesichts dieser Umstände nicht ernstlich verlangt werden, den Beschuldigten in Durchsetzungshaft zu versetzen, um seine Ausreise sicherzustellen. Es wurde im verwaltungsrechtlichen Verfahren bereits alles Zumutbare unternommen, wenn

sich der Beschuldigte, welcher über einen Aufenthaltstitel in Italien verfügte, ausreisewillig zeigte. Ihn unter diesen Umständen zu einer Kooperation und zur Rückreise zu seiner Familie bewegen zu wollen, wenn er doch diesen Willen bereits äussert und entsprechende Möglichkeiten hat, ist weder angezeigt noch möglich. Die Anordnung von Durchsetzungshaft ausreisewilliger Personen mit Familie, Aufenthaltstitel und Ausreisewillen erschiene nicht mehr verhältnismässig. Dass der Beschuldigte die Möglichkeit hatte, nach Italien zu reisen, zeigt auch der Umstand, dass er heute wieder dort lebt. Der Beschuldigte liess in Zusammenhang mit seinem Dispensationsgesuch festhalten, dass er mit seiner Frau und ihren mittlerweile zwei Kindern an der B._____ [Strasse] 1 in ... C._____, Italien, lebe und daher nicht zur Verhandlung in der Schweiz erscheinen könne (act. 48). Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Migrationsbehörden alles Zumutbare unternommen hatten, dass der Beschuldigte die Schweiz verlässt.

4.2.10. Ergänzend ist anzumerken, dass keine Rolle spielen kann, dass der Beschuldigte als algerischer Staatsangehöriger nicht nach Algerien habe ausreisen können; bereits durch die Rückkehr an seinen Wohnsitz zu seiner Familie nach Italien, hätte der Beschuldigte den rechtswidrigen Zustand beenden können.

4.2.11. Im Ergebnis ist der Beschuldigte des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen.

4.3. Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes

4.3.1. Wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG wird bestraft, wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert.

4.3.2. Der Beschuldigte konsumierte Haschisch, was er anerkannte (D1/3 A 71, A 73 und A 76; D1/4 A 37). Allerdings – so liess er ausführen – sei er einem Rechtsirrtum über die Rechtswidrigkeit unterlegen. Er sei im Jahr 2019 wegen des Besitzes zum Konsum von 7 Gramm Marihuana verurteilt worden und habe danach erfahren, dass in der Schweiz der Konsum und der Besitz zum Konsum von Cannabis bis 10 Gramm legalisiert worden sei. Er habe dies nicht nur von sei-

nen Freunden gehört, sondern meine, dies auch in der Zeitung so gelesen zu haben. Er habe keinerlei Unrechtsbewusstsein gehabt, zumal in Algerien, wo der Beschuldigte her komme, Haschischkonsum Kulturgut sei. Er sei und habe davon ausgehen dürfen, dass er Haschisch unabhängig vom THC-Gehalt konsumieren dürfe, weshalb er vom Vorwurf des verbotenen Konsums freizusprechen sei (act. 53 Rz. 9-13).

4.3.3. Gemäss Art. 21 StGB handelt nicht schuldhaft, wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. Ob und inwieweit Art. 21 StGB dem Täter zugute kommen kann, hängt von den Voraussetzungen ab, unter welchen sich sagen lässt, er habe um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens (1) weder gewusst, noch (2) um sie wissen können. Was das Wissen um die Rechtswidrigkeit betrifft, das die Anwendung von Art. 21 StGB ausschliesst, hat das Bundesgericht, unter Abstützung auf seine frühere Rechtsprechung zum Bundesstrafrecht, eine Grundsatzregel aufgestellt, an der es im Wesentlichen bis heute festhält. Danach ist erforderlich (aber auch ausreichend), dass *«sich der Täter bewusst war [...] gegen das Recht zu verstossen, sei es gegen subjektive Rechte anderer oder gegen allgemeine Gebote der Rechtsordnung, sei es auch ohne genauere Vorstellung»* der verletzten Norm *«einfach gegen das, was recht ist»* (BGE 70 IV 97, 100). In der Quintessenz heisst dies, dass schon ein *«bloss unbestimmtes Empfinden, [...] etwas Unrechtes zu tun»*, genügt. Dabei kann kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, der moralischen Verwerflichkeit oder Sozialschädlichkeit usw. das Wissen um die Rechtswidrigkeit ersetzen. Andererseits geht aus der bundesgerichtlichen Regel ebenso klar hervor, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit weder das Wissen um die Strafbarkeit noch die Kenntnis der anwendbaren Gesetzesbestimmung erfordert. Es muss sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gerade auf diejenige Norm beziehen, deren Verletzung dem Täter vorgeworfen wird (BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 21 N 12-16).

4.3.4. Der Beschuldigte kann nicht aus seiner algerischen Herkunft herleiten, aufgrund algerischer Gebräuche nicht über den Umstand Kenntnis gehabt zu haben, dass der Konsum von Betäubungsmitteln in der Schweiz verboten ist. Schliesslich lebt er mit seiner Familie in Italien, wo er 2016 geheiratet hat und wo der Ha-

schischkonsum ebenfalls verboten ist. Darüber hinaus befand sich der Beschuldigte immer wieder in der Schweiz – gemäss eigenen Angaben lebe er seit ca. 10 Jahren hier (D1/4 A 12) – was sich bereits aus seinen Vorstrafen im Schweizerischen Strafregister aus den Jahren 2013, 2016, 2019, 2022 und 2023 (D1/13/2) ergibt. Im Übrigen spricht gerade der Umstand, dass der Beschuldigte bereits im Jahr 2019 wegen einer Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes verurteilt wurde – wie sich aus dem Strafregisterauszug ergibt (D1/13/2) – dafür, dass sich der Beschuldigte nicht auf Hörensagen oder Zeitungslektüre verlassen kann, wenn es darum geht, die Strafbarkeit des Konsums von Betäubungsmitteln einzuordnen. Erst recht, wenn sogar geltend gemacht wird, er habe diese Zeitungsartikel aufgrund seiner schlechten Deutschkenntnisse allenfalls falsch interpretiert. Der Beschuldigte wusste, dass der Besitz und der Konsum von Betäubungsmitteln grundsätzlich strafbar ist, ist er doch einschlägig vorbestraft. Dass in regelmässigen Abständen politische Diskussionen um die Legalisierung von Marihuana geführt werden, vermag am Unrechtsbewusstsein der Beschuldigte nichts zu ändern, zumindest nicht in der Art, dass ein Rechtsirrtum des Beschuldigten entschuldbar wäre. Zwar ist die Tatsache, dass der Besitz von Marihuana legal sein kann, nicht aber der Konsum, möglicherweise nicht leicht verständlich. Das ändert aber nichts am Umstand, dass der Beschuldigte nur schon aufgrund seiner Vorstrafe um den Umstand gewusst haben muss, dass der Konsum von Marihuana bzw. Haschisch verboten sein kann. Damit kann nicht von einem fehlenden Unrechtsbewusstsein gesprochen werden.

4.3.5. Überdies liess der Beschuldigte ausführen, es sei nicht ersichtlich, weshalb nicht ein leichter Fall im Sinne von Art. 19a Ziff. 2 BetmG vorliegen soll, gemäss welchem das Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden und eine Verwarnung ausgesprochen werden kann (act. 53 Rz. 8).

4.3.6. Der "leichte Fall" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei dessen Anwendung verfügt der Sachrichter nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über einen weiten Ermessensspielraum. Bei der Beurteilung, ob ein Fall leicht ist, sind die gesamten objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung ist sehr restriktiv bei der Annahme eines "leichten

Falles" und sieht Art. 19a Ziff. 2 BetmG als Ausnahmebestimmung an. Sie verneint diesen insbesondere dann, wenn regelmässig über einen längeren Zeitraum konsumiert wird (STEPHAN SCHLEGEL/OLIVER JUCKER, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 4. Aufl., Zürich 2022, Art. 19a N 21).

4.3.7. Bei der vom Beschuldigten erwähnten Bestimmung von Art. 19a Ziff. 2 BetmG handelt es sich wie gezeigt um eine Ausnahmebestimmung, welche nur im Ausnahmefall zur Einstellung des Verfahrens oder zum Absehen von einer Strafe führt. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass zwar nur der Konsum während eines kurzen Zeitraums zur Anklage kam, der Beschuldigte aber anerkannte, regelmässig Haschisch zu rauchen (D1/3 F/A 76). Darüber hinaus wäre auch bei Einstellung des Verfahrens bezüglich der Übertretung des Betäubungsdelikt es ein solches aufgrund des Vergehens gegen das Ausländer- und Integrationsgesetzes notwendig. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch wenn nicht von einer Bestrafung abzusehen ist, sich das Ausmass einer solchen angesichts der geringen Deliktsschwere im Rahmen hält; wie noch zu zeigen sein wird. Das Verfahren gegen den Beschuldigten aufgrund der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ist aus den genannten Gründen nicht einzustellen.

4.3.8. Im Ergebnis ist der Beschuldigte wegen der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

4.4. Fazit

Es zeigt sich, dass der Beschuldigte sowohl das Delikt des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts wie auch die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes objektiv und subjektiv erfüllte. Darüber hinaus handelte der Beschuldigte hinsichtlich des rechtswidrigen Aufenthalts schuldhaft, da ihm die Möglichkeit der Ausreise nach Italien offen gestanden hätte. Hinsichtlich der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes befand sich der Beschuldigte wie gezeigt nicht in einem Rechtsirrtum. Es sind auch keine anderen Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe ersichtlich. Dementsprechend ist der Beschuldigte des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

5. Strafzumessung

5.1. Strafraumen

5.1.1. Bei der Bemessung der Strafe ist der gesetzliche Strafraumen zu beachten. Vorliegend hat sich der Beschuldigte des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG als schwerstes Delikt strafbar gemacht, wobei dies mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft wird.

5.1.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein *Dauerdelikt*: Der Rechtsbruch erfolgt mit Beginn des rechtswidrigen Aufenthalts und dauert so lange an, als sich die Ausländerin oder der Ausländer auf schweizerischem Territorium aufhält. Durch ein Urteil wird die Tateinheit jedoch aufgehoben, weshalb für den nach diesem Urteil erfolgenden rechtswidrigen Aufenthalt eine erneute Verurteilung möglich ist. Die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen darf die Höchststrafe nach Art. 115 AIG allerdings nicht überschreiten (VETTERLI LUZIA/D'ADDARIO DI PAOLO GABRIELLA, in: Caroni Martina/Thurnherr Daniela [Hrsg.], Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG], 2. Aufl., Bern 2024, Art. 115 AIG N 20). Das andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Verweilen im Lande ist ein Dauerdelikt. Fehlt es

nach einem ersten Schuldspruch für eine zweite Verurteilung an einem neuen Tatentschluss, ist bei der Strafzumessung darauf zu achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (Urteil BGer 6B_118/2017, E. 5.3.2).

5.1.3. Aus dem Behördenauszug 1 aus dem Strafregister-Informationssystem vom 13. März 2025 geht hervor, dass der Beschuldigte zuletzt im Mai 2022 erneut in die Schweiz eingereist ist (D1/13/2). Es ist nach einer rechtswidrigen Einreise in die Schweiz von einem neuen Tatentschluss zum rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 AIG auszugehen (Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 5. Februar 2021, SB.2020.18, E. 7.8.3; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 5. September 2018, E. 19.1). Der Beschuldigte fasste somit am 27. Mai 2022 zuletzt den (neuen) Entschluss, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten. Der Beschuldigte wurde mit Urteil vom 1. Juni 2022 zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 120 Tagen verurteilt, wobei in diesem Urteil auch Schuldsprüche wegen anderer Delikte enthalten sind (Hinderung einer Amtshandlung, rechtswidrige Einreise). Der Anteil der ausgesprochenen Strafe wegen rechtswidrigen Aufenthalts ist die Hälfte und somit auf [anteilmässig geschätzt] 60 Tage festzusetzen. Weiter wurde der Beschuldigte mit Urteil vom 3. September 2023 zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 130 Tagen wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt. Damit ist eine erneute Sanktionierung des Beschuldigten wegen unrechtmässigem Aufenthalts möglich, wobei zu berücksichtigen ist, dass die noch auszufällende Strafe mit den vorstehend dargelegten Strafen im Umfang von 190 Tagessätzen die maximale Strafdauer von 1 Jahr nicht überschreiten darf.

5.1.4. Im Ergebnis erstreckt sich der Strafraum vorliegend auf eine Geldstrafe von 1 Tagessatz bis zu einer Freiheitsstrafe oder Geldstrafe von 170 Einheiten. Überdies ist für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes eine Busse auszufällen.

5.2. Strafzumessung im engeren Sinn

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden. Bei der *Tatkomponente* ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen und zu bewerten. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie auf Grund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie sowie der Tatbeitrag bei Tatausführung durch mehrere Täter. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Die *Täterkomponente* umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht oder ein abgelegtes Geständnis (HUG, OFK-StGB, Art. 47 N 6 ff. und Art. 48 N 4 und 6).

5.2.1. Tatkomponente

Der Beschuldigte unterliess es nach seiner Haftentlassung am 20. Februar 2024, die Schweiz zu verlassen und verblieb immerhin 6 ½ Monate hier, ehe er erneut verhaftet wurde. Diese Dauer von gut einem halben Jahr stellt sicherlich eine erhebliche Dauer dar, wenn auch nicht eine überaus lange. Der Beschuldigte hätte wie dargelegt aufgrund seines italienischen Aufenthaltstitels die Schweiz verlassen und zu seiner Familie nach Italien reisen können, was seinen Verbleib in der Schweiz wenig nachvollziehbar macht. Dennoch ist im Rahmen des rechtswidrigen Aufenthalts noch von einem leichten Verschulden zu sprechen, was zu einem Zwischenresultat noch im untersten Drittel des für dieses Delikt vorgesehenen

Strafrahmens von grundsätzlich einem Jahr spricht. Zur subjektiven Tatkomponente ist auszuführen, dass nicht völlig nachvollziehbar wird, weshalb der Beschuldigte sich andauernd in der Schweiz aufhielt. Immerhin sind seinen Ausführungen, wonach er noch Sachen für seinen Sohn habe besorgen müssen (D1/3 A 11; D1/4 A 10), er auf die Schwägerin gewartet habe, damit diese ihm Geld bringe (D1/3 A 23), oder dass er keinen Wohnungsschlüssel für die Wohnung in Italien gehabt habe (D1/4 A 18), keine verschuldenserhöhende Elemente zu entnehmen. Als Zwischenergebnis ist gestützt auf die Tatkomponente eine Strafe von 90 Tagen Freiheitsstrafe bzw. von 90 Tagessätzen Geldstrafe festzuhalten.

5.2.2. Täterkomponente

5.2.2.1. Die Täterkomponente setzt sich zusammen aus den persönlichen Verhältnissen, dem Vorleben sowie dem Verhalten des Beschuldigten nach der Tat.

5.2.2.2. Der Beschuldigte ist algerischer Staatsangehöriger, dessen Frau und dessen zwei Kinder in Italien leben (D1/3 F/A 97 ff.; act. 48 S. 1). Er habe keine Einkünfte und kein Vermögen, aber auch keine Schulden (D1/3 F/A 93 ff.). Diese persönlichen Verhältnisse wirken sich hinsichtlich der Strafzumessung als neutral aus. Es werden keine strafzumessungsrelevanten Aspekte ersichtlich.

5.2.2.3. Der Beschuldigte weist sechs Einträge im Strafregister auf, welche er seit dem Jahr 2013 erwirkte. Darüber hinaus ist er auch einschlägig vorbestraft und wurde zuletzt am 20. Februar 2024 aus dem Vollzug entlassen, in welchem er sich wegen einer Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts befand (D1/13/2). Diese Vorstrafen sind straf erhöhend zu berücksichtigen, im Umfang von 30 Strafeinheiten.

5.2.2.4. Zum Nachtatverhalten ist auszuführen, dass sich der Beschuldigte von Beginn der Untersuchung an geständig zeigte. Wohl war es ihm kaum möglich, seinen Aufenthalt oder dessen Rechtswidrigkeit in Abrede zu stellen, doch anerkannte er, um den Umstand gewusst zu haben, dass er die Schweiz hätte verlassen müssen (D1/3 F/A 45 und 60; D1/4 F/A 30). Dieses Nachtatverhalten führt zu einer Strafreduktion im Umfang von 20 Strafeinheiten.

5.2.2.5. Insgesamt hat aufgrund der Täterkomponenten eine Erhöhung der Strafe zu erfolgen, nämlich insgesamt um 10 Tage Freiheitsstrafe bzw. 10 Tagen Geldstrafe.

5.2.3. Im Ergebnis führt dies unter Berücksichtigung sämtlicher strafzumessungsrelevanten Umstände zu einer hypothetischen Einsatzstrafe von 100 Tagen Freiheitsstrafe bzw. 100 Tagessätzen Geldstrafe. Diese Einsatzstrafe wird – wie zu zeigen sein wird – aufgrund des zu widerrufenden Strafrests zu erhöhen sein.

5.2.4. Strafart

5.2.4.1. Als Strafen sieht das Gesetz im Bereich von drei Tagen bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor (vgl. Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Im Vordergrund steht dabei die Geldstrafe. Gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB kann nur dann statt auf eine Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann. Das Gericht hat diesfalls die Wahl die Freiheitsstrafe näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2 StGB).

5.2.4.2. Der Beschuldigte liess sich von der Ausfällung bzw. des Vollzugs einer kurzen Freiheitsstrafe aufgrund des Urteils vom 3. September 2023 (D1/13/2 S. 5) nicht beeindrucken. Er verblieb nach seiner Haftentlassung in der Schweiz. Es ist nicht erkennbar, weshalb vorliegend die Ausfällung einer Geldstrafe bereits genügen würde, um ihn von der Begehung weiterer Taten abzuhalten. Es ist ihm diesbezüglich eine schlechte Prognose zu stellen und aus diesem Grund eine Freiheitsstrafe auszufällen. Im Übrigen erschiene eine Geldstrafe angesichts der fehlenden Einkünfte sowie des fehlenden Vermögens des Beschuldigten (D1/3 F/A 93 f.) auch nicht vollziehbar.

5.2.5. Festsetzung der Bestrafung für die Übertretung

5.2.5.1. Weiter ist für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes eine Busse auszusprechen. Wie bereits unter Ziffer 4.3.7 ausgeführt, ist Art. 19a Ziff. 2 BetmG nicht zur Anwendung zu bringen. Von einer Bestrafung des Beschuldigten

ist *nicht* abzusehen. Indessen kommt mit vorliegendem Verfahren nur ein sehr kurzer Zeitraum zur Anklage, während dessen der Beschuldigte regelmässig Haschisch konsumierte. Er erscheint angemessen, den Beschuldigten für diese Handlungen mit einer Busse in der Höhe von Fr. 100.– zu bestrafen.

5.2.5.2. Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse als angemessen. Im vorliegenden Fall ist deshalb eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag Freiheitsstrafe auszufällen.

5.2.6. Widerruf des Strafrests

5.2.6.1. Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht gemäss Art. 89 StGB die Rückversetzung an.

5.2.6.2. Der Beschuldigte wurde am 20. Februar 2024 gestützt auf einen Entscheid des Amtes für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich vom 12. Januar 2024 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen, bei einer Reststrafe von 86 Tagen und unter Ansetzung einer Probezeit von 1 Jahr (D1/13/2 S. 5 f.). Er beging dementsprechend die vorliegend zu beurteilende Tat während der Probezeit. Es ist dem Beschuldigten hinsichtlich seines künftigen Wohlverhaltens überdies eine ungünstige Prognose zu stellen, wie nachfolgend im Rahmen der Prüfung der Gewährung des Aufschubs des Strafvollzugs dargelegt werden wird. (vgl. Ziffer 5.3.3). Der bedingte Aufschub des Vollzugs der Reststrafe ist aufgrund der erneuten Straffälligkeit zu widerrufen, zumal das vorliegende Verfahren aufgrund eines Delikts geführt wird, wie es auch der zu widerrufenden Vorstrafe zugrunde lag. Eine Verlängerung der Probezeit kommt nicht in Frage.

5.2.7. Festsetzung Gesamtstrafe

5.2.7.1. Sind aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar

gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe.

5.2.7.2. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären.

5.2.7.3. Vorliegend ist aufgrund der neu auszufällenden Strafe von 100 Tagen Freiheitsstrafe sowie aufgrund der widerrufenen Reststrafe von 86 Tagen Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Beide Strafteile gründen im selben Fehlverhalten, im selben Dauerdelikt. Die beiden Strafteile sind nicht einfach zu kumulieren. Der Beschuldigte ist in Anwendung des Asperationsprinzips unter Berücksichtigung des widerrufenen Strafrests mit einer *Gesamtstrafe* von 5 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.

5.2.7.4. Unter Berücksichtigung sämtlicher Tatumstände ist unter Einbezug des widerrufenen Strafrests eine Freiheitsstrafe von 5 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe sowie eine Busse von Fr. 100.– auszusprechen.

5.3. Vollzug

5.3.1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Materiell ist demnach das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsfahr abgestellt wird. Die günstige Prognose wird also vermutet. Bei der Beurteilung der Frage, ob die für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erforderliche Voraussetzung des Fehlens einer ungünstigen Prognose vorliegt, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind (BSK StGB-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 46).

5.3.2. In objektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges im vorliegenden Fall erfüllt, da der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, die sich innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens befindet. Des Weiteren wurde der Beschuldigte – wie aus seinem Strafregisterauszug erkennbar wird (D1/13/2) – nicht innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt und ist ebenso wenig zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden.

5.3.3. Allerdings wird aus ebendiesem Auszug erkennbar, dass der Beschuldigte seit dem Jahr 2013 bereits sechs Verurteilungen erwarbte und sich auch vom Vollzug kurzer unbedingter Freiheitsstrafen nicht abschrecken liess. Der Beschuldigte verblieb nach seiner letzten Haftentlassung rechtswidrig in der Schweiz und es kann ihm bei dieser Ausgangslage keine günstige Prognose gestellt werden bzw. es ist ihm eine ungünstige Prognose zu attestieren. Unter diesen Umständen ist der Vollzug der Freiheitsstrafe anzuordnen.

5.4. Anrechnung der Haft

Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die vom Täter während diesem oder einem anderen Verfahren ausgestandene Untersuchungshaft auf die Strafe an. Der Beschuldigte befand sich vom 5. September 2024, 15:50 Uhr, bis zum 7. September 2024, 13:30 Uhr, und damit knapp zwei Tage in Untersuchungshaft (D1/11/1 und D1/11/11). Dementsprechend sind dem Beschuldigten 2 Tage als durch Haft erstanden an die Strafe anzurechnen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Weiter fällt bei diesem Ausgang des Verfahrens eine beantragte (act. 53 Rz. 39) Entschädigung des Beschuldigten für die erlittene Untersuchungshaft ausser Betracht.

6.2. Rechtsanwalt MLaw X1. _____ ist für dessen Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten nach Einreichung einer detaillierten Aufstellung sei-

ner Bemühungen und Barauslagen (act. 52) in Anwendung von Art. 135 Abs. 2 StPO in Verbindung mit der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu entschädigen. Die Entschädigung ist unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Hauptverhandlung sowie einer Nachbesprechung auf Fr. 4'200.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Weiter ist vorzumerken, dass bereits eine Akontozahlung an die vormalige amtliche Verteidigerin Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____ in der Höhe von Fr. 1'367.45 (act. 40) ausbezahlt wurde. Vorbehalten bleibt jeweils eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO beim Beschuldigten.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte, A. _____ ist schuldig
 - des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG;
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich vom 12. Januar 2024 verfügte bedingte Entlassung wird widerrufen und der Vollzug der Reststrafe von 86 Tagen Freiheitsstrafe wird angeordnet.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 5 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.

6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

7. Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 600.– Gebühr für das Vorverfahren.

8. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

9. Rechtsanwalt MLaw X1._____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 4'200.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Es wird vorgemerkt, dass bereits eine Akontozahlung an die vormalige amtliche Verteidigerin Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ in der Höhe von Fr. 1'367.45.– (act. 40) ausbezahlt wurde.

Die gesamten Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung beim Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

10. Mündliche Eröffnung und Begründung sowie schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den amtlichen Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft See / Oberland
- das Staatssekretariat für Migration SEM
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Bezirksgerichtskasse Uster hinsichtlich Dispositivziffer 9 betreffend Auszahlung der Entschädigung an die amtliche Verteidigung

und hernach als begründeter Entscheid an

- den amtlichen Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (unter Beilage einer Kopie des Protokolls S. 9-14)
- die Staatsanwaltschaft See / Oberland
- das Staatssekretariat für Migration SEM

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland per E-Mail (kanzlei.staso@ji.zh.ch)
 - Justizvollzug und Wiedereingliederung
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B per Mail auf vostra.pdf@ji.zh.ch
 - das Staatssekretariat für Migration SEM
 - Justizvollzug und Wiedereingliederung zuhanden der Akten Unt. Nr. ...
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zuhanden der Akten ...

je gegen Empfangsbestätigung.

11. Gegen dieses Urteil kann innert **10 Tagen** von der Eröffnung an beim Bezirksgericht Uster, Einzelgericht in Strafsachen, Gerichtsstrasse 17, 8610 Uster, mündlich oder schriftlich **Berufung** angemeldet werden.

Ein vollständig begründetes Urteil wird nur zugestellt, wenn dies ein Verfahrensbeteiligter binnen 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils verlangt oder wenn ein Rechtsmittel gegen den Entscheid eingelegt worden ist.

Mit der Berufung kann das Urteil in allen Punkten umfassend angefochten werden. Mit der Berufung können gerügt werden:

Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder Unangemessenheit.

Die Berufung erhebende Partei hat binnen **20 Tagen** nach Zustellung des begründeten Entscheids dem Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach, 8021 Zürich, eine schriftliche **Berufungserklärung** einzureichen. Sie hat darin anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt. Werden nur Teile des Urteils angefochten, ist verbindlich anzugeben, auf welche sich die Berufung beschränkt.

Bei offensichtlich verspäteten Berufungsanmeldungen oder Berufungserklärungen wird auf die Berufung ohne Weiterungen nicht eingetreten.

Uster, 26. März 2025

BEZIRKSGERICHT USTER
Einzelgericht in Strafsachen

Der Ersatzrichter

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Sommer

MLaw Helbling