

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB230443-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Wenker  
und Oberrichterin lic. iur. Ohnjec sowie die Gerichtsschreiberin  
MLaw Blumer

## Urteil vom 9. Januar 2024

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom  
13. Juni 2023 (GB230002)**

**Anklage:**

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 26. August 2021 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 14).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 47 S. 17 ff. = Urk. 49 S. 17 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Vom Vorwurf des Nichterfüllens der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AIG wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.00, wovon 1 Tagessatz als durch Haft geleistet gilt.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt.
5. Es wird festgestellt, dass Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für ihre Bemühungen und Auslagen als amtliche Verteidigerin für den Zeitraum vom 7. Dezember 2020 bis 7. Oktober 2021 bereits mit Fr. 2'398.15 (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt wurde.

Zusätzlich wird Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für ihre Bemühungen und Auslagen als amtliche Verteidigerin seit 8. Oktober 2021 mit Fr. 4'325.60 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt (inkl. Aufwand für das Verfahren vor Obergericht).

6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'800.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'000.00 Gebühr Vorverfahren

Fr. 6'723.75 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von Fr. 2'819.60.

### **Berufungsanträge:**

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 51 S. 2; Urk. 59 S. 1, sinngemäss)

1. Es sei der Beschuldigte vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG freizusprechen.
2. Es sei dem Beschuldigten für die zu Unrecht erlittene Haft von zwei Tagen eine Genugtuung von Fr. 400.– auszurichten, zuzüglich 5 % Zins ab 28. November 2020.
3. Es seien die Strafuntersuchungskosten sowie die erst- und zweitinstanzlichen Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Es sei das erstinstanzlich festgesetzte Honorar der amtlichen Verteidigung als Entschädigung ohne Nachforderungsrecht zuzusprechen und es sei dem Beschuldigten für die Verteidigungskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens eine Entschädigung von Fr. 2'633.00 (inkl. MWST) auszurichten.

- b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis:  
(Urk. 55, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

### **Erwägungen:**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 13. Juni 2023, das dem Beschuldigten und seiner amtlichen Verteidigerin mündlich eröffnet und übergeben (Prot. I S. 13) sowie der Staatsanwaltschaft schriftlich mitgeteilt wurde (Urk. 43 und Urk. 44/1), liess der Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 45; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 21. respektive am 22. August 2023 zugestellt (Urk. 47 und Urk. 48/1-2), woraufhin der Beschuldigte am 4. September 2023 fristgerecht die Berufungserklärung samt Beilage einreichen liess (Urk. 51 und Urk. 52; Art. 399 Abs. 3 StPO).
2. Mit Präsidialverfügung vom 6. September 2023 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Erklärung der Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags angesetzt (Urk. 53). Die Staatsanwaltschaft erklärte den Verzicht auf Anschlussberufung innert Frist (Urk. 54/2 und Urk. 55).
3. Zur Berufungsverhandlung vom 9. Januar 2024 erschien der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin, in welchem Rahmen er die eingangs aufgeführten Anträge stellen liess (Prot. II S. 3; Urk. 59 S. 1).

## II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht er-fassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (JÜRIG BÄHLER, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 1 f. zu Art. 402 StPO).
2. Gegen das vorinstanzliche Urteil wurde vorliegend nur seitens des Be-schuldigten ein Rechtsmittel erhoben. Der Beschuldigte beantragt einen Frei-spruch unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen und ficht damit Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Strafe) und 4 (Vollzug) sowie 7 (Kostendis-positiv) des vorinstanzlichen Urteils an (Urk. 51 S. 2). Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 2 (Freispruch hinsichtlich Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG in Verbin-dung mit Art. 90 lit. c AIG), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) und 6 (Kos-tenfestsetzung). Insoweit ist das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelge-richt, vom 13. Juni 2023 in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss fest-zustellen ist. Im Übrigen steht der Entscheid unter Vorbehalt des Verschlechte-rungsverbots im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO zur Disposition.
3. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich das urteilende Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann sich die Berufungsin-stanz auf die für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; BGE 143 III 65 E. 5.2; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 2.5 m.w.H.).

## III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

### 1. Anklagevorwurf

Der Beschuldigte wird von der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Vorwurfs des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG im Wesentli-chen beschuldigt, sich vom 2. Juli 2020 bis 28. November 2020 und vom 4. De-zember 2020 bis 26. August 2021 trotz Kenntnis seiner Pflicht, die Schweiz bis

am 15. März 2019 zu verlassen, ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 14 S. 3).

## 2. Vorbemerkungen zu den Vorbringen der Verteidigung

2.1. Stark zusammengefasst rügt die amtliche Verteidigerin im Berufungsverfahren, der Beschuldigte sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG freizusprechen, weil einerseits die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (nachfolgend: EU-Rückführungsrichtlinie) und andererseits Art. 5 Abs. 2, Art. 7, Art. 10 Abs. 3, Art. 12 und Art. 14 BV sowie Art. 3 und Art. 8 EMRK einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheits- oder Geldstrafe entgegenstehen würden (Urk. 51 S. 1 f.; Urk. 59 S. 2 ff.).

2.2. Wie bereits das Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, in seiner Entscheid vom 16. Februar 2023 namentlich mit Verweis auf seinen Entscheid vom 21. Dezember 2021 (UE210003 E. 5 = ZR 121/2022 Nr. 55, S. 210 ff.) festgehalten hat, hat das Gericht nach Anklageerhebung zu prüfen, ob und inwiefern der eingeklagte Sachverhalt erstellt ist und einen Straftatbestand erfüllt. Fehlt es an einem Straftatbestand, muss das Gericht die beschuldigte Person freisprechen. Ist ein Straftatbestand gegeben und sind die weiteren Voraussetzungen für einen Schuldspruch erfüllt, hat es sie schuldig zu sprechen (Urk. 35 S. 11). Die Frage der Strafbarkeit des Beschuldigten ist losgelöst und insbesondere erst im Nachgang zur Frage der Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens zu prüfen. Mit anderen Worten hat kein Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung zu ergehen, bloss weil unter den vorliegenden Umständen eine Bestrafung allenfalls nicht möglich ist (was es zu prüfen gilt – vgl. nachstehend E. IV.3. f.). Ein Schuldspruch kann auch dann ergehen, wenn im Fortgang von einer Bestrafung abgesehen wird (vgl. Art. 115 Abs. 5 AIG, Art. 52 ff. StGB; vgl. auch BGE 139 IV 220 E. 3.4).

### 3. Sachverhalt

Der Beschuldigte bestritt den anklagegegenständlichen Sachverhalt weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. So gab er an, über seine Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz bis 15. März 2019 Bescheid zu wissen. Er sei jedoch nicht bereit, die Schweiz zu verlassen, und habe dies im eingeklagten Zeitraum auch nicht getan (Urk. 2 F/A 9-12; Urk. 4/5/13 S. 2; Urk. 5 F/A 16 und F/A 23; Prot. II S. 10; vgl. auch Urk. 59 S. 1). Aus den Migrationsakten ergibt sich ferner, dass das Asylgesuch des Beschuldigten mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. September 2018 rechtskräftig abgewiesen und er mit Schreiben des Staatssekretariats für Migration vom 20. September 2018 erneut auf seine Ausreisepflicht bis 15. März 2019 aufmerksam gemacht wurde (Urk. 3/2-4). Der Sachverhalt gemäss Anklage vom 26. August 2021 ist damit als erstellt zu betrachten. Im Übrigen kann auf die diesbezüglichen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 4 f.).

### 4. Rechtliche Würdigung

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Vorinstanz würdigten das im Berufungsverfahren streitig gebliebene Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als Verstoss gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (Urk. 14 S. 1 und 3; Urk. 49 S. 5 ff.). Da sich die Vorinstanz eingehend und zutreffend mit der Subsumierung des anklagegegenständlichen Sachverhalts unter Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG auseinandergesetzt hat und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen, ist darauf zu verweisen (Urk. 49 S. 5 f.). Ferner sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe ersichtlich, weshalb der Beschuldigte in Bestätigung des angefochtenen Urteils des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen ist.

## **IV. Strafe**

### 1. Vorbringen der Verteidigung

Die amtliche Verteidigerin macht im Berufungsverfahren im Wesentlichen geltend, dass die Vorinstanz lediglich zufolge der Erwägung der III. Strafkammer des

Obergerichts des Kantons Zürich im Entscheid vom 16. Februar 2023, wonach die Ausfällung einer Freiheitsstrafe vorliegend nicht mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar sei (Urk. 35 S. 7), den Beschuldigten zu einer Geldstrafe verurteilt habe. Der Beschuldigte lebe jedoch von Nothilfe, deren Ausrichtung sich direkt auf Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) stütze. Im Gegensatz zur Sozialhilfe dürfe die Nothilfe nicht gekürzt werden, andernfalls der Kerngehalt des Grundrechts gemäss Art. 12 BV verletzt und die Art der Bestrafung als "unmenschlich" im Sinne von Art. 10 BV und Art. 3 EMRK zu qualifizieren sei. Entsprechend eindeutig sei die bundesgerichtliche Rechtsprechung: "Wenn ein Beschuldigter die Geldstrafe nicht bezahlen kann, ist die Geldstrafe als Sanktion ausgeschlossen" (Urk. 59 S. 3 mit Verweis auf E. 6.5 des Urteils des Bundesgerichts 6B\_908/2021 vom 29. November 2022). Der fünfköpfigen Familie des Beschuldigten stünden für das alltägliche Leben pro Tag Fr. 46.– zur Verfügung, wovon rund Fr. 9.– auf den Beschuldigten entfallen würden. Zusätzlich erhalte die Familie ein Obdach und medizinische Notversorgung. Dass die Geldstrafe bedingt ausgesprochen worden sei, ändere nichts daran, dass die Sanktionsart grundrechtskonform sein müsse. Ferner gelte es der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Geldstrafe bei mittellosen Tätern (BGE 135 IV 180) entgegenzuhalten, dass das Strafgesetzbuch nicht auf Verfassungsmässigkeit und übergeordnetes Recht überprüft werden könne (Art. 190 BV), der konkrete Einzelakt hingegen schon. Darüber hinaus handle es sich beim Straftatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts um ein Dauerdelikt, wobei sich die Verurteilung lediglich auf einen bestimmten Zeitraum beziehe. Der Beschuldigte halte sich jedoch nach wie vor illegal in der Schweiz auf (Urk. 51 S. 1 f.; Prot. II S. 11; Urk. 59 S. 3 ff.).

## 2. Vorbemerkungen

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, unter Anrechnung eines erstandenen Hafttages (Urk. 49 S. 17). Sie hat die Regeln der Festlegung des Strafrahmens und der Strafzumessung zutreffend dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 49 S. 11 f.). Im Sinne einer Wiederholung ist nochmals festzuhalten, dass

die Strafnorm des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG als Sanktion Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsieht.

### 3. Antizipierte Wahl der Sanktionsart

3.1. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat bei erfüllttem Tatbestand eine Verurteilung zu erfolgen, und sofern die EU-Rückführungsrichtlinie der Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe entgegensteht, ist die Ausfällung einer Geldstrafe zu prüfen. So hält das Bundesgericht in einem neueren (vom Verteidiger mehrmals eingebrachten) Urteil unter Verweis seiner bisherigen Rechtsprechung fest: "Soweit ein Freiheitsentzug nach der europäischen Rechtslage grundsätzlich ausgeschlossen ist, wird damit nicht schon jede Sanktionierung einer beharrlichen Renitenz ausgeschlossen und der durch nicht kooperierendes Verhalten fortgesetzte illegale Aufenthalt mittelbar begünstigt. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG/AIG droht neben Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr alternativ Geldstrafe an. Die Verhängung einer Geldstrafe ist mit der Richtlinie nicht unvereinbar, soweit sie die Abschiebung nicht verzögert" (Urteil des Bundesgerichts 6B\_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3 mit Verweis auf BGE 143 IV 249 E. 1.9; BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; und Urteile 6B\_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5; 6B\_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4). Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9; BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; Urteile des Bundesgerichts 6B\_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4, 6B\_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5 und 6B\_388/2022 vom 27. April 2023 E. 2.3). Der Bestrafung der beschuldigten Person mit einer Geldstrafe steht damit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts weder die EU-Rückführungsrichtlinie noch Verfassungs- oder Konventionsrecht a priori entgegen. Auch eine Mittellosigkeit schliesst die Ausfällung einer Geldstrafe nicht aus. So kann gemäss Bundesgericht auch bei abgewiesenen Asylbewerbern, die Nothilfe beziehen, eine Geldstrafe verhängt werden – dies also auch im Geltungsbereich der EU-Rückführungsrichtlinie (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.3 ff., insbesondere E. 1.5; 6B\_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 2.7; 6B\_689/2010 und 6B\_690/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 6.4).

3.2. Wie bereits mehrfach erwogen, steht im vorliegenden Fall die EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe entgegen, weil die Migrationsbehörden noch nicht sämtliche erforderlichen Entfernungsmassnahmen zur Durchsetzung der rechtskräftigen Rückkehrentscheidung ergriffen haben (Urk. 35 S. 6 f. mit Verweis auf BGE 143 IV 249 E. 1.9 und Urteil des Bundesgerichts 6B\_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.3.2; dazu auch Urk. 49 S. 7 f.). Dies blieb auch im Berufungsverfahren unbestritten (Prot. II. S. 10 f.; Urk. 59 S. 1 ff.).

3.3. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausfällung einer Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen (vgl. nachstehend E. IV.4) eine Abschiebung des Beschuldigten erschweren sollte, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst die mögliche Umwandlung einer Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe die Ausfällung einer Geldstrafe nicht hindert, sofern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe die Rückführung nicht massgebend erschwert (BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 f.). Das wird bei einer relativ geringen Anzahl an eventuell zu verbüssenden Tagen – wie in casu, sollte es denn dazu kommen – nicht der Fall sein. Ferner ist nicht wegen des Umstands allein, dass der Beschuldigte lediglich von Nothilfe lebt, davon auszugehen, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann. Grundsätzlich sind Zahlungserleichterungen wie Ratenzahlung oder eine längere Zahlungsfrist möglich (Art. 35 Abs. 1 StGB), was einer allfälligen Rückführung des Beschuldigten nicht per se entgegensteht. Obschon das Kernproblem des vorliegenden Streitgegenstands im Grunde keines des Strafrechts ist, hat sich der Beschuldigte durch sein Verhalten nach geltender Gesetzgebung und bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG strafbar gemacht und muss sich deswegen verantworten. Deshalb muss er sich wie andere, die unter dem Existenzminimum leben, in seinen grundlegendsten Bedürfnissen zusätzlich einschränken. Entsprechend hat der Gesetzgeber die Geldstrafe auch für eine mittellose Täterschaft gewollt so vorgesehen (so nach wie vor die gängige Haltung des Bundesgerichts; vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.5; 6B\_689/2010 und 6B\_690/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 6.4; HANS MATHYS, Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl. 2019, N 452). Daran ändert auch das von der Verteidigung vorgebrachte Urteil des Bun-

desgerichts 6B\_908/2021 vom 29. November 2022 nichts: Weil die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich waren und der entsprechende Punkt, wonach mangels finanzieller Möglichkeiten von einer Geldstrafe abgesehen wurde, vor Bundesgericht unangefochten blieb, äusserte es sich nicht dazu (E. 6.5 des vorgenannten Urteils). Bestätigt hat es jedoch seine bisherige Haltung, dass eine beharrliche Renitenz grundsätzlich zu sanktionieren und der durch nicht kooperierendes Verhalten fortgesetzte illegale Aufenthalt nicht mittelbar zu begünstigen sei (E. 5.3 des vorgenannten Urteils). Weil vorliegend keine Gründe ersichtlich sind, welche der Bestrafung des Beschuldigten entgegenstehen, ist dieser für sein strafbares Verhalten mit der Vorinstanz mit einer Geldstrafe zu bestrafen.

#### 4. Strafzumessung und Vollzug

4.1. Die Vorinstanz qualifizierte das Tatverschulden des Beschuldigten als noch leicht, insbesondere indem es sein über mehrere Jahre andauerndes renitentes Verhalten, die Schweiz trotz Kenntnis der rechtskräftigen Wegweisung nicht zu verlassen, in Erwägung zog. Dafür verhängte sie eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen. Den Umstand, dass er als abgewiesener Asylbewerber lediglich Nothilfe bezieht, berücksichtigte die Vorinstanz, indem sie die Tagessatzhöhe in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 StGB und zu Recht auf Fr. 10.– reduzierte. Den unbedingten Vollzug der Strafe erachtete sie sodann als nicht notwendig, um den Beschuldigten vor weiteren Delikten abzuhalten. Zwar sei der Beschuldigte nach wie vor nicht ausgereist, dennoch sei positiv zu berücksichtigen, dass die früheren Straftaten einige Zeit zurückliegen würden und der Beschuldigte als ein möglicher Härtefall anerkannt werden könne. Er sei bemüht, seinen Aufenthalt zu legalisieren (Urk. 49 S. 12 ff.).

4.2. Die Berufungsinstanz darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (vgl. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO; Verschlechterungsverbot). Da vorliegend lediglich der Beschuldigte die Berufung erklärte und damit das vorinstanzliche Urteil nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden darf, ist dieses unter Verweis auf die darin enthaltene Strafzumessung (Urk. 49 S. 12 ff.) zu bestäti-

gen. Festzuhalten ist, dass die Berufungsinstanz den Beschuldigten unter Berücksichtigung seines noch leichten Tatverschuldens und insbesondere mit Blick auf sein gegenüber den Migrationsbehörden über mehrere Jahre hinweg renitentes und gleichgültiges Verhalten eher mit 90 Tagesätzen zu Fr. 10.– bestraft hätte. Ferner wäre ihm auch keine positive Legalprognose zu stellen gewesen, da er sich – wie die Verteidigung zu Recht festhält (Urk. 51 S. 2) – seither und weiterhin ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhält und keine Anstalten trifft, diese zu verlassen. Folgerichtig wäre die Geldstrafe aus Sicht der Berufungsinstanz zu vollziehen gewesen. Im Ergebnis ist der Beschuldigte jedoch mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten (Urk. 8/1 und Urk. 8/7). Der Vollzug der Geldstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf 5 Jahre festzusetzen.

#### **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre gestellten Anträge gutgeheissen wurden (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 6 zu Art. 428 StPO).

2. Da der Beschuldigte vorliegend mit seinen Anträgen vollumfänglich unterliegt, rechtfertigt es sich, ihm die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Aufgrund der misslichen finanziellen Situation des Beschuldigten, die sich in absehbarer Zeit nicht verbessern dürfte, sind ihm die Kosten jedoch ausnahmsweise zu erlassen und daher abzuschreiben (Art. 425 StPO).

3. Der seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand von Fr. 2'633.15 für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren ist ausgewiesen und er-

scheint angemessen (Urk. 60). Es rechtfertigt sich daher, Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 2'633.15 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen (§ 2 lit. b und § 17 Abs. 1 lit. b A in Verbindung mit § 18 Abs. 1 AnwGebV OG). Die entsprechenden Kosten sind unter Berücksichtigung von Art. 425 StPO definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 13. Juni 2023 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch hinsichtlich Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AIG), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) und 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'633.15 für die amtliche Verteidigung.
5. Die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albissowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - 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/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA 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 I. strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 9. Januar 2024

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Blumer